

**JURISTES ET LÉGISTES AU SERVICE DE L'ÉTAT
COLONIAL : DE LA MISE EN FORME
TECHNIQUE DU STATUT DES ALGÉRIENS
A SA DIFFICILE LÉGITIMATION**

PAR

Laure BLÉVIS

Cette communication aimerait revenir sur un épisode récent de l'histoire de l'Etat républicain français, à savoir celui du gouvernement des colonies pendant la Troisième République, et plus précisément de l'Algérie sous domination française. L'expression "Etat colonial", présente dans le titre, peut sembler étrange. Elle est en tout cas fort récente dans la production académique française. Son emploi suggère une attention nouvelle portée aux processus d'institutionnalisation, de bureaucratisation, voire d'autonomisation des administrations coloniales chargées de l'encadrement des populations des colonies (que ce soit les colonisés "indigènes", les "colons", les immigrants européens). Rompant avec l'histoire coloniale classique, soucieuse de restituer la politique coloniale de la France, ses expansions et ses défaites, ainsi qu'avec les récits nationalistes des périodes post-indépendances exaltant l'héroïsme et la clairvoyance des leaders indépendantistes, de nouvelles approches ont vu le jour, en particulier aux Etats-Unis sous le nom de *Colonial Studies*, qui, s'inspirant des travaux de Michel Foucault sur la gouvernementalité, ont eu à cœur de révéler les techniques proprement administratives de contrôle des populations dans les colonies. Bien loin de s'en tenir à une dénonciation de la violence exercée par les puissances impériales sur les colonisés, ces courants se proposent de comprendre comment cette violence initiale de conquête a pu être encadrée et régulée par la mise en place d'une administration spécialisée (le Gouvernement Général en Algérie) et par la constitution de textes réglementaires ou législatifs fixant le statut des populations et les procédures de leur contrôle. En un sens, et c'est ce que le présent article va s'attacher à démontrer, le passage de la violence militaire au droit colonial change la nature même du gouvernement des colonies.

Mais l'intérêt des *Colonial Studies*, telles qu'elles apparaissent dans un ouvrage comme *Tensions of Empire, Colonial Cultures in a Bourgeois World*, édité sous la direction de Frédérick Cooper et d'Ann Stoler en 1997, est aussi d'insister sur les interactions entre les sociétés colonisatrices et les sociétés colonisées, tant à l'intérieur du territoire colonial (*i.e.* l'Algérie dans notre propos), qu'entre la métropole et la colonie. En d'autres termes, il s'agit de réintégrer dans l'histoire de la métropole sa dimension coloniale, et non plus de considérer cette dernière comme un chapitre à part et indépendant de l'histoire nationale. Dans leur introduction, Cooper et Stoler affirment en effet que "l'Europe a été fabriquée par ses projets coloniaux tout autant que les situations coloniales ont été façonnées par les conflits à l'intérieur de l'Europe elle-même"¹. De façon identique, en utilisant l'expression "Etat colonial" (inexistante pendant toute la période coloniale), l'on voudrait suggérer que la dimension coloniale est constitutive de l'histoire de l'Etat en France, non seulement parce qu'elle a pu être un terrain d'expérimentation de pratiques administratives², mais aussi parce que ce sont souvent les mêmes hommes qui ont administré les deux territoires³.

Telle est la spécificité des situations coloniales : à la fois éloignées et séparées de la métropole, les administrations coloniales sont sous tutelle des ministères métropolitains et incarnent l'Etat républicain dans la colonie. C'est au droit, et donc aux juristes et "légistes", que va être confiée la tâche de constituer le gouvernement des colonies en "Etat colonial", en mode de gouvernement à la fois encadré, procédural et prévisible, c'est-à-dire conforme au mode de fonctionnement de la domination légale-rationnelle wébérienne.

I - COLONISATION ET RÉPUBLIQUE : UN PROBLÈME DE DROIT(S)

Aujourd'hui, les rapports entre colonialisme et République sont analysés avant tout en termes politiques et moraux. L'extraordinaire contradiction qui existe entre une rhétorique des droits de l'homme, constitutive du discours républicain, et la violence qui s'est exercée à l'encontre des populations autochtones discriminées y est systématiquement soulignée. Et de dénoncer l'hypocrisie des grands penseurs colonialistes qui, sous couvert du discours de la mission civilisatrice aux connotations républicaines, ont justifié et encouragé l'impérialisme colonisateur.

Ces contradictions, proprement coloniales, étaient perceptibles, et même dénoncées (entre autres par la Ligue des Droits de l'Homme après la Première Guerre mondiale) tout au long de la Troisième République. Mais c'est dans le domaine du droit que la question est apparue comme cruciale aux acteurs politiques, aux fonctionnaires ministériels ou à l'administration coloniale.

1. "Europe was made by its imperial projects, as much as colonial encounters were shaped by conflicts within Europe itself" (Cooper & Stoler, 1997 : 1).

2. Par exemple pour le fichage des populations. Cf. Rosenberg, 2000.

3. Il est intéressant de noter que des ouvrages récents sur la sociologie et l'histoire de l'Etat et des fonctionnaires intègrent désormais un ou deux chapitres sur les colonies. Cf. Baruch & Duclert, 2000.

En effet, l'exception coloniale est avant tout une exception juridique, comme le prouve l'analyse du statut des Algériens.

• *Du droit de la nationalité...*

Si l'on s'en tient au cas algérien (qui a souvent servi de modèle aux autres colonies, les mesures expérimentées pour l'Algérie étant par la suite exportées avec plus ou moins de retard), un texte fondateur place la nationalité en territoire algérien au cœur des contradictions coloniales : en 1865, un *sénatus-consulte* fixe le statut des populations autochtones, "indigènes", au regard de la nationalité. Aux Algériens (musulmans, mais aussi juifs) est accordée "la qualité de Français" (c'est-à-dire la nationalité française). Cette nationalité est cependant une nationalité "dénaturée" (Weil, 2002 : 234) puisque, précise immédiatement le texte, ces sujets français sont exclus de la citoyenneté pour la raison qu'ils ont conservé leur statut personnel musulman (ou mosaïque). Pour devenir pleinement citoyens français, ils doivent faire une demande d'accession à la qualité de citoyen français⁴, et renoncer à leur statut personnel pour suivre les prescriptions du Code Civil. Or, en reconnaissant aux Algériens, aux "indigènes musulmans", la nationalité française, mais en leur refusant la citoyenneté, les autorités françaises (républicaines dès 1870) rompent avec l'un des fondements du "compromis républicain" (Noiriel, 1999) en construction en métropole, celui de l'indexation des droits civiques et politiques sur l'appartenance nationale⁵. Si cette nouvelle qualité de "Français non citoyen" accordée aux "indigènes" d'Algérie va être imposée et maintenue, sous la qualification de "sujet" dans la doctrine, jusqu'en 1944⁶, elle n'en demeure pas moins l'objet de discussions et de contestations, aussi bien dans les commentaires juridiques que dans l'arène politique. En témoignent les nombreuses propositions de loi (dans les années 1880, puis pendant la première guerre mondiale) qui visent à l'attribution automatique des droits civiques et politiques à tous ou à certaines catégories d'Algériens.

• *...Au droit civil*

Pour les juristes coloniaux, la chose est entendue. L'exclusion de la citoyenneté des Algériens découle du maintien de leur statut personnel qui prévoit l'application des principes du droit musulman (ou mosaïque) pour certaines questions relevant du droit de la famille (essentiellement mariages

4. Le terme de "naturalisation" s'imposera dans la littérature académique, administrative ou même médiatique, que ce soit à l'époque que dans les analyses postérieures. Il est cependant, en toute rigueur, impropre puis qu'il ne s'agit pas ici d'un changement de nationalité.

5. Bien sûr, en métropole, les femmes jouissent d'un "privilège" identique. Pour une problématique proche de la nôtre sur l'exclusion des femmes des droits civiques, on pourra consulter Rochefort, 2000.

6. Les Juifs d'Algérie obtiennent l'accès automatique à la citoyenneté française avec le célèbre décret Crémieux de 1870, et par la même occasion, perdent la jouissance de leur statut mosaïque au profit de l'application stricte du Code Civil.

et successions)⁷. Ce “privilège” de juridiction découlerait du traité de capitulation signé par le bey d’Alger le 5 juillet 1830 dans lequel la France s’était engagée à respecter les coutumes et la religion des populations conquises. Le champ d’application du statut personnel demeure limité sous la III^e République, l’essentiel des prérogatives traditionnelles des juridictions musulmanes ayant été confiées aux juges de paix⁸. Cependant, le maintien de la justice du *cadî*, en particulier pour tout ce qui a trait à l’état civil, inscrit, pour les Algériens, la différence entre citoyens et “sujets” dans leurs expériences quotidiennes, distinctes, de la justice.

Ce dualisme juridique concret n’est pas sans poser très vite des problèmes pratiques. Si les enfants métis, le plus souvent non reconnus, de pères européens⁹ et de mères indigènes, ont suscité l’intérêt et les interrogations des juristes et des administrateurs quant à leur statut éventuel de citoyen, c’est à la suite d’une simple question de juridiction : sont-ils soumis aux juridictions françaises ou indigènes ? (Wildenthal, 1997 ; Saada, 2001). La question métis est pourtant quasiment absente en Algérie. Par contre, des considérations identiques ont vu le jour avec l’émigration massive des Algériens en France après la première guerre mondiale et l’apparition du phénomène “inquiétant” des mariages mixtes entre hommes indigènes et femmes françaises. Un mariage mixte peut-il être célébré devant le *cadî* ? Un couple peut-il être formé d’époux aux statuts différents ? La femme française suit-elle au contraire la qualité de son époux en devenant indigène, à l’instar de ce que préconisait le droit de la nationalité ? Ces questions ont hanté les ouvrages de la doctrine comme les correspondances du gouvernement général aux ministères de l’Intérieur et de la Justice.

• ... ainsi que dans le droit pénal

Si les indigènes algériens sont soumis au droit pénal français depuis 1842 (avec les juridictions répressives spécifiques que sont les tribunaux répressifs et les cours criminelles dès 1902), ils sont aussi assujettis à une législation exorbitante par rapport aux principes fondamentaux du droit français : le régime de l’indigénat (ensemble d’infractions “spéciales”) voté pour l’Algérie par la loi de 1881 (Ageron, 1968 ; Merle, 2002). Ces infractions sont “spéciales”, c’est-à-dire explicitement exceptionnelles et déroatoires, parce qu’elles sanctionnent des infractions qui n’existent pas dans le droit pénal français, ou qui ne sont pas sanctionnées aussi sévèrement (nombreuses peines d’internement ou de séquestres). La loi sur l’indigénat instaure aussi une forme de juridiction extraordinaire puisque, dans les communes mixtes

7. Cette opinion est toujours soutenue par des historiens du droit contemporains. Cf. Barrière, 1993.

8. Les ordonnances royales des 28 février 1841 et 26 septembre 1842 ont abrogé le droit pénal musulman en déclarant que seuls les tribunaux français étaient compétents en matière pénale. Plus tard, par le décret du 10 septembre 1886, les *cadis* se sont trouvés dépouillés de l’essentiel de leur compétence en matière de successions, et surtout de litiges immobiliers.

9. Il n’est pas besoin de préciser que les ressortissants européens, nombreux en Algérie, mais aussi présents dans la plupart des colonies françaises, demeuraient soumis au Code Civil.

(sous contrôle d'un administrateur et non d'un maire élu), ces sanctions sont prononcées par l'administrateur de la commune et non par le juge de paix, au mépris de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires. L'existence de cette législation spéciale (indûment appelée "code de l'indigénat") a fortement contribué à inscrire le statut d'indigène dans une expérience quotidienne de discrimination et de contrôle répressif. Comme le note I. Merle, "il s'agit d'un régime «spécial» qui matérialise et concrétise au jour le jour la coupure entre «sujets» et «citoyens» opérée au sein de la catégorie «Français»" (Merle, 2002).

Le droit colonial algérien apparaît ainsi comme une "monstruosité juridique" (Schnapper, 1994), qui institua, au sein de la catégorie "Français" un groupe d'individus exclus des droits fondamentaux reconnus aux citoyens français comme aux étrangers résidant sur le sol national. Il faut cependant souligner que les juristes coloniaux n'ont guère relevé les dérogations opérées en situation coloniale par rapport aux principes fondamentaux de la République. Au contraire, ils insistaient sur l'incompatibilité entre la civilisation française et la civilisation musulmane. Le point intéressant est que cette différence de civilisations, cette distance culturelle étaient traduites en conflit de lois. Ainsi toute la doctrine coloniale a-t-elle mis en scène les conflits qui ne manquent pas de naître entre la civilisation musulmane, réduite aux principes contenus dans le statut personnel (polygamie, droit du *djebr*, etc.), et la grande civilisation française, incarnée dans la République, et plus précisément dans le Code Civil¹⁰.

II - PRODUIRE LE DROIT DE L'EXCEPTION COLONIALE

Ce rapide rappel a eu pour but de montrer comment la situation coloniale posait le droit au cœur des contradictions et des oppositions entre colonisation et république. Pourtant en dehors de la législation sur l'indigénat, présentée comme explicitement "spéciale" et extraordinaire, et votée uniquement pour une période transitoire de sept ans (cependant renouvelée systématiquement jusqu'en 1944), le droit français en Algérie était pensé par les juristes comme partie intégrante du droit républicain. Ce n'était pas un droit ouvertement incohérent ou contradictoire. Tout le travail des juristes et légistes a été de construire ce droit comme un tout cohérent, de concilier la logique de la domination politique avec les impératifs de la raison juridique.

L'étude du processus de production de la législation algérienne sur le statut des "indigènes musulmans" confirme l'importance accordée à la mise en forme technique, proprement juridique, des textes réglementant la colonie algérienne. De ce point de vue, la situation algérienne est sensiblement singulière dans l'Empire français. Si les colonies sont habituellement gouvernées selon le "régime des décrets", l'Algérie, composée de départements français, est bien mieux représentée au Parlement ; elle est souvent l'objet de

10. Un juriste comme René Maunier (1932), pourtant auteur d'études anthropologiques très fines sur la Kabylie, adopte un point de vue identique.

lois discutées et votées à la Chambre des députés ou au Sénat, voire de questions au gouvernement. De sorte que les lois et textes réglementaires sur l'Algérie sont débattus, et souvent contestés sur de nombreuses scènes, dans l'arène politique bien sûr, mais aussi dans l'arène académique ou médiatique (en métropole comme dans la colonie), etc. Certes, la grande publicité faite autour des projets de réformes législatives a entraîné le gel de la majorité des (rares) tentatives de "libéralisation" du statut des Algériens (que l'on se rappelle la violente campagne de presse, relayée au Parlement, contre le fameux projet Blum-Viollette de 1936 qui se solde par l'abandon du projet, malgré le soutien du gouvernement du Front Populaire, et la persévérance de son rédacteur Maurice Viollette, ancien gouverneur de l'Algérie et correspondant de la Ligue des Droits de l'Homme sur les questions coloniales). Mais elle a aussi contraint les autorités françaises à la plus grande prudence dans l'élaboration et la constitution des politiques à destination des populations autochtones.

L'étude de la législation spéciale sur l'indigénat est à cet égard très instructive. La loi de 1881 reprend le principe des pouvoirs répressifs exceptionnels délégués aux subalternes et caïds indigènes au début de la conquête, ensuite codifiés par un règlement édicté par Bugeaud en 1844 et contrôlés par les autorités militaires. Le caractère proprement arbitraire de ces premières mesures, officiellement encadrées par l'armée, mais pratiquement sans aucun contrôle de l'administration coloniale ni, encore moins, du gouvernement métropolitain, rend très vite nécessaire la production de nombreuses circulaires et décrets précisant les infractions spéciales, les peines encourues et les agents chargés de les infliger. Ainsi la loi de 1881, aussi exorbitante fut-elle, a couronné ce long cheminement de rationalisation des mesures répressives, d'encadrement de la violence coloniale, de transformation de l'arbitraire imprévisible en droit garant du respect de procédures définies à l'avance.

L'essentiel de la législation et la réglementation, promulgué à Paris, est en fait préparé à Alger, au sein du bureau des affaires indigènes du Gouvernement Général de l'Algérie. Le gouverneur général, bien que ne possédant légalement aucun pouvoir gouvernemental ni législatif (Larcher, 1911, 2 : 264), est bien davantage qu'un super préfet, c'est un véritable vice-roi dans la colonie, à la tête d'un embryon de gouvernement¹¹. Son influence en matière algérienne s'étend aussi en métropole, puisqu'il est ordinairement désigné pour représenter le gouvernement (de métropole) lorsqu'un débat s'élève dans une des chambres concernant l'Algérie et son administration. Chaque proposition de loi ou projet de réforme émergeant

11. Bien entendu, cette présentation est un peu rapide, car de nombreuses réformes, souvent contradictoires, ont émaillé l'histoire mouvementée de l'administration algérienne au XIX^e siècle, tantôt limitant le pouvoir du gouvernement général au profit des administrations centrales métropolitaines, tantôt au contraire en confortant ses prérogatives. Quoi qu'il en soit, après 1898 avec la mise en place successive d'une nouvelle assemblée, les "délégations financières", et de l'autonomie financière, le gouvernement général acquiert un pouvoir peu contesté et peu contestable dans la colonie.

en métropole¹² est d'abord décortiqué, commenté et jugé par les directeurs du bureau des affaires indigènes qui font preuve d'une connaissance très précise de la législation et de la jurisprudence algérienne, d'une maîtrise des subtilités du droit colonial algérien, que sont loin de partager les juristes du bureau des Affaires civiles au ministère de la Justice. La longévité à ce poste d'hommes comme Dominique Luciani (pendant la Première Guerre mondiale), Jean Mirante (pendant tout l'entre-deux-guerres), ou plus tard Augustin Berque (adjoint de Mirante, puis directeur du bureau de 1941 à 1945, aussi bien au service de Vichy que du Comité Français de Libération Nationale) assure de ce fait, malgré les changements de législatures ou de gouverneurs généraux (dont la nomination en Conseil des Ministres est hautement politique¹³), la continuité et la cohérence du discours administratif (et en fait souvent politique) en matière de gouvernement des indigènes. Leur parfaite connaissance des dossiers, ainsi que souvent leur maîtrise de la langue arabe ou de la "civilisation" musulmane¹⁴, confèrent au gouvernement général de l'Algérie une prééminence finale lors des négociations avec le Ministère de la Justice sur la rédaction des projets. Ainsi, la loi de 1919 sur la naturalisation et les droits politiques des indigènes musulmans fut-elle extrêmement limitée et mesurée par rapport non seulement aux premières propositions de lois déposées à la Chambre dès le début du conflit mondial (propositions "généreuses" visant explicitement, dans les exposés des motifs, à récompenser les Algériens combattant dans les tranchées françaises), mais aussi au regard de la proposition de loi préparée par Marius Moutet au sein de la Commission des colonies de la Chambre des députés. D. Luciani et ses adjoints rédigent de nombreux rapports, contre-propositions de plusieurs dizaines de pages qu'ils envoient au ministère de l'Intérieur comme au ministère de la Justice. Il s'agit à la fois d'imposer les vues de l'administration coloniale, en sauvegardant les principes fondamentaux de sa domination politique sur la population algérienne (par exemple en se battant pour maintenir, en 1919, le veto final du gouverneur général pour toutes les demandes de naturalisation) et de contribuer à la formalisation proprement juridique de la législation selon les canons classiques du droit positif.

12. Ces propositions de réformes sont en fait assez nombreuses à la Chambre des députés comme au Sénat pendant toute la Troisième République et parfois assez "audacieuses" au regard de ce que les juristes coloniaux jugeaient comme étant possible, sinon légitime.

13. P. Gonod a présenté avec précision la brève et difficile expérience d'Edouard Laferrière, ancien vice-président du Conseil d'Etat, à la tête du gouvernement général de l'Algérie de juillet 1898 à octobre 1900, dans une période de très grande agitation antisémite et autonomiste. Si les gouverneurs généraux sont des personnalités métropolitaines, des grands fonctionnaires ou serviteurs de l'Etat tel Laferrière, voire d'anciens parlementaires (tel Théodore Steeg nommé en 1920), choisis en fonction de qualités appréciées par le gouvernement de métropole (couleur politique, modération, etc.) et donc souvent sujets à de courtes carrières en Algérie, les directeurs des affaires indigènes sont des fonctionnaires civils de l'administration algérienne de longue date (Mirante et Berque avaient tous deux été affectés dans les services des affaires indigènes depuis plus de vingt-cinq ans avant d'être nommés au poste de directeur).

14. D. Luciani était un "arabisant hors de pair" selon les dires d'A. Berque. J. Mirante avait commencé sa carrière comme interprète, tandis que les écrits d'A. Berque sur l'histoire sociale de la société algérienne et ses études islamologiques gardent aujourd'hui encore tout leur intérêt. Cf. Berque (1986).

Ce dernier point peut être illustré par le rapport envoyé par le gouvernement général (direction des affaires indigènes) au ministère de la Justice (ainsi qu'au Président du Conseil et au ministère de l'Intérieur) le 19 avril 1918 présentant un projet de loi sur la naturalisation des indigènes musulmans (qui sera celui, peu ou prou, *in fine* déposé par le gouvernement à la Chambre). Ce rapport, long commentaire de la proposition de loi Moutet, présente, entre autres, l'étude des conditions préalables exigées pour être éligible à une procédure judiciaire de naturalisation¹⁵. L'une de ces conditions, la monogamie du candidat à la naturalisation, est l'objet d'un constant débat, d'ailleurs repris lors de la discussion du projet de loi à la Chambre. En effet, l'"indigène musulman" non naturalisé conserve son statut personnel musulman. Aucune disposition légale ne lui interdit la polygamie. Or un Algérien polygame peut-il demander son accession à la citoyenneté ? Le *sénatus consulte* de 1865 reste muet sur la question. Luciani est favorable à l'ajout d'une condition de monogamie. Il avait déjà exprimé cette idée lors d'une réunion à Alger du Conseil de Gouvernement (espèce de Conseil d'Etat algérien dans ses fonctions consultatives) en mars 1918. Il réitère ses recommandations dans le rapport :

Quant aux conditions imposées, elles seront déterminées par la loi elle-même d'une manière très libérale, et d'après les termes de la proposition déposée par l'honorable M. Moutet, sauf sur un point. Il est stipulé en effet que, pour réclamer la qualité de citoyen, le déclarant doit être monogame ou célibataire. Il est difficile d'admettre que, la loi française interdisant la polygamie, il y ait néanmoins des citoyens polygames. Je n'ignore pas que, au cours de la discussion qui s'est engagée devant la Commission interministérielle, un savant dont l'autorité en matière de droit international privé est unanimement reconnue, M. Weiss, s'est montré favorable à cette solution, dans une certaine limite. Mais outre que la polygamie, bien que tolérée par le droit musulman et les coutumes algériennes, est relativement peu répandue chez les indigènes et même mal vue chez beaucoup d'entre eux, il faut prendre garde aux difficultés inextricables et aux conflits de statut qui résulteraient de l'admission d'un polygame à la qualité de citoyen. Les rapports légaux des époux entre eux, ceux de chacun d'eux avec les enfants, et ceux des enfants entre eux soulèveraient les plus graves complications. Le mari, citoyen français, conserverait-il à l'égard de toutes ses femmes le droit de répudiation arbitraire que lui reconnaît la loi musulmane et les femmes le droit de réclamer le divorce d'après la même loi ? Le droit de garde des enfants (*hadana*) serait-il encore régi par la loi musulmane ? Les femmes conserveraient-elles leur réserve (*faridh*) sur la succession du mari et celui-ci sur la succession de ses femmes ? Les enfants succéderont-ils à leur mère d'après la loi française par parts égales, ou d'après la loi musulmane, à raison d'une part pour la fille et de deux pour le fils ? etc... etc... Le Premier

15. En effet, la principale innovation introduite par la loi de 1919 a été de permettre à certaines catégories d'"indigènes musulmans" de porter leurs demandes de naturalisation devant le juge de paix ; cette procédure judiciaire se voulait moins arbitraire que la voie administrative. Cependant, le gouverneur général conservait son droit de veto sans possibilité d'appel, ce qui prouve à quel point cette loi, objet de tant de commentaires et de débats, n'a réellement en rien changé la logique de discrimination coloniale qui prévalait.

Président de la Cour d'Appel d'Alger et le Procureur Général, qui sont spécialement qualifiés pour apprécier ces difficultés, aussi bien dans l'intérêt de l'ordre public que dans l'intérêt des familles indigènes, se sont prononcés pour la condition de monogamie. J'estime qu'on doit s'en rapporter à leur opinion¹⁶.

Cette longue citation est intéressante à bien des égards. Elle illustre les stratégies employées par le gouverneur général (sous la plume de son directeur des affaires indigènes) pour justifier et imposer ses vues. Luciani y développe en effet un raisonnement de type juridique mettant en scène sa fine connaissance du droit musulman¹⁷ (on notera l'emploi de termes arabes) à destination des juristes du ministère, fort ignorants en matière musulmane. Au cœur de son argument : la volonté de ne pas créer des difficultés juridiques insolubles. Certes, le droit colonial algérien comprend déjà de nombreuses incohérences, qui sont parfois réinvesties par certains Algériens contre l'administration coloniale (Blévis, 2002). Mais le souci de la cohérence du droit n'est pas seulement un simple outil de justification hypocrite, il est aussi constamment un enjeu essentiel pour le gouvernement général. La référence finale à l'avis du Premier Président de la Cour d'Appel d'Alger et du Procureur Général, interlocuteurs privilégiés du ministère de la Justice en Algérie, ainsi que la mention des points de vue de juristes réputés (ici métropolitains) tel que A. Weiss, autorité en matière de droit international privé et référence toujours essentielle en droit de la nationalité (Weil, 2002), participent de l'effort constant des hommes du gouvernement général pour se faire admettre parmi les acteurs traditionnellement légitimes pour dire le droit. Bien plus, en les reléguant en fin de démonstration, voire en les critiquant, le directeur Luciani semble poser et imposer le gouvernement général comme source première de la rigueur juridique en matière de législation algérienne.

III - LA CONSTRUCTION D'UNE NOUVELLE SPÉCIALITÉ : LE DROIT COLONIAL ALGÉRIEN

La référence critique de Luciani aux écrits d'A. Weiss révèle aussi la position essentielle qu'occupent les juristes universitaires, grâce à leur production doctrinale, dans la constitution du droit colonial comme domaine spécialisé et légitime du droit français. En établissant une science du droit colonial propre, en construisant le droit colonial comme spécialité juridique, les juristes ont pu espérer "naturaliser" les exceptions coloniales et gommer les incohérences.

En particulier, l'École de droit d'Alger, fondée en 1879 et transformée en université en 1909, a contribué efficacement à instituer le champ de la "législation algérienne" comme domaine légitime d'enseignement (Vatin, 1994). En effet, dès sa création, le conseil de l'École de Droit, à la tête duquel se trouve le premier directeur de l'École, Robert Estoublon, auteur d'un célèbre

16. Rapport trouvé dans les archives du ministère de la Justice, C 5828.

17. Pour être exact, il faudrait préciser qu'il s'agit du droit musulman tel qu'il est présenté et enseigné par les juristes français.

Code annoté de l'Algérie mis à jour chaque année jusqu'à l'indépendance, souhaite obtenir la reconnaissance et l'autonomie de l'institution. Face aux universités métropolitaines, en particulier celle d'Aix-en-Provence, qui attiraient jusqu'alors les étudiants — français — d'Algérie, se mettent en place en Algérie des enseignements spécialisés propres à former les futurs fonctionnaires (administrateurs) et hommes de loi en exercice en Algérie. Cet objectif est vite atteint puisque les juges de paix d'Algérie sont recrutés sur possession du certificat d'administration algérienne délivré par l'Ecole. Quant aux administrateurs des communes mixtes, ils sont recrutés à partir de 1897 sur concours spécifique pour l'Algérie, quand en métropole, l'Ecole coloniale, créée en 1889, assure la formation des administrateurs de l'Empire français. L'administration algérienne avait œuvré pour que n'y soit pas créée une section algérienne de façon à conserver le monopole du recrutement et, accessoirement, à conforter l'Ecole de droit d'Alger dans son rôle de formation et de préparation au concours (Collot, 1987 : 109). Un des outils principaux pour parvenir à la reconnaissance de l'Ecole de droit comme (seul ?) lieu légitime pour commenter le droit sur l'Algérie, et plus généralement sur les colonies, a été la création de la *Revue Algérienne et Tunisienne de Législation et de Jurisprudence* en 1885 qui s'est imposée dès le départ comme l'organe privilégié de production de la doctrine coloniale (aussi bien dans des études spécifiques que dans les commentaires de jurisprudence). La réussite de cette entreprise est telle, que des cours de législation coloniale sont proposés dans les facultés métropolitaines. Ainsi René Maunier, qui a choisi la Faculté de Droit d'Alger pour son premier poste de jeune agrégé en 1920, est nommé en 1924 à un poste d'enseignement de législation coloniale à la Faculté de Droit de Paris. Plus précisément, le droit colonial a été introduit comme matière à option dans les programmes de licence dès 1889 dans six facultés (Rennes, Bordeaux, Poitiers, Alger, Aix et Lyon), et l'est resté jusqu'à la période des décolonisations (Gonidec, 1959 : 13).

Cependant, la constitution du droit colonial comme branche parmi d'autres du droit ne saurait être repérée et démontrée uniquement par des considérations institutionnelles. Elle a été le fruit d'un travail de doctrine continu (Henry & Baliq, 1979). C'est en lisant les articles de la *Revue algérienne* ou du *Code Annoté de l'Algérie*, les traités classiques de droit colonial (Girault, 1904 ; Larcher, 1911), mais aussi les innombrables thèses de droit soutenues en métropole, puis à partir de 1911 à Alger, que l'on peut saisir le travail proprement doctrinal de réécriture du droit colonial selon "un modèle de juridicité partagé par les autres «branches» du droit" (François, 1993). Non seulement les commentateurs de la législation sur l'Algérie se sont attachés à reproduire la jurisprudence et à consacrer l'interprétation légitime de ses conclusions, mais ils ont cherché à suppléer les lacunes du "législateur", c'est-à-dire du bureau des affaires indigènes, en relevant les incohérences manifestes du droit français en Algérie et en proposant des solutions juridiquement correctes. C'est ainsi que l'on trouve analysée dans tous les traités ou thèses de droit colonial la question du statut de l'épouse de l'indigène naturalisé, dont le sort ne sera véritablement fixé que par la loi du 18 mai 1929.

Par ailleurs, ces nouveaux "interprètes" du droit colonial (Chevallier, 1993) ne se contentent pas de le présenter, de l'interpréter, voire de le reconstruire. Ils s'emparent aussi du cœur de ses contradictions, de ces cas très rares et limités qui minent le droit colonial et par-delà la domination française dans les colonies, pour les transformer en cas d'école, en exemples où ils peuvent déployer leur science de la législation coloniale, et bien plus, de la technicité juridique.

Un exemple particulièrement éclairant peut être trouvé dans l'analyse de la question des conversions des Algériens musulmans au catholicisme. Ces conversions ne correspondent en rien à un phénomène massif. Des Algériens, Arabes et Kabyles, se sont effectivement convertis au catholicisme, dans certains villages autour des missions des Pères Blancs ainsi qu'au sein des orphelinats créés par le cardinal Lavignerie après les famines de 1865 et 1868¹⁸. Les archives de l'administration coloniale algérienne ne témoignent pas d'une quelconque "question sociale" associée à l'apparition du groupe des convertis¹⁹. Pourtant la question des conversions, et de ses effets juridiques, va susciter la publication de trois études à trente ans d'intervalle et qui, toutes trois, vont devenir des classiques de la littérature juridique coloniale. Il s'agit de l'article du célèbre juriste Emile Larcher, "Des effets juridiques du changement de religion en Algérie", *Revue Algérienne de législation et de jurisprudence* (1910), de l'ouvrage de Pierre Mary, *Influence de la conversion religieuse sur la condition juridique des personnes en Algérie* publié en 1910, et de la thèse d'André Bonnichon, *La Conversion au Christianisme de l'Indigène Musulman Algérien et ses Effets Juridiques (Un cas de conflit colonial)* publiée en 1931. Pourquoi les Kabyles convertis au catholicisme stimulent-ils tant l'imagination juridique de ces commentateurs patentés ? C'est que ces convertis brouillent les frontières clairement définies par le droit entre citoyens français et "indigènes musulmans". En effet, dans tous les traités de droit colonial comme dans les rapports et débats entre le gouvernement général et le ministère de la Justice, on retrouve systématiquement l'idée que la citoyenneté française est incompatible avec le maintien du statut personnel musulman qui serait une sorte de "privilège" accordé aux musulmans depuis le traité de capitulation. Or que se passe-t-il lorsqu'un "indigène musulman" se convertit au catholicisme ? Qu'advient-il de son statut civil ? Demeure-t-il soumis au statut personnel musulman ou suit-il désormais les prescriptions du Code Civil ? Qu'en est-il de son statut politique : citoyen ou indigène ? On est à nouveau au cœur des contradictions du système : il est impensable pour un juriste français qu'un chrétien soit soumis au droit musulman. En même temps, la conversion ne peut entraîner *ipso facto* la citoyenneté, car celle-ci doit rester discrétionnaire et soumise à l'approbation de l'administration ou du juge de paix. Pour rendre compte de ce problème insoluble, André Bonnichon va forger une nouvelle catégorie pour qualifier le kabyle converti, celle d'"indi-

18. André Bonnichon a repéré en 1930 environ 600 kabyles chrétiens, dont une grande partie ont fait des demandes de naturalisation.

19. Au contraire de ce qu'Emmanuelle Saada (2001) a pu constater en Indochine au sujet des métis, pourtant objets de questionnements proches chez les juristes.

gène musulman catholique". Si tous les auteurs s'accordent sur le fait que la conversion ne saurait impliquer changement de statut politique, puisque l'attribution de la citoyenneté aux Algériens demeure une prérogative de la souveraineté nationale (c'est-à-dire, en pratique, du gouvernement général), l'imposition du Code civil aux convertis, sans citoyenneté concomitante, reste peu fondée juridiquement. Bonnichon a tenté d'apporter cette solution juridique qui faisait défaut aux deux premières études. Pour cela, il emprunte concepts et raisonnements au droit international privé interne pour adapter la notion de "conflit de lois", qui caractérise le conflit créé par l'opposition entre deux lois souveraines susceptibles de régler un litige impliquant un ressortissant étranger sur le territoire national, à la situation coloniale ("conflit colonial"). Le conflit colonial complique un peu le schéma puisque la "loi musulmane" ne ressortit pas d'une souveraineté étrangère, mais est "française", quoique "inférieure". Dans la même perspective, le juriste a forgé à partir de la notion d'"ordre public international" l'idée d'un "ordre public colonial" au nom duquel le législateur français, comme le juge de paix en poste en Algérie, seraient fondés légitimement à ne pas appliquer le statut personnel musulman aux convertis, y compris quand ceux-ci n'ont pas explicitement demandé à le perdre²⁰. L'ordre public colonial est alors présenté comme un outil juridique doté d'une efficacité décisive pour imposer en droit des exceptions d'ordre politique, ou même "moral". L'auteur souligne les difficultés et les répugnances des magistrats à intégrer explicitement des considérations politiques ou morales dans leurs jugements, ces derniers privilégiant la recherche d'une solution conforme à leurs interprétations de la "solution juste" dans la multiplicité des rites musulmans. La logique à l'œuvre dans la notion d'ordre public demeure toujours, pour Bonnichon, latente dans la jurisprudence algérienne :

"Sans doute le mot d'ordre public n'est-il souvent pas prononcé ; nous verrons les habiletés employées par le juge pour se dispenser d'invoquer une raison de morale, d'équité, qui paraît moins juridique ; habiletés généralement percées à jour dans les recueils de jurisprudence par une note clairvoyante ; à moins que le contraire ne se produise : le juge ayant invoqué des raisons d'humanité, l'annotateur découvre des appuis textuels ou coutumiers qu'on aurait pu mettre en œuvre. Aussi bien ni le juge ni l'annotateur ne s'y trompe ; il faut être momentanément infidèle à la règle musulmane francisée et lui substituer malgré les décrets une disposition française ou plus souvent un aménagement simplement équitable. Or ceci est la définition même que nous avons donnée de l'ordre public colonial ; et c'est seulement, croyons-nous, par un semblable recours qu'on peut régler équitablement la situation du musulman converti" (Bonnichon, 1930 : 113).

Les interprètes du droit de l'Algérie ont ainsi forgé le droit colonial comme une spécialité parmi d'autres du droit français grâce à l'importation de concepts et raisonnements issus des autres branches. Les spécialistes les

20. Emmanuelle Saada analyse aussi comment la notion d'"ordre public" a été mobilisée par les juristes et les administrateurs lorsqu'ils ont eu à traiter de la "question des métis". Cf. Saada, 2001 et 2002.

plus reconnus ont acquis une expertise en matière coloniale qu'ils exploitent dans des commissions préparatoires aux réformes (tel le doyen Marcel Morand de la Faculté de Droit d'Alger que le gouvernement général consulte sur tous les projets de réformes sur l'Algérie pendant et après la première guerre mondiale) ou dans des articles largement diffusés sous forme de fascicules.

Conclusion : formalisme juridique et légitimation de la domination coloniale

L'objectif de ce travail a été de montrer comment, à partir d'une situation d'exception coloniale inscrite dans le droit, légistes et juristes ont fabriqué un droit colonial conforme aux canons de la discipline et intégré au droit français, de façon à nier le caractère profondément antinomique du système juridique colonial avec les principes solennellement proclamés par la loi républicaine.

L'importance accordée aux critères de rigueur formelle, en regard de pratiques de gouvernement si objectivement contradictoires avec les règles de fonctionnement démocratique, semble illustrer la théorie de la domination légale-rationnelle de Max Weber. Le droit colonial est la source de la légitimité de la domination au sens où l'ordre politique institué est présenté comme l'application procédurale des prescriptions juridiques, suivant des principes techniques et exempts de considérations morales ou politiques davantage sujettes à contestation. En cela, nous paraissions rejoindre les remarques de Danièle Lochak sur le positivisme des juristes de Vichy, lorsqu'elle démontre qu'en interprétant le droit antisémite comme une branche du droit à part entière, les juristes ont contribué à banaliser, à "naturaliser" la législation raciale, et par là même à la légitimer (Lochak, 1989).

Cependant, si le régime de Vichy rejetait la République et ses références, il n'en est pas de même de la situation coloniale, produit de la République. De sorte que les juristes coloniaux ne se contentaient pas d'adopter une démarche positiviste ou de mettre en valeur la rigueur formelle du droit colonial algérien, ils l'expliquaient aussi par des références aux grands principes de la République. Ainsi la laïcité du droit républicain français était-elle convoquée fréquemment pour rendre compte de l'impossibilité d'accorder aux musulmans la citoyenneté dans leur statut personnel, symbole pour les juristes de la primauté de la foi sur la loi en droit musulman.

Bien plus, le travail de construction d'un droit colonial cohérent et rigoureux ne fut jamais simple. L'étude faite ailleurs de ses catégories a montré l'instabilité du compromis juridique colonial. Le problème était que ces incohérences et failles du droit colonial risquaient toujours d'être exploitées, contre la volonté du gouvernement général, par des Algériens, voire par des élus locaux d'Algérie radicaux, autonomistes ou antisémites. Le droit colonial algérien fut constamment l'objet de contestations et de remises en cause, en Algérie comme en métropole. La justification de l'entreprise coloniale

était donc un problème politique permanent pour l'administration coloniale ; ceci fait de la légitimation de l'entreprise coloniale un processus continu et inachevé.

En conclusion, il nous faut donc souligner qu'une telle communication, par son caractère synthétique, n'échappe pas, sinon à la caricature, du moins à une certaine tendance à l'uniformisation et à la simplification de la présentation du champ des juristes coloniaux et de leurs différentes opinions. Il va sans dire que les différentes revues juridiques spécialisées (en particulier la *Revue algérienne*) se sont fait l'écho de disputes d'ordre doctrinal touchant à l'interprétation de tel décret ou de telle réglementation concernant le statut des Algériens (le problème du statut de l'épouse de l'indigène naturalisé, mentionné plus haut, n'a cessé par exemple de susciter articles et points de vue divergents). Certains juristes, tel l'éminent professeur de la faculté de droit d'Alger, Emile Larcher, n'ont pas hésité à dénoncer les aberrations du droit colonial, en particulier les entorses trop manifestes aux principes du droit républicain que constitue la législation sur l'indigénat. Mais ces disputes doctrinales, conformes aux normes de fonctionnement de la discipline, n'ont-elles pas aussi renforcé la construction du droit colonial comme une branche "normale" du droit ?

BIBLIOGRAPHIE

Ageron, C.-R. (1968) *Les Algériens musulmans et la France*, Paris : P.U.F.

Barrière, L.-A. (1993) *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon : Edition Universitaire de Dijon.

Baruch, M.-O. & Duclert, V. dir. (2000) *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1945*, Paris : La Découverte.

Berque, A. (1986) *Ecrits sur l'Algérie*, Aix-en-Provence : Edisud.

Blévis, L. (2001) Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation, *Droit et Société* 48.

Blévis, L. (2002) L'usage du droit dans le rapport colonial. L'exemple de l'inscription des Algériens sur les listes électorales de métropole 1919-1939, *Bulletin de l'Institut d'Histoire du Temps présent* 80.

Bonnichon, A. (1931) *La Conversion au Christianisme de l'Indigène Musulman Algérien et ses Effets Juridiques (Un cas de conflit colonial)*, Paris : Librairie du Recueil Sirey.

Chevallier, J. (1993) Les interprètes du droit in A. Bernard & Y. Poirmeur (dir.) *La doctrine juridique*, Paris : P.U.F. (C.U.R.A.P.P.).

Collot, C. (1987) *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale (1830-1962)* Paris : Edition du CNRS.

Cooper, F. & Stoler, A. (1997) *Tensions of Empire : Colonial Cultures in a Bourgeois World*, Cambridge : Cambridge University Press.

François, B. (1993) La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique in A. Bernard & Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, Paris : P.U.F. (C.U.R.A.P.P.).

Girault, A. (1904) *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris : L. Larose (deuxième édition).

Gonidec, P. F. (1959) *Droit d'Outre-mer*, Paris : Editions Montchrestien.

Henry, J.-R. & Balique, F. (1979) *La doctrine coloniale du droit musulman algérien : bibliographie systématique et introduction critique*, Paris : CNRS.

Larcher, E. (1911) *Traité Élémentaire de Législation Algérienne*, Paris-Alger : Ed. Arthur Rousseau (1ère éd 1903).

Lochak, D. (1989) La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme in *Les usages sociaux du droit*, Paris : P.U.F. (C.U.R.A.P.P.).

Maunier, R. (1932) *Loi française et coutume indigène*, Paris : Domat-Montchrestien.

Merle, I. (2002) Retour sur le régime de l'indigénat : genèses et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français, *French Politics, Culture and Society* 20.

Noiriel, G. (1999) *Les origines républicaines de Vichy*, Paris : Hachette.

Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique (1994), Dossier "L'influence des facultés françaises de droit Outre-mer et à l'étranger", 15.

Rochefort, F. (2000) L'égalité dans la différence : les paradoxes de la République 1880-1940 in M.-O. Baruch & V. Duclert (dir.) *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française*, Paris : La Découverte.

Rosenberg, C. (2000) *Republican Surveillance : Immigration, Citizenship, and the Police of Interwar Paris*, PhD, Princeton.

Saada, E. (2001) *La "question des métis" dans les colonies françaises. Socio-histoire d'une catégorie juridique*, thèse de sciences sociales soutenue à l'E.H.E.S.S.

Saada, E. (2002) The Empire of Law. Dignity, Prestige and Domination in «Colonial Situation», *French Politics, Culture and Society* 20 : 2.

Schnapper, D. (1994) *La communauté des citoyens*, Paris : Gallimard.

Vatin, J.-C. (1984) Exotisme et rationalité : à l'origine de l'enseignement du droit en Algérie (1879-1909), in J.-C. Vatin (ed), *Connaissances du Maghreb*, Paris : CNRS.

Weil, P. (2002) *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris : Grasset.

Wildenthal, L. (1997) Race, Gender and Citizenship in the German Colonial Empire, in F. Cooper & A. Stoler (dir), *Tensions of Empire : Colonial Cultures in a Bourgeois World*, Cambridge : Cambridge University Press.