

# 9

---

## Pensée juridique, droit et pratique du droit en Algérie à l'épreuve de la mondialisation

**Nahas M. Mahieddin**

Plus grande est la foule, plus aveugle est son cœur.  
(VIIe Néméenne de Pindare\*)

La mondialisation<sup>1</sup> est le plus souvent présentée sous ses aspects financiers et économiques<sup>2</sup> faisant ainsi quelque peu oublier qu'elle a aussi des incidences dans tous les domaines de la vie sociale. Présentée comme inévitable<sup>3</sup>, elle suscite autant d'espoir que de peur. Pour certains la mondialisation peut être heureuse<sup>4</sup>, pour d'autres elle est un facteur de déstructuration économique et sociale<sup>5</sup> en ce qu'elle constitue l'ossature d'une société mondiale sans loi, soumise à l'arbitraire des plus puissants<sup>6</sup>. Elle est donc *une emprise d'un système économique sur l'espace mondial, un mouvement transcendant la logique du système interétatique traditionnel auquel se substitue une logique de réseaux financiers transnationaux*<sup>7</sup>. Aussi, et dans la mesure où la régulation juridique d'origine étatique se voit surpassée<sup>8</sup>, la mondialisation ainsi menée pourrait même constituer une menace pour les particularismes nationaux<sup>9</sup>. Mais si elle est considérée comme *la machine du diable*<sup>10</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle semble s'imposer comme une nouvelle étape dans l'histoire du monde et qu'il y a donc lieu d'en étudier l'impact au niveau des systèmes juridiques nationaux afin peut-être de *mieux la maîtriser*<sup>11</sup>.

En fait en matière de Droit le phénomène de la mondialisation n'est ni tout à fait nouveau ni totalement inconnu. En effet aucune société n'a construit son propre Droit en totale autonomie. L'histoire montre qu'il y a des *lieux de naissance du Droit*<sup>12</sup> où se développe une pensée juridique et d'où rayonnent des principes, des normes et des règles. L'influence des uns et des autres, qui peut être parfois réciproque, se stabilise pour former ce que les comparatistes appellent *les grands systèmes de droit*<sup>13</sup>. Le rappel de ce phénomène ne doit pas pour autant faire croire que le Droit est perçu partout comme une nécessité pour l'organisation et la gestion des relations sociales.

Les certitudes quant à la nécessité ou non d'un Droit relèvent du culturel et la conception de l'ordre social est perçue différemment dans l'espace et dans le temps. Certaines communautés humaines considèrent même que *le Droit est bon pour les barbares*.<sup>14</sup>

S'il n'y a donc pas de conception du Droit universellement acceptée<sup>15</sup>, il n'en demeure pas moins que si nous nous limitons à l'espace méditerranéen auquel nous appartenons et qui a vu paraître et se développer successivement plusieurs cultures, l'évolution du phénomène juridique depuis l'Antiquité montre que l'idée de Droit est conçue expressément ou implicitement comme universelle ou tendant à l'universel. Elle a pour conséquence de considérer la norme sociale comme jouissant d'une compétence sans limite dans le temps et dans l'espace.

Par ailleurs il y a lieu de rappeler que parfois il est fait recours au Sacré pour donner au Droit une légitimité. C'est ainsi que les plus anciennes législations connues et notamment celles du Proche-Orient (entre le XXI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle avant notre ère) montrent que la pensée dominante en matière « juridique » situe l'origine du Droit chez les Dieux ou en tout cas que le « législateur » est chargé d'accomplir une mission voulue par les Dieux ou placée sous leur patronage. La loi étant donc l'expression de la volonté divine<sup>16</sup>, elle est forcément et logiquement universelle<sup>17</sup>.

Mais l'histoire nous montre aussi que dans la réalité la mise en application de cette universalité au niveau normatif est relative tout nous en démontrant en parallèle qu'aucune construction sociale n'est concevable sans recours à la règle. Poser des lois est donc une activité intimement liée au Politique après avoir été auparavant liée au Sacré. Avec l'apparition de l'État le couple Droit – État devient inséparable<sup>18</sup> même s'il faut préciser que cette démarche n'est pas universelle et que la réalité est plus complexe et diffère selon les époques et les sociétés<sup>19</sup>. Enfin élaborer un Droit ne signifie pas seulement poser des normes mais aussi et surtout faire prendre conscience à l'individu et au groupe qui y est soumis de l'idée de légalité sur laquelle repose la loi, idée qui doit être également intériorisée par ceux qui agissent au sein des institutions détenant le pouvoir de légiférer pour qu'il soit compris par tous que cette compétence ne doit pas être le fait de l'homme politique mais découler du Droit lui-même<sup>20</sup>. Ainsi et même si ces questions trouvent dans la réalité des réponses multiples et complexes en fonction de l'histoire propre à chaque société, il n'en demeure pas moins qu'elles sont universelles. C'est pourquoi les systèmes juridiques montrent une tendance au rapprochement et même parfois à l'uniformisation<sup>21</sup> et il semble que c'est cette logique qu'impose le phénomène juridique au niveau social qui continue de prévaloir et qui prend de nos jours une forme plus globalisante appelée « mondialisation »<sup>22</sup>.

Cette évolution, paraissant se situer dans la logique du développement des relations sociales qui ont atteint aujourd'hui l'échelle planétaire, ne pose pas tant ce processus en tant que tel mais les conditions de sa réalisation d'autant que de nouveaux acteurs n'ayant pas pour vocation première de légiférer s'imposent dans cette démarche<sup>23</sup>. Aussi se pose-t-il un certain nombre de questions comme celles de savoir s'il s'agit de mettre en œuvre une démarche collective à partir d'une vision

unifiée et harmonisée des questions intéressant la société humaine ou comment le Droit exprimera-t-il des situations nouvelles que les frontières politiques n'affecteront plus ou encore quels domaines régira-t-il et quel rôle joueront les pouvoirs législatifs nationaux dans son élaboration surtout s'ils sont concurrencés dans cette action par des institutions plus techniques que politiques.

C'est dans ce contexte que nous nous proposons d'étudier les effets induits par le phénomène de la mondialisation au niveau juridique en Algérie<sup>24</sup> où une refonte politique et institutionnelle est en cours depuis près de deux décennies et où le Droit a une histoire au fond semblable à celle de nombreux autres pays tout en étant également particulière de par les circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée. Aussi avant de rechercher les incidences de la mondialisation sur le Droit algérien, il convient de s'interroger sur les origines de celui-ci.

### Un Droit « national » à partir du Droit musulman et du Droit français

D'un point de vue positiviste la question de l'existence d'un Droit algérien ne peut se poser qu'à partir du moment où l'Algérie<sup>25</sup> apparaît comme une entité politique juridiquement distincte des autres sur le plan international<sup>26</sup>, c'est-à-dire à partir du moment où des institutions nationales sont mises en place en vue de gérer le pays politiquement délimité. Ainsi au-delà de la réalité géographique et sociologique, ce sont les circonstances historiques qui créent l'entité politique. Comme il est admis que le phénomène juridique est pris en charge par le pouvoir politique à travers ses institutions, c'est donc celui-ci qui définira le Droit qui devient ainsi l'instrument d'une politique même s'il peut être compris dans son essence comme un produit de l'activité sociale.

En se situant dans cette perspective ce n'est donc qu'au XVI<sup>e</sup> siècle que l'Algérie apparaît comme une entité politique distincte de celle de ses voisins (*Eyâlat al-Djazâ'ir*)<sup>27</sup> après que des notables d'Alger<sup>28</sup> – principale ville du pays- décident de faire allégeance au Sultan ottoman. À partir de cette date le pouvoir politique officiel dans ce pays est détenu par le Sultan à Istanbul<sup>29</sup> mais exercé localement par une « administration » le représentant. C'est à partir de cette période que seront définies les grandes lignes préfigurant les limites territoriales de l'Algérie actuelle<sup>30</sup>. Le Droit en vigueur dans ce pays est promulgué par le gouvernement ottoman<sup>31</sup> et bien les régences arabes dépendantes d'Istanbul n'ont pas été toutes organisées sur la base d'un modèle unifié<sup>32</sup> et qu'elles fonctionnent différemment selon les régions et les époques<sup>33</sup>, il y a au niveau juridique une relative unité du fait de leur appartenance à l'aire culturelle musulmane et donc une égale soumission au Droit musulman<sup>34</sup> comme l'était d'ailleurs l'Etat ottoman lui-même<sup>35</sup>.

Cette situation fait qu'en Algérie le Droit, bien qu'issu du *fiqh*<sup>36</sup>, n'est pas un Droit « national » au sens strict. Il en est de même au niveau de la pratique. En effet la justice organisée est entre les mains du Dey même si elle est en fait déléguée à des professionnels du Droit (*qâdî*) assistés ou non de juristes spécialisés (*muftî*)<sup>37</sup>. Ainsi il est possible de dire qu'en Algérie le Droit est objectivement et depuis longtemps un Droit élaboré fondamentalement *ailleurs*. C'est l'appartenance à l'aire cul-

turelle islamique qui explique que cette situation n'est pas perçue comme anormale. En effet, en Algérie et à l'instar des autres pays de tradition islamique, le Droit est perçu tout d'abord comme un Droit «communautaire». Il ne présente en théorie aucun caractère «national» malgré les particularismes locaux qu'il peut présenter sur certaines questions. Par ailleurs le pouvoir ottoman n'apparaît pas à travers des lois élaborées par un organe législatif puisque par définition ce pouvoir ne peut être officiellement institué dans un système politique musulman et l'État ottoman se veut être un État musulman. Cette conception du Droit fait qu'il y a symbiose au niveau normatif entre la société algérienne et un pouvoir politiquement étranger. Si la société algérienne produit du Droit, il n'apparaît pas de manière formelle et officielle dans son intégralité<sup>38</sup>.

Ce sont les mêmes raisons qui font que la situation ne change pas pendant la courte expérience de gouvernement «national» menée par l'Émir Abdelkader<sup>39</sup> au moment où les troupes françaises commencent à occuper l'Algérie (1834-1839 avec une interruption entre 1836 et 1837). En effet, et même s'il faut reconnaître que les circonstances ne lui permettent pas d'agir librement et sur le long terme, son action se limite à essayer d'améliorer le système administratif turc pour gérer les régions du pays sous son contrôle<sup>40</sup> alors qu'en matière «législative» il donne au Coran la place de source première du Droit notamment pour rendre la justice<sup>41</sup>. Le Droit reste donc en dehors du champ de compétence des organes institutionnels comme le veut d'ailleurs la doctrine classique des *fuqahá'*. Dans ce contexte, il ne peut y avoir et il n'y a pas de Droit algérien.

Cette inexistance fondamentale d'un Droit national va non seulement perdurer mais logiquement s'accroître lorsque les autorités coloniales françaises vont passer au stade de l'organisation des services publics en Algérie et confirmer ainsi leur intention d'occuper totalement et durablement le pays. À partir de ce moment il s'agit d'une *domination...et ni les terres, ni les hommes n'échappent à la maîtrise du pays dominant*<sup>42</sup>. Au seul niveau juridique qui nous intéresse dans cette étude, les autorités coloniales vont, comme l'ont fait avant eux les Turcs, agir en vue de contrôler les organes judiciaires en faisant subordonner les juges musulmans dans leurs fonctions aux juridictions françaises. Mais contrairement aux Turcs les Français vont limiter le champ d'application du Droit musulman. Ce dernier n'est pas totalement abrogé mais l'action du pouvoir colonial a pour objectif de lui enlever son caractère communautaire en l'interprétant en fonction de *l'état social des indigènes...mais surtout au regard de la conception française de la morale et de la justice*<sup>43</sup>. Cette nouvelle approche du Droit musulman contribuera à l'élaboration d'une doctrine coloniale qui lui sera propre en prenant une grande liberté par rapport à ses racines doctrinales et *en le reformulant afin de constituer à la fois un corps de règles spécifiques aux Algériens colonisés et une discipline juridique individualisée* à tel point qu'elle a pu être *appelée* quasi officiellement *Droit musulman algérien*<sup>44</sup>.

L'opération ainsi menée vise à mettre fin à la présence d'un Droit considéré officiellement alors comme «étranger» et soumettre au contrôle des autorités françaises certaines de ses règles encore tolérées. L'intention déclarée reste néanmoins de

*restreindre progressivement sa sphère d'application* ainsi que celle *des coutumes indigènes*<sup>45</sup> considérées comme archaïques et dépassés<sup>46</sup>. L'action des autorités françaises dans ce domaine ne manque pas néanmoins de provoquer des situations paradoxales. C'est ainsi par exemple que l'organisation de la justice musulmane favorise l'extension de l'application des règles du *fiqh* à des régions où la coutume prévaut notamment lorsque ces dernières paraissent incompatibles avec les principes fondamentaux du Code civil français et que les dispositions du Droit musulman sont plus acceptables pour les magistrats français<sup>47</sup>. En effet malgré l'attitude négative affichée des autorités envers le Droit musulman, il est tout de même reconnu qu'il constitue un progrès par rapport à certaines coutumes locales<sup>48</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en tout état de cause le Droit musulman n'est appliqué qu'à titre exceptionnel et *dans les limites fixées par la législation française spéciale à l'Algérie*<sup>49</sup>.

Ainsi *de tous les pays musulmans gouvernés par une puissance chrétienne*, il est reconnu que *l'Algérie est peut-être celui sur lequel s'est abattue le plus lourdement la main du vainqueur, car la France ne s'est pas bornée à exiger des vaincus la reconnaissance de sa suzeraineté, elle a entrepris de les gouverner et s'est efforcée de leur imposer ses institutions*<sup>50</sup>. Devenu *une poussière d'hommes*<sup>51</sup>, le peuple algérien n'a plus cette cohésion socioculturelle qui permet d'agir en tant que société intégrée et la domination qu'il subit contre son gré lui interdit d'exprimer officiellement et institutionnellement le Droit en tant que manifestation de son existence et à travers lequel il peut se reconnaître en tant que tel.

Si la guerre de libération nationale va reconstruire tant soit peu cette cohésion perdue, elle n'est pas pour autant propice à la mise en place d'institutions capables de construire un Droit à partir d'une pensée véritablement autonome. Il faut attendre la libération du pays de l'emprise coloniale pour espérer voir la démarche se mettre en mouvement. Or, à l'indépendance, il n'est pas encore évident qu'un tel processus puisse automatiquement s'enclencher. Les raisons objectives qui peuvent expliquer cette difficulté sont nombreuses mais on observe à l'étude du Droit mis en place à partir de cette date que ce qui a été imposé par la force et la contrainte pendant la période coloniale peut encore continuer à s'imposer de par l'influence profonde sur les modes de penser le juridique ne serait-ce que par la méthode d'enseignement du Droit et la formation des praticiens. Ainsi même si des circonstances font que *le greffon ne prend pas, il peut par sa vigueur dénaturer le rameau origine*<sup>52</sup>.

En effet au moment où l'Algérie recouvre sa souveraineté l'un des premiers problèmes qui se pose est celui de savoir s'il faut continuer ou rompre avec l'ordre juridique hérité de la colonisation<sup>53</sup>. Dans la réalité, le législateur algérien n'a pas d'autre choix que d'opter pour la continuité sauf évidemment lorsque les règles anciennes portent atteinte à la souveraineté nationale<sup>54</sup> d'autant que les nouvelles conditions sociologiques et politiques font que l'application de ce Droit, devenu *national* par la volonté de ceux qui représentent la nation, a des effets plutôt positifs du fait même de la disparition du contexte colonial<sup>55</sup>.

Par ailleurs, à ce Droit, hérité de la colonisation, déjà complexe de par les conditions de sa formation et de son application dans le contexte algérien (dès la période coloniale), s'ajoutent aussi les textes internationaux ratifiés par la France avant 1962.

Devenue indépendante, l'Algérie succède à l'État français<sup>56</sup> et, sauf réserves expresses de sa part, intègre automatiquement à la législation nationale les instruments juridiques internationaux ratifiés par les autorités françaises constitutionnellement compétentes. Il doit donc être tenu compte de leur contenu dans la mesure où ils peuvent avoir des incidences sur le Droit interne<sup>57</sup>.

En effet, le système législatif en vigueur en Algérie au lendemain de l'indépendance ne s'impose pas aux autorités algériennes avec un caractère obligatoire et de façon monolithique. L'Algérie ne se retrouve pas donc totalement liée sur le plan juridique. Très vite certains domaines se libèrent du cadre posé par le colonisateur pour retrouver la logique et les règles propres à d'autres sources matérielles. L'opération a lieu notamment à travers l'activité jurisprudentielle. Il en est ainsi essentiellement pour les questions relevant classiquement du Droit musulman<sup>58</sup>. Mais cette démarche, qui ne se fait pas toujours sans difficulté<sup>59</sup> va néanmoins avoir des conséquences théoriques et notamment celle de consacrer ce qu'il est convenu d'appeler le dualisme juridique. En effet, les domaines d'activité relevant du droit civil, du droit commercial, du droit administratif ou même du droit constitutionnel ne sont pas « révisés » à partir des principes du Droit musulman ou même, à quelques exceptions près, en fonction de l'idéologie politique dominante du moment, mais continuent d'être régis par les principes et les règles du Droit antérieur à l'indépendance, même lors du processus de codification menée par les institutions nationales compétentes qui les consacrent d'ailleurs. Le phénomène, déjà observable au niveau de la démarche intellectuelle va donc être consacré par la pratique judiciaire puis par les textes à valeur normative<sup>60</sup>. Il va sans dire que ce phénomène introduit une double logique dans l'interprétation de ces derniers, ce qui n'est évidemment pas sans inconvénient pour le fonctionnement du système dans son ensemble<sup>61</sup>.

Cette démarche, qui apparaît comme inévitable, provoque en pratique une « crise » invisible du Droit dans la mesure où son application entraîne une réadaptation, un renouveau et une mutation des règles existantes<sup>62</sup>. Ainsi au cours de cette période, il semble qu'un « nouveau » Droit « algérien » se met progressivement en place mais son analyse montre qu'il n'est plus tout à fait dans les lois tout comme il n'est pas non plus en dehors des lois. Il est entre elles<sup>63</sup>. Le système normatif algérien semble donc être dans une phase transitoire en attendant d'apparaître avec ses spécificités et son originalité.

Ainsi tout au long de son histoire le Droit en Algérie est construit à partir de l'extérieur. En effet et pour ce qui est du Droit musulman tout d'abord, il est connu qu'il apparaît avec l'islamisation du pays alors que ses principales règles sont élaborées dans des milieux sociaux et intellectuels géographiquement fort éloignés du Maghreb<sup>64</sup>. Même lorsque les premiers juristes maghrébins participent à son enrichissement ce n'est qu'après s'être formés au cours de séjours dans les lieux de naissance de la pensée juridique musulmane. Devenus à leur tour maîtres du *fiqh* ils ne se risquent pas à développer une pensée autonome au niveau des fondements théoriques de la science juridique islamique mais reprennent et adaptent les œuvres de leurs prédécesseurs non maghrébins<sup>65</sup>.

Lorsque le Droit français fait irruption au sein de la société algérienne à la faveur de la colonisation, une pensée juridique nouvelle s'offre à elle. Illégitimes et extérieures à la pensée dominante formée à partir de l'Islam, ces nouvelles règles vont néanmoins être imposées aux Algériens qui se voient confrontés à une nouvelle philosophie du Droit ainsi qu'à un nouveau raisonnement juridique<sup>66</sup>. Bien plus le Droit « local », dans les domaines où il est encore appliqué, est soumis à une logique et à une méthode qui ne sont pas les siennes et est véhiculé avec des concepts et des catégories qui lui font changer de physionomie<sup>67</sup>. Ainsi au moment où les Algériens recouvrent le droit de gérer par eux-mêmes leurs affaires publiques, ils ne peuvent en fait que gérer cette complexité pour tenter d'organiser et de faire fonctionner l'activité sociale. Une réflexion philosophique autonome sur le Droit est-elle encore possible avec une telle histoire ? Rien n'est moins sûr au moment où il faut encore tenir compte des contraintes de la mondialisation.

### **Un Droit « algérien » en formation face à une mondialisation inévitable**

Si le Droit en Algérie est un exemple parmi de nombreux autres qui montre qu'aucun système juridique national ne se construit en toute autonomie, il démontre également qu'il n'y a pas une multitude de techniques pour mettre en place un ordre juridique dans une société donnée. Ainsi la reconduction de la législation antérieure à 1962 s'imposait pour des raisons de sécurité juridique en dehors de toute considération d'ordre idéologique ou politique. Mais cette démarche a des incidences théoriques et pratiques importantes comme l'adoption des grandes catégories juridiques et des notions fondamentales du Droit français héritées d'ailleurs du Droit romain. L'acculturation juridique est dans le cas algérien quasi totale car elle aboutit à faire évoluer le système algérien en opposition théorique avec le Droit musulman considéré comme étant le système originel et donc intimement lié à l'identité nationale.

Face à cette contrainte, le législateur algérien qui se retrouve ainsi indirectement obligé d'adopter une nouvelle conception du Droit, essaie dans le même temps de ne pas rompre totalement avec une culture juridique considérée comme un des éléments constitutifs de l'identité culturelle du pays. Aussi garde-t-il des règles du Droit musulman pour gérer certains domaines de l'activité sociale. Il se construit ainsi un ensemble à partir d'une pensée duale que l'histoire a forgée et dont il semble difficile de s'en défaire<sup>68</sup>.

Le travail législatif va donc souffrir de cette incapacité à unifier la méthode d'approche et de résolution des problèmes juridiques. Les lois vont souvent être élaborées, non pas à partir d'une étude de la réalité sociologique et des conditions de leur effectivité, mais en choisissant parmi des textes formalisés ailleurs ceux qui semblent correspondre le mieux aux besoins de la société algérienne dans le domaine considéré à un moment donné. La démarche est identique tant pour légiférer dans les branches « modernes » du Droit pour des raisons techniques que pour les questions encore affiliées au Droit musulman dans la mesure où il n'y a pas, par définition, une pensée juridique qui puisse être à la fois musulmane et algérienne<sup>69</sup>. En fait, il apparaît à l'observation que le législateur algérien met en forme des textes

de lois dont le fondement théorique, la pensée qui en découle et les principes fondateurs sont élaborés ailleurs qu'au sein de la société algérienne. Il n'y a donc pas encore d'Ecole algérienne du Droit.

Si l'histoire culturelle et politique peut expliquer en partie cette incapacité à construire un système juridique et à formuler son contenu en fonction de ce que la société peut produire comme pensée dans ce domaine en toute autonomie, les conditions de la vie contemporaine vont certainement accentuer cette situation et renforcer d'autant la dépendance du législateur national avec les nouveaux lieux de naissance du Droit dont l'une des nouvelles caractéristiques est d'être formulé par de nouveaux acteurs et de circuler par d'autres canaux que ceux connus jusqu'à maintenant.

En effet, depuis longtemps des institutions internationales suggèrent d'adapter les législations internes dans divers domaines de l'activité sociale. Certes la participation volontaire des représentants des Etats aux travaux de ces organismes atténue l'acuité des « intrusions » dans leur vie juridique nationale d'autant que la nécessité de procéder dans un cadre international s'avère comme tout à fait opportun que les domaines étudiés dépassent les considérations propres à chaque Etat. Il est vrai que l'intervention des instances internationales peut aussi être interprétée comme un soutien aux catégories sociales les plus faibles ou les plus défavorisées et par conséquent comme une pression sur les autorités internes parfois négligentes face à leurs responsabilités en matière humanitaire et sociale. C'est ainsi que l'Organisation des Nations unies tente de faire adopter par les législateurs nationaux des textes en faveur de cette catégorie d'individus comme les enfants<sup>70</sup> ou les femmes<sup>71</sup> par exemple. De leur côté, les Organisations non gouvernementales (ONG), moins soucieuses du respect des convenances protocolaires ou de certains intérêts particuliers que les gouvernants sont obligés de prendre en compte dans leurs relations diplomatiques réciproques, mènent des actions qui constituent un phénomène nouveau. Bien que mal acceptées par les responsables politiques de certains pays, elles ont néanmoins des effets sur leur vie publique interne et dans des domaines qui se situent parfois à la frontière du politique que du juridique comme les droits de l'homme par exemple. Globalement, toutes ces démarches ont pour objectif de garantir le minimum législatif pour le plus grand nombre d'individus dans le monde sans tenir compte des contextes culturels et politiques particuliers<sup>72</sup>. Dans ces hypothèses, la mondialisation s'avère être positive tant dans la méthode que dans ses objectifs.

Il en est de même en raison de la généralisation des possibilités d'accès aux diverses technologies, manifestation d'un progrès certain, mais qui peut amener certains à mener une activité industrielle et commerciale « clandestine » dans certaines régions du monde lorsque la législation locale est insuffisante ou permissive. Son importance est telle qu'elle porte préjudice aux industries mères qui se voient concurrencées dans leur propre pays sans moyens juridiques de défense<sup>73</sup>. C'est ainsi qu'aucun produit n'échappe à la contrefaçon ou au piratage entraînant des préjudices financiers<sup>74</sup> importants aux industries initiatrices du savoir-faire et propriétaires des brevets d'invention et des droits intellectuels qui leur sont attachés<sup>75</sup>. Il

apparaît alors indispensable d'élaborer une réglementation mondiale pour protéger autant l'activité industrielle légale que le commerce régulier et même par contrecoup les travailleurs des secteurs concernés d'autant que le dynamisme économique ou commercial qui semble caractériser les sociétés où se développent ces activités illégales risque d'entraîner l'illusion d'un transfert technologique alors qu'il peut engendrer à terme un ralentissement ou même l'extinction de toute activité créatrice.

Ainsi les progrès industriels peuvent être bénéfiques mais à la condition d'être soigneusement encadrés par le Droit pour que le développement qui en découle ne soit pas à l'origine de problèmes sérieux pour la société humaine. Cette affirmation est valable tant au niveau interne qu'au niveau international.

Il en est de même pour l'environnement qui subit les effets des conditions de la vie moderne et dont le plus médiatisé et le plus controversé est la pollution. Quelle que soit le niveau de gravité qu'elle atteint aujourd'hui, il est certain qu'elle ne tient nullement compte des frontières politiques et même parfois géographiques et que les Etats sont appelés à se pencher sérieusement sur cette question et à gérer la situation, sinon en unifiant du moins en harmonisant leur législation respective. Il en est ainsi pour la pollution de l'eau de mer, celle des fleuves ou de l'air qui risque d'avoir des effets négatifs sur la santé de l'homme, des animaux et des végétaux mettant à terme en danger réel le devenir de la vie même sur la planète entière.

Par ailleurs, les progrès scientifiques, tout en étant utiles et profitables, peuvent néanmoins faire courir des risques dangereux ou mener à des dérives incontrôlables s'ils ne sont pas correctement encadrés au plan juridique qui ne peut se limiter au seul plan national. C'est le cas notamment des sciences du vivant comme la biotechnologie dont les progrès<sup>76</sup>, comme le clonage humain<sup>77</sup> ou même les motivations derrière la recherche au niveau de l'ADN, par exemple, permettent des applications susceptibles de poser des problèmes religieux, moraux et éthiques qui intéressent, non plus seulement le citoyen d'un Etat donné mais tout simplement l'homme en tant que tel. Il semble donc nécessaire que la règle de Droit à appliquer en ces matières ait une portée au niveau mondial et ne pas se limiter au territoire d'un seul ou de quelques Etats. Il est en effet nécessaire d'éviter les dérives d'une pratique incontrôlée ou motivée par des considérations qui ne tiennent pas compte des droits fondamentaux de l'homme. C'est dire qu'il faut donner des moyens juridiques aux Etats leur permettant de se prémunir contre les conséquences de telles évolutions autorisées par la science contemporaine mais en interdisant aux pouvoirs politiques de mettre en place des législations qui ne respecteraient pas un minimum d'éthique dans ce domaine d'activité<sup>78</sup>.

Ainsi, si la mondialisation du Droit peut être utile, elle ne doit pas être pour autant menée unilatéralement tout comme elle ne doit pas signifier homogénéisation des sociétés. La mondialisation ne doit donc pas être *une dictature sans dictateur* pour reprendre une idée sous jacente à l'analyse du phénomène de la mondialisation par Viviane Forrester qui y voit *un régime politique nouveau, non déclaré, de caractère international et même planétaire, présenté dans le cadre formel de la démocratie*<sup>79</sup>. Cette critique, bien que concernant les seuls aspects financiers et économiques de la mondialisation,

permet de nous mettre en garde contre les effets pervers de ce phénomène s'il n'est pas maîtrisé. C'est notamment le cas pour l'activité culturelle caractérisée par la diversité tant à l'intérieur des sociétés qu'entre les peuples et qui constitue l'exemple de domaine où la mondialisation doit avoir ses limites afin d'éviter ce qui peut devenir la manifestation d'une *débâcle normative* (Pierre Legendre). En effet, chaque Etat a, et doit garder le droit à adopter ou à maintenir les politiques publiques nécessaires à la préservation et au développement de son patrimoine culturel et linguistique<sup>80</sup>. La culture doit donc rester diversifiée comme le sont les hommes et les sociétés<sup>81</sup>. Dans ce domaine, le Droit doit en effet rester l'instrument qui protège ce qui fait qu'une société se distingue d'une autre et ne pas se limiter à être *un simple outil de gestion des choses et des gens à la remorque des mœurs et de l'air du temps* (Pierre Legendre).

Domaines traditionnellement « réservés » au législateur national, la culture ou le droit des personnes sont aujourd'hui sous la pression de la mondialisation des mœurs et des modes de pensée et de vie. Les moyens contemporains de la communication y participent grandement et il est quasi impossible d'y échapper. En Algérie, des facteurs historiques et sociologiques font que la culture et le droit des personnes sont des domaines très sensibles. Aussi les pouvoirs publics sont particulièrement attentifs à tout ce qui est en rapport avec ces champs d'activité sociale. C'est ainsi que le droit des personnes, traditionnellement affilié au Droit musulman, est appréhendé en tenant compte des principes d'égalité entre les sexes, de la non discrimination entre les individus et autres droits fondamentaux de l'homme du fait même qu'ils sont consacrés tant par les textes fondamentaux du pays que par les conventions internationales auxquelles les gouvernants ont adhéré, mais sans négliger pour autant la sensibilité des citoyens qui restent attachés à ce qui est considéré comme étant les valeurs de l'Islam véhiculées par le Droit musulman et qui se manifestent par une certaine conception de la famille et un type particulier de rapports entre hommes et femmes ainsi qu'au sein du couple. Il s'agit donc d'une branche du Droit qui ne peut négliger des composants nécessairement variables d'une société à une autre. Ces considérations ne doivent pas pour autant nous faire ignorer que les mentalités évoluent sous l'effet de nombreux facteurs internes et externes à la société et que ces derniers ont tendance à en accélérer le rythme. Aussi, la seule question qui se semble se poser est celle de savoir pour combien de temps encore les législations nationales continueront d'être relativement autonomes à propos de ces questions même si elles relèvent parfois du religieux et souvent du culturel ?<sup>82</sup>

Déjà pour les nationaux algériens vivant en Europe et notamment en France, les conflits classiques en matière de droit des personnes (et plus particulièrement le droit du divorce) ne sont plus solutionnés à partir des seules règles du Droit international privé mais aussi en fonction de conventions internationales ou communautaires auxquelles sont parties les pays où ils résident et dont les assises sont des *principes de justice universelle considérés comme doués de valeur internationale absolue*<sup>83</sup>. Il n'est plus tenu compte du droit national des justiciables, même si leur pays d'origine n'appartient pas à l'Union européenne et qu'ils n'ont pas acquis la nationalité du pays d'accueil. Il suffit qu'ils y résident pour que soit écartée l'application des règles de leur propre

Droit si elles sont considérées comme discriminatoires sans tenir compte des spécificités religieuses ou culturelles qui peuvent les caractériser et sans se soucier des effets d'une telle pratique du Droit sur la situation juridique personnelle des intéressés<sup>84</sup>. Les règles de conflit prévues par le Droit international privé et qui ont en principe pour finalité d'équilibrer les compétences entre systèmes juridiques différents et d'harmoniser les solutions entre pays pour plus de sécurité juridique pour les personnes, risquent donc d'être fortement perturbées avec l'apparition de cette notion de droits fondamentaux<sup>85</sup> et entraîner à plus ou moins long terme la nécessité de formuler de nouvelles règles de droit ou de donner de nouvelles interprétations aux anciennes. Ainsi le législateur algérien a-t-il été dans l'obligation d'apporter un certain nombre d'amendements au droit de la famille afin d'être plus en conformité avec les principes et les règles du droit conventionnel auxquelles l'Algérie a adhéré<sup>86</sup>.

Ainsi au moment où l'Algérie pouvait à plus ou moins brève échéance initier une synthèse afin de construire un Droit national, les circonstances de la vie contemporaine font qu'il y a encore risque de voir l'activité juridique dynamisée de l'extérieur comme par le passé. En effet il semble qu'il n'est plus possible de rester en dehors du modèle d'organisation qui se met progressivement en place dans tous les domaines d'activités. Le phénomène de la mondialisation, même s'il n'est pas totalement nouveau, semble être plus prégnant et avoir plus de force parce qu'il est accompagné par l'importance et la rigueur des progrès scientifiques et technologiques que plus personne n'est en droit d'ignorer ou se permettre de refuser.

Tous ces exemples viennent confirmer que la tendance à l'hégémonie est un phénomène latent en Droit. Dès que la possibilité lui est offerte, ses règles se répandent sans se donner de limites<sup>87</sup>. En effet, la norme sociale exprimée en la forme juridique se veut toujours universelle mais les effets négatifs d'une telle conception ont imposé l'idée de la formaliser dans le cadre d'un Droit qualifié d'*international* afin de permettre son contrôle au niveau de chaque Etat national. L'universalité a donc eu pour limite son idéalisme tandis que le droit international trouvait ses frontières avec la souveraineté des Etats. Aujourd'hui la mondialisation telle qu'elle est menée semble être en mesure d'éviter ces deux écueils d'autant qu'au niveau juridique elle apparaît, au moins sur certaines questions, parfois comme inévitable et souvent comme utile et nécessaire<sup>88</sup>. Il n'en demeure pas moins que sa mise en œuvre est complexe parce que le Droit reste, qu'on le veuille ou non, une des formes d'expression de la culture et ne peut être réduit à une simple technologie. Aussi pour qu'un « Droit mondial » puisse constituer une étape positive dans l'évolution de l'histoire de l'humanité il est impératif qu'il ne soit pas l'expression de la victoire de ses aspects techniques mais celle de ses aspects sociaux et culturels<sup>89</sup>. Peut être que *le temps politique classique est dépassé*, comme l'a déclaré un président directeur général d'une grande firme, mais il n'est pas souhaitable pour autant, comme il le suggère, que seuls *les consommateurs et les industriels prennent le leadership*. En effet, *si la mondialisation peut créer des occasions extraordinaires de mieux être, elle exige qu'elle soit accompagnée par de bons organismes internationaux de contrôle et d'orientation afin que l'économie soit guidée vers le bien commun, ce qu'aucun Etat, fut-il le plus puissant de la Terre, n'est plus en mesure de*

*faire*<sup>90</sup>. Le Droit doit donc servir à construire un monde plus harmonieux en tenant compte de toutes les contraintes et non pas en fonction des intérêts ou des conceptions de quelques uns. Il n'est pas opportun, après avoir réussi quelque peu à limiter la souveraineté politique des Etats<sup>91</sup> et avoir « offert » une précarité permanente à la majorité des peuples de la planète par une mondialisation financière à outrance<sup>92</sup>, de couronner ces « succès » par un effacement des particularismes juridiques qui permettent encore à chaque société de se reconnaître et de jouir d'une existence individualisée reconnue.

### Notes

\* Poète lyrique grec (518–438 avant notre ère).

1. Le terme de *mondialisation* est utilisé dans cette étude dans le sens de processus d'uniformisation du contenu des règles à caractère juridique et de généralisation de leur application dans le monde. Pour une esquisse rapide de l'histoire du phénomène de la mondialisation depuis des millénaires jusqu'à nos jours, voir Nayan Chanda, *Qu'est-ce que la mondialisation ? Vivre ensemble : La mondialisation est le retour à la symbiose humaine*, in *Yale Global*, novembre 2002 (Publication du *Yale Center of the Study of Globalization*).
2. C'est en effet les mécanismes d'ordre financier qui sont mis le plus en évidence comme le capital financier, le poids de la dette, les paradis fiscaux, les taux d'intérêt astronomiques, les programmes d'ajustement structurel, l'atrophie de l'État social ou les règles de l'Organisation mondiale du commerce alors qu'un même processus d'uniformisation est observable au niveau du Droit qui se manifeste par une non reconnaissance des règles qui ne se situent pas dans le cadre des conceptions occidentales des normes sociales et juridiques.
3. Pierre Bourdieu, *Le mythe de la mondialisation et l'État social européen*, Contre-feux, 1998 (Cité in Chems Eddine Chitour, *Mondialisation. L'espérance ou le chaos ?*, Alger, ANEP, 2002, p. 463).
4. Alain Minc, *La mondialisation heureuse*, Paris, La Découverte, 1992.
5. Mohamed-Salah Mentouri, *Préface* in C. Chitour, *Mondialisation...*, *op. cit.*, p. 14.
6. Monique Chemillier-Gendreau, *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, 2002. (Cité par Christian De Brie, « Plaidoyer pour la loi internationale. La révolution par le Droit », in *Le Monde Diplomatique*, octobre 2002, p. 26.
7. J. Adda, *La mondialisation de l'économie*, Genève, La Découverte, cité par Robert Charvin in *Le processus de mondialisation. Impact juridique et politique*, septembre 2001 (site web), p. 2.
8. R. Charvin, *Le processus...*, art précité, p. 2.
9. Les démarches menées par certains gouvernements pour aboutir à la mise en place d'un instrument juridique international qui permettrait à chaque État de légiférer souverainement en vue de préserver son patrimoine culturel et linguistique national (l'exception culturelle) en sont un exemple et montrent qu'il y a une réelle menace pour les États qui voient peu à peu et parallèlement avec ce processus de mondialisation, leurs compétences législatives traditionnelles être fortement limitées.
10. C. Chitour, *Mondialisation...*, *op.cit.*, p. 465.
11. L'expression est du Président français Jacques Chirac lors d'un discours devant la 32<sup>e</sup> conférence générale de l'UNESCO à Paris tenue le 14 octobre 2003 (*Le Monde* du 14 octobre 2003).

12. Tel est d'ailleurs le titre d'un ouvrage de Jean Gaudemet, *Les naissances du Droit*, Paris, Montchrestien, 1997.
13. C'est ainsi qu'il est distingué entre la famille romano-germanique, celle de la common law, celle des droits socialistes (lorsque les pays à régime communiste et socialiste constituaient un bloc) et enfin ceux qui sont construits à partir d'une autre conception de l'ordre social et du Droit comme le Droit musulman, le Droit de l'Inde, les droits de l'Extrême-Orient et ceux de l'Afrique (Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 9e éd., Dalloz, Paris, 1988, p. 23 et suiv.).
14. C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes...*, *op.cit.*, p. 31.
15. Pour certains théoriciens contemporains aucune définition du Droit n'existe et il faut renoncer à l'idée d'en découvrir une car le Droit est une opération intellectuelle de qualification et non un objet réel donné a priori par la nature (M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?* Paris, O. Jacob, 1997).
16. Jean Gaudemet, *Les naissances du Droit*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 4.
17. Voir, par exemple, le début du Code de Hammurapi en Droit babylonien (XVIIIe siècle avant notre ère).
18. Le phénomène se vérifie dès l'Antiquité. Voir Jean-Jacques Glassner, *La Mésopotamie*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, p. 108.
19. Les analyses sur ces questions sont tributaires des définitions données aux termes *Droit* et *Etat*. Rappelons que pour E. Kant (1724–1804) les juristes sont toujours au stade de la recherche d'une définition du concept de Droit (Norbert Rouland, *Introduction historique au Droit*, Paris, PUF, 1e éd., 1998, p. 19).
20. Nous n'entrerons pas dans les développements relatifs aux « discours fondateurs » du Droit. Voir sur cette question et pour les pays de tradition islamique Slim Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du Droit*, Tunis, Cérés Production, 1993, tome 1, p. 167 et suiv.
21. Les rapprochements entre systèmes juridiques ne constituent pas un phénomène nouveau mais ils sont rarement volontaires. Ils se réalisent soit sous la contrainte « douce » (nécessités liées au voisinage, au commerce ou même, pour certaines sociétés à un moment donné de leur histoire, à l'incapacité intellectuelle ou politique de formaliser du Droit, ce qui ne signifie pas qu'elles ne « produisent » pas du Droit) ou par la violence (conquête et colonisations).
22. Selon Nouredine Boukrouh, *le phénomène du mondialisme et le processus de mondialisation ont été perçus dès le début des années quarante par le penseur algérien Malek Bennabi* (Communication présentée au cours du Colloque international sur La pensée de Malek Bennabi organisé par le Haut Conseil islamique à Alger du 17 au 20 octobre 2003. Voir *Le Quotidien d'Oran* du 19 octobre 2003, p. 5). En fait, Malek Bennabi (1905–1973) a utilisé le terme *mondialisme* dans un article intitulé *A la vielle d'une civilisation humaine* (publié in *La république algérienne*, n° 263 du 13 avril 1951 et reproduit à partir de la page 54 du recueil d'articles réunis et annotés par Abderrahman Benamara sous le titre *Mondialisme*, Dâr al-Hadhara, Alger, 2004) au sens de *démarche menant vers une civilisation humaine avec la contribution des grandes cultures de l'humanité actuelle* (A. Bénamara, Préface, *op. cit.*, p. 7). La réflexion de Malek Bennabi ne se situait donc pas dans le cadre de la mondialisation telle que comprise habituellement de nos jours.

23. C'est ainsi que sous couvert de « codes de conduite », les firmes transnationales et les sociétés financières élaborent une sorte de « soft law » pour échapper aux règles du droit international supposé être inspirées par la politique (R. Charvin, *Le processus de mondialisation...*, art. précité, p. 5 et suiv.)
24. Sur les incidences de la mondialisation sur l'économie des pays en développement comme l'Algérie, voir Mohamed Sari, *La mondialisation économique. Quelles perspectives pour les pays en développement. Le cas de l'Algérie*, in *Revue El-Tamassol*, Université Badji Mokhtar, Annaba, n° 15, décembre 2005, p. 8.
25. Le terme « Algérie » semble être utilisé pour la première fois en français dans les ordonnances royales des 1er et 6 décembre 1831 (Pierre Montagnon, *La France coloniale. Du temps des croisades à la seconde guerre mondiale*, Paris, Pygmalion, 1988, p. 104). En français le mot « Algérie » est inconnu pendant la période ottomane mais avait son équivalent en arabe et dans d'autres langues européennes. En langue arabe les termes *bilād al-djazā'ir* utilisés par Ibn Khaldoun dans sa *Muqaddima* ne désignent pas encore l'ensemble du territoire algérien mais la seule région du centre du pays autour de la ville d'Alger. Au fur et à mesure de l'évolution politique du pays, le territoire désigné par ce vocable va progressivement s'étendre jusqu'à comprendre l'ensemble de l'Algérie d'aujourd'hui et que le même Ibn Khaldoun désignait sous le nom de al-Maghrib al-awsat (le Maghreb central) (voir Lemnouar Merouche, *Recherches sur l'Algérie à l'époque ottomane. Monnaies, prix et revenus 1520-1830*, Bouchène, Paris, 2002, p. 10 et suiv.)
26. Mais c'est notamment à partir du dernier tiers du XIVe siècle que la ville d'Alger commence à devenir un centre régional indépendant (Venture de Paradis, *Tunis et Alger au XVIIIe siècle*, Paris, Sindbad, 1983, p. 277, note 1).
27. Pour certains et même au XVIe siècle, au moment où Alger, en tant que ville principale du pays, s'intègre à l'Etat ottoman, l'Algérie n'existe pas encore parce qu'il n'y a ni unité, ni chef unique reconnu, ni sentiment national au niveau « des » populations. En outre et même à partir de cette date la suzeraineté turque sur le pays est beaucoup plus formelle que réelle. Les impôts – critère de l'effectivité du pouvoir et de son acceptation – ne sont perçus que sur la moitié de la Régence. En dehors des grandes villes, la population est sous le contrôle des « marabouts » (notamment dans l'Ouest du pays), des « grandes tentes » (dans l'Est) et des « djemaas » (en Kabylie). Le seul lien qui unit les habitants de cette contrée est l'Islam (Pierre Montagnon, *La France coloniale, op.cit.*, p.100).
28. La ville d'Alger donne son nom à tout le royaume précise Venture de Paradis, in *Tunis et Alger...*, *op.cit.*, p. 107.
29. En 1517 les notables d'Alger font appel au Turc 'Arūd̄j, maître de Djidjelli et de Cherchell pour contrer l'offensive espagnole et c'est l'impossibilité de se trouver un successeur qui pousse Khayreddin à faire allégeance au Sultan ottoman pour être en mesure de continuer à faire face à la puissance espagnole toujours menaçante. Al-Djazā'ir et le pays qui en dépendait devinrent ainsi province ottomane pour plus de trois siècles (André Raymond, « Les provinces arabes – XVIe-XVIIIe siècle », in *Histoire de l'empire ottoman* sous la direction de Robert Mantran, Paris, Fayard, 1989, p. 361).
30. André Raymond, « Les provinces arabes... », *op. cit.*, p. 344.
31. Il y a lieu de préciser que du fait même de l'hétérogénéité des populations soumises au pouvoir ottoman, ce dernier ne s'opposait pas au maintien des traditions juridiques locales différentes de celles de l'Islam (territoires byzantins, serbes, bulgares) ou même

- aux lois promulguées par un pouvoir concurrent après son éviction (lois promulguées par les Mamelouks en Égypte) (Nicoara Beldiceanu, « L'organisation de l'Empire ottoman (XIVe- XVe siècle) », in *Histoire de l'Empire ottoman...*, *op. cit.*, p. 117).
32. L'État ottoman était divisé en provinces dont la plus importante administrativement et militairement est appelée *beylerbeylik* ou *eyâla* avec à sa tête un *Beylerbey* (Gilles Venstein, « L'Empire dans sa grandeur – XVIe siècle », in *Histoire de l'Empire...*, *op. cit.*, p. 206). La province d'Alger est officiellement érigée en Régence sous le règne de Soliman Le Magnifique et est soumise au régime du *sâlyâné*, c'est à dire que les autorités locales sont tenues d'envoyer au Trésor central à Istanbul les revenus collectés durant l'année (*sâl*) écoulée après déduction des soldes et des traitements (G. Venstein, « L'Empire... », *op. cit.*, p. 207 ; Mehmet Ibchirli, *Nidâm al-iyâlât kbâridj Istanbul in al-Dawla al-'Uthmâniyya. Tâ'rikh wa hadâra*, Istanbul, 1989, tome 1, p.246).
33. C'est ainsi qu'au Maghreb, après avoir été dirigées en tant que régences par un *Beylerbey*, l'Algérie passe sous l'administration des *Deys* tandis que la Tunisie passe sous celle des *Beys*.
34. Encore qu'il y ait lieu de rappeler que le *fiqh* est, du point de vue de la doctrine, divisé en quatre écoles et que la doctrine officielle de l'État ottoman est celle de l'école de Abû Hanifa (*hanafisme*) alors qu'en Algérie la majorité de la population est *malékite* cohabitant avec une minorité *ibadite*.
35. Il y a lieu de noter que les autorités ottomanes développent parallèlement au Droit musulman officiel un ensemble normatif qui constitue un véritable droit positif et qui est dénommé dans la terminologie des juristes turcs *lois coutumières* (*Hukuki Örf - Adetler*. Voir Halil Cin et Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, tome 1, 3e éd., Istanbul, 1995 p.49). Ces coutumes sont définies comme *les mesures prises en vue de gérer les activités publiques en recourant à la raison* (Définition donnée par Tursun Bey, un historien contemporain de la prise de Constantinople, in *Tâ'rikh-i Ebtü-l-Feth*, Istanbul, 1977, p. 12, cité par Mehmet Akif Aydıñ, *al-Nudum al-qânûniyya fî-l-dawlati al-'Uthmâniyya in al-Dawla al-'Uthmâniyya. Tâ'rikh wa hadâra*, Yıldıız Yayınçılık, Istanbul, 1989, tome 1, p. 437) et non pas dans le sens de *coutume* qui lui est donné traditionnellement par les juristes.
36. Au moins depuis l'islamisation du Maghreb où l'école théologico – juridique dominante est le malékisme Le droit *hanafite*, dont il est dit qu'il concerne essentiellement les Ottomans et leurs descendants et se rencontre dans les grandes villes, est pratiqué en réalité depuis plusieurs siècles et donc bien avant l'arrivée des Turcs dans la région. C'est ainsi que des hanéfites sont signalés même à Tahert, capitale du kharidjisme, dès avant le Xème siècle (voir al-Muqaddisi, *Description de l'Occident musulman au IVe – Xe siècle. Extrait du Kitâb absan al-taqâsim fî ma'rifat al-qadîm*, éd. Et trad. C. Pellat, Bibliothèque arabe – française, IX, Alger, 1950, p. 43 ; Ibn al-Saghîr, *Sirat al-a'emma al-rustumiyîn*, in *Actes du XIVème colloque des orientalistes tenu à Alger en 1905*, éd. Molinsky, Paris, 1908, cité par Djawdat 'Abd al-Karîm Yûsuf, *al-'Alâqât al-kbâridjiyya li-al-dawlati al-rustumiyya*, Entreprise Nationale du Livre, Alger, 1984, p. 95 ; Charles André Julien, *Histoire de l'Afrique du Nord. Des origines à 1830*, Payot & Rivages, Paris, 1994, p. 385). Rappelons que le droit ibadite est pratiqué notamment par la population vivant dans la région du Mزاب dans le sud algérien Notons en outre qu'il n'y a pas de différences importantes, au niveau des règles de droit quotidiennement mises en œuvre, entre les doctrines hanafite, malékite ou ibadite et qu'un

musulman peut valablement passer d'une école (*madhab*) à une autre tant qu'il reste au sein du sunnisme.

37. Claude Bontems, *Manuel des institutions algériennes. De la domination turque à l'indépendance*. Tome 1, *La domination turque et le régime militaire 1518-1870*, Paris, Cujas, 1976, p. 71 et suiv.
38. En dehors des villes, la population reste soumise aux coutumes variables d'une région à une autre et plus ou moins en contradiction avec le Droit musulman, notamment pour ce qui est de la justice pénale (voir notamment A. Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, 2e éd., 1893, 3 tomes ; M. Morand, *Études de droit musulman et de droit coutumier berbère*, Alger, Bastide-Jourdan et Carbonel, 1931 ; G.-H. Bousquet, « Documents contemporains curieux relatifs au droit en Kabylie », in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence*, publiée par la Faculté de Droit d'Alger, sept.-oct. 1949, p. 39 ; mais aussi M'hamed Feddal, « Soumission des Kabyles au Droit musulman » in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence*, Alger, nov.-déc. 1953.
39. Selon certains historiens l'échec de l'Émir Abdelkader de construire un État algérien est dû à la supériorité des envahisseurs signifiée par leur technique, et au fait que le projet d'État qu'il incarna était trop en avance sur les désirs des Algériens (Gilbert Meynier, *Histoire intérieure du FLN. 1954-1962*, Alger, Casbah Éd., 2003, p. 42).
40. Claude Bontems, *Manuel...*, *op.cit.*, p. 132.
41. *Id.*, p. 141
42. *Ibid.*, p. 107.
43. Marcel Morand, *Études de Droit musulman*, A. Jourdan, Alger, 1910, p. 486, note 2.
44. Jean Robert Henry et François Balique, *La doctrine coloniale du Droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique*, CNRS, Paris, 1979, p. 11.
42. M. Morand, *Études...*, *op.cit.*, p. 101.
45. M. Morand, *Études...*, *op.cit.*, p. 101.
46. Philippe Lucas et Jean-Claude Vatin, *L'Algérie des anthropologues*, François Maspéro, Paris, 1975, p. 41.
47. M. Morand va jusqu'à écrire que l'islamisation des Aurès – en fait la soumission de la population de cette région au Droit musulman – est liée à l'établissement de l'autorité française dans cette région in *Études...*, *op.cit.*, p. 459.
48. C'est notamment le cas en matière de droit de divorce et celui des successions dans certaines tribus berbères (A. Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie...*, *op. cit.*, tome 2).
49. M. Morand, *Études...*, *op.cit.*, p. 101.
50. M. Morand, *Études...*, *op.cit.*, p. 101.
51. L'expression est du Gouverneur général Jules Cambon devant le Sénat au cours de sa séance du 18 juin 1894, cité par M. Morand, *Études...*, *op. cit.*, p. 101, note 1.
52. P. Montagnon, *La France coloniale...*, *op.cit.*, p. 19.
53. Ahmed Mahiou, « Rupture ou continuité du Droit en Algérie » in *Études de Droit public algérien*, Alger, OPU, 1984, p. 133 et in *Revue algérienne des Sciences juridiques, politiques et économiques* de la Faculté de Droit d'Alger, numéro spécial, 1982.
54. Loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962 (*Journal officiel de la République algérienne*, 1963, p.18).

55. Comme par exemple une égale application du Droit à tous les Algériens sans discrimination (A. Mahiou, *Rupture...*, art. précité, p. 136).
56. Mohammed Bedjaoui, *La succession d'États* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, La Haye, 1970, vol. 130, p. 505 et suiv.
57. Bien que *les États souverains apprécient seuls ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire dans les relations internationales* in Nguyen Quoc Dinh, *Droit international...*, *op.cit.*, p. 50.
58. Gamal Moursi Badr, « La relance du Droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », in *Revue internationale de Droit comparé*, n°1, janv.-mars 1970, p. 43. Il faut néanmoins préciser que les interventions du législateur français pendant la période coloniale dans les domaines régis par le Droit musulman – le droit de la famille tout particulièrement – sont plutôt limitées. Les réformes les plus importantes n'ont été adoptées qu'en 1957 et en 1959 (Maurice Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton-La Haye, 1977 ; Louis-Augustin Barrière, *Le statut personnel des Musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, thèse, Faculté de Droit de Lyon 3, 1990). Le texte de 1959 sur le mariage et le divorce avait été fortement critiqué par les responsables du Front de Libération nationale (FLN) et du Gouvernement Provisoire de la République algérienne (GPRA), (voir *El Moudjabid*, n° 45 du 6 juillet 1959 – tome II de l'édition des numéros de guerre publiés après l'indépendance, cité par M. Borrmans in *Statut personnel...*, *op.cit.*, p. 494).
59. Gamal Moursi Badr, « Le conflit du Droit islamique et du Code civil dans la jurisprudence de la Cour suprême », in *Annuaire du Ministère de la Justice*, Alger, 1966-1967, p. 404.
60. Nahas M. Mahieddin, « Dualisme juridique et rupture des logiques juridiques en Droit algérien », in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, vol. XVIII, Aix-en-Provence, CNRS, 1987, p. ; ce dualisme se retrouve également au niveau de l'enseignement du Droit, voir N. M. Mahieddin, *L'état actuel de l'enseignement du Droit musulman en Algérie*, in *L'enseignement du Droit musulman* sous la direction de M. Flory et J.-R. Henry, Paris, CNRS, 1989, p.253.
61. L'exemple le plus frappant pour illustrer cette situation est donné par le rapprochement entre les principes posés par la Constitution algérienne du 28 novembre 1996 (article 29 qui garantit l'égalité des citoyens devant la loi *sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale*) et certaines dispositions du Code algérien de la famille (article 93 qui exige que le tuteur testamentaire soit de confession musulmane) mais également entre les dispositions propres à ce dernier. Si les récents amendements apportés au Code de la famille en février 2005 ont quelque peu atténué l'inégalité entre la femme et l'homme, certains articles demeurent problématiques comme celui énonçant que l'apostat perd sa vocation successorale sur les biens d'un parent musulman (article 138 du Code de la famille), alors que l'apostasie n'est plus une cause de nullité du mariage (nouvel article 32 du Code de la famille bien qu'elle continue de constituer un empêchement au mariage si elle est établie). Comment régler la succession d'un époux apostat après le décès de sa femme musulmane si cette dernière n'a pas souhaité mettre fin au mariage qui la liait à cet homme par le divorce quand on sait que l'union conjugale régulière donne vocation aux époux de se succéder réciproquement (article 126 du Code de la famille). Quelle sera la position des tribunaux quand on sait par ailleurs que la Cour suprême algérienne ne permet pas à une femme non musulmane de succéder à son époux musulman (arrêt de la Cour suprême du 9 juillet 1984, in *al-Madjalla al-qadā'iyya*, Alger, n° 3, 1989, p. 60). C'est

cette double logique qui articule le système juridique algérien qui fait penser qu'il y a un ordre public constitutionnel en parallèle à un ordre public *islamique* et que, selon le juge, il sera fait recours à l'un ou à l'autre pour interpréter la loi.

62. *Id.*, p. 139.
63. *Ibid.*, p. 140 et p. 144.
64. Les premières écoles de Droit musulman (VIIe-VIIIe siècle de notre ère) sont celles de Kûfa et de Bassorah en Irak puis celles de Médine et de La Mecque au Hedjaz et celles de Syrie (Joseph Schacht, *Introduction au Droit musulman*, trad. de P. Kempf et A. Turki, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 35).
65. La littérature juridique maghrébine est certainement originale tant dans sa démarche que dans son contenu mais reste fondamentalement fidèle aux principes posés par les fondateurs de la science du Droit musulman (*'ilm usûl al-fiqh*) et à ceux de l'école malékite (à laquelle appartiennent les Maghrébins en général) tout comme elle est envisagée par rapport à un droit considéré comme communautaire (celui de la *umma*) et non pas national ce qui n'aurait pas eu de sens du strict point de vue de la doctrine musulmane.
66. Jean-Paul Charnay, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*, Paris, PUF, 1965.
67. La traduction des termes juridiques arabes vers une langue européenne comme le français entraîne un glissement conceptuel qui peut faire croire à un rapprochement avec les Droits appartenant à la famille romano-germanique. Ainsi par exemple le mot *fiqh* exprime une notion beaucoup plus large que celle véhiculée par le terme *Droit* et qui est généralement utilisé pour le traduire en français.
68. La situation est identique dans la quasi-totalité des pays de tradition islamique même lorsque l'évolution historique et doctrinale du Droit est différente de celle vécue par l'Algérie.
69. Sauf exceptions très rares, l'essentiel de la doctrine juridique musulmane sur laquelle s'appuie l'activité législative nationale (affiliée au Droit musulman) est l'œuvre d'auteurs anciens ou contemporains non originaires d'Algérie.
70. Ainsi la *Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (ratifiée par l'Algérie avec des réserves le 26 janvier 1990) venue couronner une évolution commencée avec la *Déclaration sur les droits de l'enfant* adoptée le 28 février 1924 à Genève par la Société des Nations et suivie par la *Déclaration des droits de l'enfant* adoptée par l'ONU le 20 novembre 1959.
71. C'est ainsi qu'entre autres textes adoptés en vue de la protection des femmes il y a lieu de citer notamment la *Convention des Nations unies sur le consentement, l'âge minimum et l'enregistrement du mariage* du 7 novembre 1962 et celle sur *l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* du 18 décembre 1978 rentrée en vigueur le 3 septembre 1981 (ratifiée par l'Algérie avec des réserves le 21 juin 1996).
72. Certains pays ont adapté leur législation au niveau civil et pénal pour sanctionner ce commerce mais ne peuvent atteindre les fabricants lorsqu'ils sont situés sur le territoire d'un autre État. Notons qu'au niveau européen une décision de la Cour de justice a jugé que le droit communautaire relatif aux produits de contrefaçon est applicable aux marchandises en transit dans un Etat membre (CJCE, 7 janvier 2004, aff. C. 60/02, *Rolex S.A.*).

73. Ainsi que les risques sur la santé lorsque les produits consommés sont frelatés ou confectionnés en dehors des conditions d'hygiène scientifiquement et légalement exigées.
74. C'est ainsi que les experts estiment que 12% de ce qui est commercialisé comme jouets pour enfant au niveau mondial est contrefait, qu'il en est de même pour 5 à 10% des pièces de rechange pour véhicule au seul niveau européen (Wilfried Roger, Communication présentée au cours du *Séminaire sur la protection de la propriété industrielle* organisé à Alger par le Ministère de la Justice les 22 et 23 octobre 2003).
75. Notamment le clonage humain pour lequel aucun accord international n'a encore été obtenu malgré les deux années de négociations à l'ONU et qui vient à nouveau d'être évoqué à l'occasion de la tenue de sa 32<sup>e</sup> conférence générale de l'UNESCO à Paris (Voir *Le Monde* du 14 octobre 2003). Rappelons que le *Comité international de bioéthique* qui dépend de l'UNESCO est à l'origine de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* promulguée en 1997.
76. Il y a lieu de distinguer entre *le clonage aux fins de reproduction* et *le clonage à des fins thérapeutiques* tout comme il est distingué entre *le clonage humain* et *le clonage d'êtres humains*. Si tout le monde est d'accord pour interdire le premier, le désaccord persiste en ce qui concerne le clonage dit *thérapeutique*. Notons à titre indicatif que le taux d'efficacité du clonage reproductif chez les mammifères varie entre 0 et 3% (Déclaration de Ian Wilmut, le « père » de la brebis clonée Dolly). Jusqu'à aujourd'hui aucune preuve n'a été apportée de la réussite d'un clonage humain malgré les annonces médiatiques faites à ce sujet (*Le Monde* du 14 octobre 2003).
77. Voir, par exemple, les réactions aux dispositions de la *loi relative à l'émigration, à l'intégration et à l'asile* en France, qui permettent de recourir à l'analyse des empreintes génétiques pour rechercher les éléments de preuve d'une filiation déclarée chez un demandeur de visa ressortissant d'un pays considéré comme ayant un service d'état civil présentant des carences et qui souhaite rejoindre ou accompagner l'un de ses parents résidant en France (article 5 bis de la loi précitée qui a été adoptée par l'Assemblée nationale française le 2 octobre 2007).
78. Viviane Forrester, *Une Étrange Dictature*, Fayard, Paris, 2000.
79. Extrait de l'intervention du Président français J. Chirac devant la 32<sup>e</sup> conférence générale de l'UNESCO à Paris le 14 octobre 2003 (*Le Monde* du 14 octobre 2003).
80. Une *Déclaration sur la diversité culturelle* a été adoptée à l'unanimité par l'UNESCO en 2001 mais n'a pas encore de valeur contraignante. Elle a pour objet de permettre aux États de protéger, notamment par le recours aux subventions, les domaines d'activité culturelle.
81. La mondialisation peut avoir des effets inattendus lorsque des décisions intéressant l'individu sont adoptées à un niveau national comme le montrent les réactions « mondiales » à la loi relative à *l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics* adoptée par les autorités françaises et qu'une partie de l'opinion publique a vu comme un texte visant à interdire aux femmes de confession musulmane le port du voile en France alors que la même interdiction décrétée depuis quelques années déjà dans des pays à majorité musulmane n'a pas eu le même impact international et que des manifestations de soutien contre ce texte ont eu lieu même dans ceux des pays où le port du voile dit « islamique » est interdit dans les établissements d'enseignement public comme en Turquie (*Le Monde* du 17 janvier 2004) où le débat a été à nouveau relancé à l'occasion des développements politiques vécus dernièrement par ce pays (*Le Monde* du 2 octobre 2007).

82. Arrêt de la Cour de Cassation française du 25 mai 1945 in *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1998, p. 145.
83. C'est notamment le cas pour les répudiations dites *musulmanes* qui ne sont pas reconnues par les tribunaux en France parce que contraires au principe d'égalité entre l'homme et la femme tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme (voir arrêts de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation française du 17 février 2004, in *Dalloz* 2004, p. 825. Pour les commentaires sur ces décisions voir Hugues Fulchiron, *La réception du droit musulman de la famille par le juge français*, in *Droit de la famille. Regards croisés. Mélanges dédiés au Doyen A. Touati*, Publications du Laboratoire de Droit et des nouvelles technologies, Faculté de Droit d'Oran, 2007, p. 9 ; Nacira Saadi – Raïs, *A propos de l'exequatur du jugement de divorce par répudiation unilatérale*, in *Droit de la famille...*, op. cit., p. 45).
84. Ainsi le recours à la notion classique d'ordre public, pour écarter l'application des dispositions juridiques étrangères dans un pays donné, ne constituait pas un obstacle aussi insurmontable à la reconnaissance des droits étrangers que ne l'est la nouvelle notion de droits fondamentaux posés comme critère de l'ordre public (notamment en Europe) et qui peut conduire à la négation d'autres droits... fondamentaux et à des conflits entre eux ! Fort heureusement les juges tentent d'éviter d'aboutir à de tels excès (Voir Arrêt de la 1re Chambre civile de la Cour de Cassation française du 3 juillet 2001 in *Dalloz* 2001, 3378).
85. Nahas M. Mahieddin, La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, n° 1, 2006 ; Nahas M. Mahieddin, *L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984*, in *L'Année du Maghreb. Dossier Femmes, Famille et Droit*, CNRS, Paris, 2007, p. 97 ; Nadia Ait – Zaï, *Vers la citoyenneté*, in *L'Année du Maghreb*, op. précit., p. 139.
86. Cette tendance à l'hégémonie du Droit est évidemment liée à la puissance politique réelle ou supposée de l'institution qui a pour fonction de l'adopter et de le faire appliquer. Elle ne constitue pas une simple hypothèse d'école ou un phénomène historiquement dépassé. Il suffit de rappeler que les États-Unis d'Amérique ont adopté tout récemment des lois déclarées applicables en dehors du territoire américain comme les lois Helms-Burton et d'Amato tendant à sanctionner les entreprises non américaines qui concluraient des accords avec certains États étrangers. En 1998, le Congrès américain a même adopté un texte visant à protéger la liberté de religion *partout dans le monde* (cité par R. Charvin in *Le processus...*, art. précité, p. 7).
87. La résistance des altermondialistes, multiforme et encore récente (voir C. Aguiton, *Le monde nous appartient*, Plon, Paris, 2001 ; T. Ponniah et W. F. Fisher, *Un autre monde est possible*, Paragon, Paris, 2003) est rendue difficile tant par la forme qu'elle revêt (voir F. Houtard et F. Polet, *L'Autre Davos*, L'Harmattan, Paris, 1999) que par le fait que, comme pour les règles économiques, des principes et des règles à caractère juridique liés au processus de mondialisation sont élaborés et proposés par un nombre réduit de centres de décisions et gagnent peu à peu tous les champs du Droit y compris le droit privé des personnes qui se retrouve apprécié à l'aune des droits de l'homme.
88. Ces souhaits sont à la base de la réflexion menée par le courant des *juristes inquiets* (M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du Droit international*, Paris, La Découverte, 1995).

89. J. Touscoz, « Mondialisation et sécurité économique internationale », *Revue générale de Droit international public*, n° 3, 1998, p. 644, cité par R. Charvin in *Le processus...*, art. précité, p. 14, note 23.
90. 'Arûs al-Zubîr, *al-'Avlâma wa thaqâfat al-sulta (al-Djazâ'ir namûdzâdjân)*, in *Revue Naqd* précitée, p. 31.
91. Samir Amin, *L'Autre Davos : document de travail. Mondialisation des luttes sociales*, in *Revue Naqd*, Alger, 1999, n° 12, p. 125 ; Mahmad Saïb Musette, *Algérie : le marché du travail à l'épreuve de la mondialisation*, in *Revue Naqd* précitée, p. 135.
92. C'est en fonction d'intérêts ou de circonstances conjoncturelles que les particularismes des sociétés sont soit mis en relief soit atténués (voir, par exemple, les arguments avancés par les Européens vis-à-vis de la demande d'adhésion de la Turquie au sein de l'Union européenne selon qu'ils y sont favorables ou non.