

# AUX SOURCES DU DROIT MODERNE TUNISIEN

SANA BEN ACHOUR

*Sana BEN ACHOUR a soutenu le 24 janvier 1996 à Tunis, sous la direction du doyen Sadok BELAÏD, une thèse d'Etat en Droit : «Aux sources du droit moderne Tunisien : la législation tunisienne en période coloniale» (1 vol., 401p., index).*

*Sana BEN ACHOUR est maître de conférence en droit public à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.*

## ITINÉRAIRE D'UNE RECHERCHE

L'idée de ce travail sur *la législation tunisienne en période coloniale* a pris corps lorsque, par un heureux détour professionnel, je fus amenée à travailler sur le milieu urbain et à constater qu'entre l'architecture arabo-islamique des médinas et l'architecture occidentale des quartiers neufs européens, il existe une architecture intermédiaire, qualifiée de coloniale, qui, tout en puisant son principe d'ordre dans la villa individuelle européenne, trouve racine, au niveau de son expression esthétique, dans le fonds artistique et culturel local. Mon étonnement fut grand devant la beauté du résultat et l'harmonie du produit.

Juriste de formation, j'ai eu la curiosité d'observer le champ juridique en période coloniale pour y tester la pertinence des constatations faites dans le domaine architectural. L'occasion m'en fut offerte, par le département de droit public de la Faculté de droit de Tunis et par l'Association Tunisienne des Sciences Administratives qui, presque simultanément, lancèrent, en y associant les jeunes assistants, des travaux de

recherche sur l'oeuvre jurisprudentielle du Tribunal Administratif et sur le contentieux administratif tunisien dont on fêtait, en 1988, le centenaire. A cette occasion, remonte mon premier contact scientifique avec la séquence coloniale de l'histoire juridique de la Tunisie.

Je découvrais alors dans les archives, un fonds mystérieux, à la fois captivant, par ce qu'il livre et par ce qu'il fait revivre, et repoussant par ce qu'il accumule sans distinction. Juriste, j'entrais dans le monde des historiens par intrusion et quittais le giron familial par effraction. J'y gagnais le sens de la relativité mais y perdais le sens de l'abstraction. Le législateur cessa d'être pour moi cet être souverain et abstrait pour prendre la figure de ces administrateurs français, spécialistes des affaires arabes, de ces traducteurs, fonctionnaires de l'ombre et vecteurs de communication entre une société arabe dominée et une administration française dominante, de ces jurisconsultes musulmans, *complices et encombrants*<sup>1</sup>, de ces orientalistes, savants et politiques. La fixité normative de la législation s'estompa derrière la mobilité processuelle de sa production, de sa création, fruit d'un entrecroisement entre l'endogène et l'exogène, le laïc et le sacré, le spécifique et l'universel. Car, se voulant droit de synthèse, la législation tunisienne est le produit d'une codification du droit musulman, d'une réappropriation du passé réformiste précolonial et d'un investissement du droit local dans les catégories du droit français. Les opinions émises sur la législation en formation cessèrent d'être pour moi celles de la seule «doctrine» du droit pour englober celles du public tunisien qui s'exprima, dans

sa diversité sociale et ses tensions culturelles, par voie de presse (politique) et d'information. Cette doctrine, habituellement considérée par le juriste comme source compacte et supplétive du droit, retrouva, à mes yeux, sa transparence sociale et sa force politique. Ses locuteurs occupent, en effet, différentes places sociales et symboliques : les praticiens et magistrats coloniaux des tribunaux français, les avocats tunisiens juifs et musulmans, les *hukam* et *oukala* des tribunaux séculiers, les *muftis* et les *qadis* des tribunaux charaïques. Véritable autorité discursive, cette doctrine joue un rôle primordial dans l'inculcation, la reproduction et la diffusion des valeurs inhérentes au nouvel ordre positif en formation.

En réalité, mon projet de départ était plus ajusté à ma formation d'origine en droit public interne. En cette qualité, je me proposais d'observer le champ du droit public pour étudier, à travers l'évolution de l'édifice politico-administratif, les tentatives d'édification étatique en Tunisie. Ainsi conçu, mon projet ne résistera pas à la découverte de la charge culturelle du droit. Plus j'avais dans l'exploration de certaines pistes (notamment l'organisation de la justice), plus je mesurais la force du droit dans la construction, la conservation ou la transformation des schèmes culturels et du code religieux. Je réalisais du même coup la similitude des situations passées et présentes. L'édification de l'Etat moderne en Tunisie est passée dans ses trois phases (précoloniale, coloniale et post-coloniale) par les tentatives de l'Etat de s'arroger le pouvoir de dire le droit. En effet, au centre de tout projet d'étatisation, se trouve l'impératif, pour la survie même de l'Etat, de s'annexer la totalité du champ juridique. En Tunisie, comme partout en pays d'islam, l'édification de l'Etat moderne ou l'émergence de la raison moderne a pris l'allure d'une confrontation entre le divin et l'humain, le révélé et le posé, le sacré et le laïc. Dans un contexte de domination coloniale, cette confrontation s'est doublée d'une opposition entre conquis et conquérants.

Compte tenu de ces éléments, je fus amenée non pas à renoncer en totalité à mon projet initial, mais à le redimensionner, pour en élargir le champ et tenter de comprendre les mécanismes qui, en Tunisie, pays de culture arabo-islamique, ont favorisé «l'autonomisation» du droit. Fixée sur la nature de mes interrogations, je n'ai plus hésité à sortir des limites de ma discipline scientifique. Je devais aller, à partir de ce moment, de surprise en étonnement.

Contre toute attente, je remarquais, à la consultation des recueils anciens, que la législation posée en période coloniale se dénomme législation ou droit tunisien. Périodiques et répertoires en portent le titre. Ce qualificatif ne manqua pas de susciter ma

curiosité. Comment, alors même que le pays se trouvait placé sous le protectorat de la France, la législation posée par le colonisateur pouvait-elle afficher une identité proprement nationale ? Que renferme la notion ? Je découvrais alors, non sans surprise du reste, que sous ce vocable étaient réunis les actes édictés ou promulgués par le Souverain tunisien sous forme de décrets beylicaux et visés par le représentant du gouvernement français en Tunisie, le résident général. Je réalisais alors, le triple paradoxe de la situation tunisienne.

Tout en dépouillant le Bey des attributs de sa souveraineté, le protectorat français en affermit, ne fût-ce qu'au plan formel, le statut de législateur. Les accords de protectorat, malgré leur caractère fictif, finirent par imposer leur logique formelle et par faire écran à la substitution pure et simple du législateur colonial au législateur tunisien. Toute norme passait par la médiation beylicale. Par ailleurs, tout en moulant le droit applicable aux Tunisiens dans les catégories du droit français, le colonisateur renforça l'identité tunisienne, en renvoyant aux «indigènes» l'image de leur différence. C'est, paradoxalement, dans cette situation d'assujettissement colonial que la législation beylicale se pensa et se conçut ouvertement comme tunisienne c'est-à-dire comme spécifique à une entité tunisienne distincte de la communauté des musulmans. Enfin, et ce n'est pas là le moindre des paradoxes, c'est cette législation à la tunisianité «ambiguë» qui, à l'indépendance, sera endossée par le législateur post-colonial et mise au service de son projet de construction nationale.

Parallèlement à ces constats, je décelais, non sans embarras, derrière l'apparente uniformité de la législation tunisienne, son pluralisme et sa complexité, tant au niveau de ses lieux de production et de ses interprètes que de ses destinataires. Comment parler d'une homogénéité à l'intérieur de cet ensemble de décrets beylicaux dont l'origine est, selon le cas, locale ou parisienne ? Comment restituer une unité dans un corpus de lois dont l'application relève, dans une distribution arbitraire, des juges français ou des juges tunisiens ? Comment enfin saisir l'identité de ce droit dont les récepteurs sont, selon la politique coloniale du moment (politique de différenciation ou d'assimilation), tous les habitants de la Régence ou les seuls «indigènes» du pays ?

Devant l'ampleur de la question, je prenais le parti de procéder par sondage en m'attachant à l'étude des «grands» textes fondateurs d'une nouvelle raison juridique en Tunisie. Je commençais, suivant l'ordre chronologique de leur promulgation, du reste révélateur du sens des priorités et de l'opportunisme des autorités, par les textes relatifs au nouveau statut

de la terre (c'est-à-dire les textes sur l'immatriculation foncière et ceux sur la domanialité publique). J'examinai par la suite les textes sur l'organisation et le fonctionnement de la justice séculière, ceux relatifs au tribunal de l'*Ouzara*, la création des tribunaux régionaux, la délégation de la justice.

C'est à ce stade de la recherche que je pris conscience de la globalité et de la cohérence générale de la réforme du droit en Tunisie. Les archives, en commençant à me livrer quelques uns de leurs secrets, me permettaient de découvrir que la réforme du droit avait pris, dans un vaste dessein modernisateur, une triple dimension : normative, institutionnelle et pédagogique. Au niveau normatif, la codification du droit musulman devait réaliser sa transmutation en législation tunisienne. Au niveau institutionnel, les tribunaux séculiers, désormais enfermés dans le cadre rigide des codes, devaient s'affranchir des tribunaux religieux. Au niveau pédagogique, la nouvelle formation donnée aux juges, devait, en remodelant leur univers référentiel, assurer l'efficacité du nouveau système et par suite, sa pérennité.

Dès lors, il s'agissait pour moi d'envisager la question de l'autonomisation du droit tunisien dans la diversité de ses dimensions et la complexité de ses implications. Laisant de côté les informations recueillies sur le nouveau système de la justice et celles collectées sur le nouveau régime de la propriété foncière, je me lançais sur la piste de la codification du droit. Et, me trouvant de nouveau dans cette situation où «une question en cache une autre», j'opérais, encore une fois, un élargissement de mon angle de vue pour tenter de saisir, derrière les structures et les rouages administratifs, le profil des hommes, leur discours, leurs méthodes et leurs stratégies, et derrière l'apparente technicité de la question de la codification, ses enjeux culturels et ses retombées sociales. J'étais donc amenée, à consulter d'autres sources documentaires, en l'occurrence, la presse politique et d'information pour mesurer, à travers les réactions de l'opinion publique, l'impact du changement juridique. Le retour aux sources journalistiques ne fut pas aisé, tant elles sont massives et diverses. Contrainte de faire un tri, je prenais le parti d'arrêter mes recherches aux années marquant un tournant dans la vie juridique et institutionnelle du pays, et à limiter la consultation à certains journaux représentatifs du débat public sur le droit, débat qui avait lieu, alors, entre modernistes laïcs, réformistes musulmans et conservateurs religieux.

Plus que le changement dans l'ordre des faits, c'est le changement dans l'ordre des idées, des mentalités qui pose problème. L'interrogation est lancinante : comment affirmer et faire admettre l'idée de l'autonomie du juridique par rapport au religieux ?

L'importance de cette question m'apparut dans sa vigueur, au hasard de la découverte d'un document d'archive portant sur les cours de droit tunisien organisés dès 1906, par les services judiciaires à l'intention des juges et auxiliaires des tribunaux séculiers. Il m'apparaissait intéressant de lier mes interrogations sur la réforme du système juridique à des questions plus générales sur l'évolution du système d'enseignement en Tunisie et de mesurer, par comparaison, le rôle des institutions d'enseignement du droit dans l'émergence de nouveaux acteurs, la transmission d'un nouveau savoir et la diffusion d'une nouvelle représentation de la norme juridique. Mes recherches étaient facilitées par l'importance et l'abondance de travaux anciens et récents consacrés à cette question générale ou aux différents foyers culturels et d'enseignement en Tunisie. Mais plus je travaillais sur les institutions de savoir, plus s'imposait le besoin d'évaluer le résultat du travail pédagogique, et ce, à travers l'examen de la production savante de l'époque. Sans être vraiment fixée sur la nouvelle orientation à suivre, je fréquentais la Bibliothèque Nationale et son fichier *Tunisianiana* pour m'imprégner de l'immense littérature juridique de l'époque. Cela me suffisait à formuler l'hypothèse que, dans l'ensemble des publications savantes, les revues et périodiques spécialisés en législation et droit tunisiens, par leur genre même, la spécialisation de leur objet, la diversité de leurs locuteurs, le dualisme de leur support linguistique, sont à la fois le reflet et le vecteur de l'autonomisation du droit tunisien et qu'ils constituent, par cela même, un terrain privilégié d'observation du changement juridique et culturel en Tunisie. A l'étude, cette hypothèse se vérifia féconde et me permit d'entrevoir les ruptures et les continuités dans le discours des juristes locaux : continuité, parce que, en constituant le nouveau droit positif en objet autonome de savoir, la doctrine a contribué à lui imprimer une cohérence propre et à véhiculer l'idée de son existence intrinsèque ; ruptures parce que, dans leurs divergences idéologiques, les juristes se sont opposés sur le sens de la «tunisianité» et le degré de modernité de ce nouveau droit en formation.

Simple travail de terrain, ce retour aux sources du droit moderne tunisien n'épuise ni la question de l'origine de la modernité juridique en Tunisie, ni celle de la concurrence entre deux philosophies de droit, deux tables de valeurs non concordantes. Tout au plus, ambitionne-t-il de comprendre le fil qui lie l'expression de la juridicité au réel social et à l'imaginaire culturel.

## TRAJECTOIRE DE LA LÉGISLATION TUNISIENNE

Matière vivante, la législation tunisienne est à appréhender comme produit inscrit dans des temps et

des lieux déterminés. Elle naît, mûrit et déploie ses potentialités dans un contexte colonial dans lequel le protectorat a fini par imposer sa logique formelle et par imprimer à l'administration son caractère binaire franco-tunisien. Reflet des circonstances qui l'ont vu naître et se développer, elle est un produit dont les complexités et les sinuosités ne peuvent être saisies qu'à travers plusieurs détours. Car, dans le pluralisme inhérent à la situation coloniale, seule une fraction - le droit à destination des indigènes réglementant leurs rapports privés - est dénommée « législation tunisienne ». Seuls les codes, textes fondateurs d'une nouvelle rationalité juridique, se disent tunisiens. Petite part, mais non des moindres, elle offre un terrain privilégié d'observation du changement juridique en Tunisie et interpelle le chercheur sur les fondements de sa singularité. Par quelles opérations cette part du droit tunisien s'est-elle détachée de l'ensemble du système juridique auquel elle appartient ? Comment s'est-elle constituée ? Dans quel face à face ? Avec quelles justifications ? Qui en sont les producteurs et quels en sont les vecteurs de circulation ? Autant d'interrogations qui situent le projet aux confins du droit pour le mettre en perspective et le placent d'emblée sur le terrain de la recherche socio-historique.

Pour appréhender dans sa génétique, son devenir historique et sa réalité interactive le droit nouvellement produit, il y lieu d'en identifier le mouvement. Dans la logique de son déploiement, la législation tunisienne dessine une évolution en deux temps, de production et de reproduction. Traitées séparément, ces deux séquences ne sont pas moins inscrites dans un même processus dialectique, provoquant en même temps que supportant et, par la suite enracinant le changement juridique et culturel en Tunisie.

### La production du nouveau droit

Le traitement de cette première séquence s'appuie sur une interrogation doublée d'un constat. Quelles sont les opérations pratiques et symboliques qui ont rendu possible l'éclosion d'un droit séculier « spécifiquement » tunisien dans une société de culture arabo-islamique ayant traversé sans succès - mais non sans implications - l'expérience réformatrice de l'Etat précolonial husseinite ? Tracer dans ses linéaments la genèse de cette législation impose d'en décrire les opérations d'établissement et de fondation.

Édictées sous forme de décrets beylicaux, la législation tunisienne s'élabore au sein des administrations locales et se fabrique en deux temps que départagent les réformes administratives de l'entre-deux-guerres. Durant la première période (1881-1922), l'essentiel du pouvoir législatif se concentre entre les mains des spécialistes des affaires tunisiennes, au sein du Secrétariat Général du Gouvernement Tunisien.

Longue période de mise en place des rouages du protectorat et de consolidation de la présence française en Tunisie, elle se caractérise au plan normatif par une impressionnante production législative, engageant l'avenir juridique de la Tunisie moderne et imprimant au système global sa nouvelle configuration. Le droit posé par les gouvernants affirme, dès cette époque, sa prétention à l'exclusivité, la totalité, la complétude. Repoussant le droit musulman dans ses confins (statut personnel et successoral), la législation tunisienne envahit de nouveaux champs, s'annexe de nouveaux territoires gagnés sur le droit musulman : la terre (loi foncière de 1885), les obligations contractuelles et les échanges commerciaux (code des obligations et contrats de 1906), l'ordre public et les sanctions pénales (code pénal de 1913 et le code de procédure pénale de 1921). De même au plan judiciaire, l'effort se concentre sur la réforme des tribunaux séculiers tunisiens, accentuant leur caractère laïc, renforçant leur statut de juridiction de droit commun (code de procédure civile de 1910, délégation de la justice retenue par le Bey en 1922). Face aux tribunaux séculiers ainsi réformés, les tribunaux religieux musulmans, confinés dans les affaires successorales et de statut personnel et dans les actions pétitoires sur les immeubles non immatriculés, font figure de juridictions d'exception.

Posée d'en haut, dans l'ombre du législateur colonial la législation tunisienne se présente en cette période de fondation, marquée par la personnalité des « pionniers » (S. Berge, M. Bompard, Ducos de la Haille), comme une oeuvre pragmatique. Elle finit par prendre « spontanément » une forme duale à l'image du droit français, divisé en droit public et droit privé. Son versant public, étroitement lié à l'exercice du pouvoir politique, est très tôt érigé en domaine réservé aux seuls administrateurs et chefs de services français de l'administration du protectorat. Son versant privé, plus directement lié aux questions sociales et culturelles, engage d'autres acteurs au profil politique et savant : les spécialistes des affaires indigènes, les orientalistes (tel David Santillana auteur du Code des Obligations et des Contrats), les jurisconsultes musulmans (les *muftis* et *qadis* des deux rites hanéfites et malékites) et impose une négociation franco-tunisienne. Quoique limité à quelques incontournables privilégiés de l'élite tunisienne traditionnelle et à quelques islamologues européens, le débat témoigne, à sa manière, de la prise en compte de la culture juridique de la société tunisienne, culture sans laquelle le droit nouvellement produit n'a aucune chance de prise sur le réel.

Au sortir de la Grande Guerre suite aux réformes de 1922, s'opère une nouvelle division du travail de production des normes juridiques. Des structures inédites sont créées provoquant l'entrée en scène de nouveaux acteurs : les comités et services juridiques et de législation composés de professionnels du droit, le Grand Conseil de

la Tunisie avec sa section tunisienne qui, quoique illusoire, aménage la participation des Tunisiens à la vie publique, le ministère de la justice tunisienne au sein duquel le délégué français finit par se poser comme le véritable héritier des attributions législatives du secrétaire général du gouvernement tunisien

Moins féconde au niveau de la production juridique - le protectorat rentrant dès l'entre-deux-guerres dans une phase de turbulence politique et d'enlisement dans ses propres contradictions-, cette deuxième période est marquée par un paradoxe : les avancées de la rationalité juridique moderne, d'une part, ses limites attestées par l'échec même du projet de laïcisation et d'unification du système juridique tunisien, d'autre part (projet du code charaïque de 1949). La rationalité juridique française, certes limitée à son aspect formaliste et techniciste, est particulièrement observable dans le domaine administratif. Le modèle a gagné l'ensemble des aspects de la vie publique. L'administration a discipliné ses méthodes de production de la norme (services et comités de législation), amorcé son ancrage territorial et étendu ses antennes régionales et locales (municipalités, conseils de caïdats, conseils de région). Reproduisant le modèle métropolitain, l'administration s'est définitivement fonctionnarisée (statut général de la fonction publique de 1926) et s'est relativement soumise au droit (admission du recours pour excès de pouvoir). Multipliant les signes de réformes et d'ouverture aux Tunisiens (Grand conseil de la Tunisie) l'administration coloniale n'en resta pas moins sourde aux revendications démocratiques d'une société en mutation dont elle est, paradoxalement, un des facteurs de blocage et d'accélération. Dans le domaine des relations privées, la modernité juridique occidentale ne réussira pas à percer les relations familiales, régies par les règles du droit musulman. Les savants musulmans, sans le concours desquels la réforme n'est pas envisageable, demeurent, malgré leur adhésion au projet d'une remise en forme des règles islamiques du statut personnel, réfractaires à l'innovation. Cette tentative avortée de codification des règles islamiques témoigne finalement des difficultés de l'administration à imposer par le haut le changement juridique mais aussi du besoin ressenti jusque dans les rangs zeitouniens d'une réforme du droit et des institutions islamiques.

### La diffusion culturelle du nouveau droit

Dans la construction-consolidation de l'idée de l'autonomie du droit tunisien un autre phénomène est à l'oeuvre, à savoir la constitution d'un discours savant sur un objet posé ou supposé identifiable : le droit tunisien. Le protectorat français, en même temps qu'il a engendré « le nouveau droit positif tunisien » a produit un nouveau savoir juridique, dont il importe de connaître les lieux de production et les vecteurs de

circulation. Les changements opérés dans le champ même de la régulation juridique ont induit la constitution d'un nouveau savoir juridique porté par de nouvelles figures, issues des nouveaux lieux de savoir. Aux anciens *mudarrres*, *fuqaha*, *qadis* et autres juriconsultes musulmans, *ulama*, «hommes de la loi et de la foi», se sont progressivement substitués de nouveaux acteurs : les juristes positivistes, légalistes, interprètes de la loi posée par l'Etat.

La transmission d'un nouveau savoir sera assurée dans un premier temps, par les «cours de législation et de droit privé tunisiens» (1907). Destinés aux nouveaux professionnels de la justice séculière (*hukams* et *oukalas*), ils représentent la dernière touche dans la transformation du système juridique. Tout en façonnant les esprits dans la nouvelle rationalité juridique, ils canalisent, et par là-même verrouillent, l'accès à la magistrature tunisienne. Réduits initialement à la connaissance des codes, les cours finissent, dans leur dynamique, par englober toute la législation positive nouvellement produite et par discipliner l'objet en le scindant en deux branches : d'un côté la législation tunisienne (le versant public du droit tunisien), de l'autre, le droit privé tunisien. Organisés en enseignement autonome, séparés à la fois de l'enseignement zeitounien et de l'enseignement universitaire français (Centre d'Études Juridiques et Institut des Hautes Études de Tunis créées respectivement en 1922 et 1945), les cours ont constitué le lieu de fixation et d'expansion du nationalisme juridique tunisien.

Dans ce processus de diffusion culturelle, un autre support est à considérer : les périodiques de législation et de jurisprudence (codes annotés, annuaires de droit, recueils de législation, répertoires de jurisprudence, journaux, gazettes, revues juridiques). Faisant écho à la nouvelle législation produite, ils en reproduisent et en diffusent l'idéologie. Cette forme de production savante n'est pas le produit exclusif de la doctrine coloniale du droit tunisien. Une «doctrine indigène» se constitue, dispute à l'autre son hégémonie et sa vision. Dans sa diversité cette production atteste, par son genre et par les discours qui y sont tenus, de la nouvelle représentation de la norme juridique. En ne s'attachant qu'à la législation positive, en n'accordant que peu ou pas du tout de place aux autres régularités observables, notamment, au droit musulman ou aux coutumes locales, ces périodiques véhiculent l'idée que le seul vrai droit est le nouvel ordre légal et fondent l'idée de l'autonomie du droit tunisien. C'est sur le sens de cette autonomie du juridique que la doctrine tunisienne se sépare et apparaît dans ses divergences idéologiques (entre laïcs, réformistes et conservateurs) et ses clivages socioculturels (avocats auprès des tribunaux français, *hukams* et *oukalas* des tribunaux séculiers tunisiens, *qadis* et *muftis* de la judicature religieuse).



## PERMANENCE D'UN DÉBAT

Matière riche, féconde en débats, la législation tunisienne témoigne, dans ses deux séquences, d'un combat dont on ne perçoit pas encore l'issue entre droit divin et droit humain, droit positif et *chariâ* islamique ; débat qui renvoie aux questions toujours actuelles : quel droit...pour servir quel homme...quelle société ? Ce débat aux multiples enjeux se noue autour du problème de l'énonciation de la norme juridique et porte sur la langue, la forme et les valeurs du droit.

### Le débat linguistique

Dans le domaine juridique, la forme prise par le protectorat français impose sa règle du «double» et instaure le bilinguisme juridique. Dans le contexte colonial, les traducteurs et interprètes, agents de liaison entre une administration exogène et une société «indigène», occupent une place importante. C'est par leur médiation que s'établit le contact entre deux mondes étrangers l'un à l'autre et que se transmettent le message et le langage de l'un et de l'autre, de l'un vers l'autre. Vecteurs de communication entre l'arabe et le français, l'administration et l'administré, les magistrats et les justiciables, ils se rencontrent à différents niveaux de l'administration active et judiciaire. Interprètes de la parole et traducteurs de l'écrit, leurs tâches sont multiples allant de la traduction et de l'interprétation du langage courant, jusqu'à celles du langage «technique», en l'occurrence le langage juridique. Comme toute traduction, la traduction juridique a ses limites propres, ses contraintes spécifiques. Car, le droit n'est pas qu'un ensemble de techniques et mécanismes neutres et objectifs. Le droit est aussi une manière de parler du réel. Il est porteur d'une vision du monde. Passer d'une langue du droit à une autre, c'est transposer un contenu et des valeurs d'un ordre juridique à l'autre<sup>2</sup>. Les difficultés culturelles posées par le passage de l'énoncé juridique d'une langue à une autre sont attestées en même temps qu'aplanies par la technique des emprunts. Introduits par effraction au code linguistique, les mots dont le concept n'existe pas dans la langue de l'autre, se retrouvent dans la langue d'accueil avec les marques de leur étrangeté culturelle. Juges et légistes font usage de ces emprunts. Colorant de leur exotisme la langue française, ces références au vocabulaire indigène se comptent par centaines. Dans l'autre sens, des institutions modernes occidentales, n'ayant pas encore d'équivalent, sont introduites dans la langue arabe par emprunt au français. Comme toute traduction technique, la traduction des termes juridiques posera le problème de la fixation et de l'unification du vocabulaire technique. Concernant le vocabulaire arabe moderne, le thème est récurrent. Celui-ci s'est constitué au fil du temps en puisant son *stock* dans plusieurs sources : la législation réformatrice précoloniale, la législation ottomane arabisée, les législations

égyptienne et libanaise. Mettre fin à la diversité terminologique est un projet qui, aujourd'hui encore, fait sens. En réalité, les enjeux de la traduction juridique sont autres. Acte d'appropriation, celle-ci permet le transfert des concepts, catégories et raisonnements juridiques français vers la langue et la culture juridique arabes ; elle détermine, en même temps, le redimensionnement du droit musulman par son investissement dans les catégories du droit français.

### Le débat formel

L'émergence d'une législation moderne tunisienne s'est accompagnée de fortes justifications. Comme tout discours idéologique, elles ont pour but de minimiser l'innovation en faisant admettre l'idée que les emprunts au droit occidental ont été redimensionnés à l'échelle des valeurs de la société tunisienne. Aussi, le nouveau droit est-il posé comme un droit de synthèse entre l'ancien et le nouveau, l'interne et l'externe. Cette synthèse est donnée comme le fruit d'une méthode indéfectible dans l'art moderne de poser les lois : la codification.

Portée par le besoin de maîtriser, en la dominant, la société tunisienne, l'administration française s'attachera à en maîtriser le droit en le mouvant dans les formes du droit français. «La codification générale des lois musulmanes» est, dès 1896, à l'ordre du jour. Plus que par simple réflexe mimétique, les administrateurs coloniaux sont conscients de la portée pratique et symbolique de la codification comme opération de normalisation de l'ordre colonial profitant à la bureaucratie du protectorat, et, par suite, à la bureaucratie de l'Etat tunisien. Comme le rappelle P. Bourdieu, *codifier c'est à la fois mettre en forme et mettre des formes. Il y a une vertu propre de la forme. Et la maîtrise culturelle est toujours une maîtrise des formes*<sup>3</sup>. Aussi, le projet tient-il, tout entier dans ces quelques principes directeurs : «ramener aux formules ordinaires de nos codes le droit musulman», «résumer par règles claires et précises les principes essentiels du droit applicable aux indigènes». Mais la codification en tant qu'opération de mise en forme, obéit comme le rappelle encore P. Bourdieu à des règles du jeu qui sont *autant de jeux avec la règle du jeu : (...) savoir jouer avec la règle du jeu jusqu'aux limites, voire jusqu'à la transgression, tout en restant en règle*<sup>4</sup>. Aussi, la tâche est-elle confiée à ceux qui, connaissant la langue, la civilisation et le droit de l'autre, sont les plus à même d'opérer, sans lui donner l'apparence d'une transgression, le changement ontologique du droit musulman. Un formidable travail de fouille dans le droit des peuples musulmans est alors entrepris, soutenu par les savants orientalistes qui, en Algérie, en Tunisie, en Égypte, travaillent dans les instituts et sociétés savantes d'études orientales. Revisitée, l'histoire politique et juridique des pays musulmans, de

la Turquie, de l'Inde, de l'Égypte et de la Tunisie, offre des précédents sur lesquels s'appuyer.

Au sein de l'opinion publique, le débat se fixe sur la latitude du législateur à donner le changement et à apporter l'innovation. Liée à ce qui deviendra «la question tunisienne», la réforme institutionnelle et judiciaire apparaît très tôt, au premier plan des revendications nationalistes. Voyant dans la codification des règles juridiques une garantie contre l'arbitraire administratif, l'opinion tunisienne réclame des codes et accueille favorablement cet effort de formalisation. En réalité, derrière son apparente technicité, la codification du droit pose et tranche le débat sur l'origine et le fondement de la juridicité.

### Le débat sur les valeurs du droit

Le débat porte sur le sens de la «tunisianité». Dans la construction de cette identité plusieurs voix se font écho ou s'opposent : d'abord, celle des rédacteurs, émetteurs du nouveau droit et véritables *faiseurs de systèmes* ; ensuite celle de ses usagers s'exprimant par le biais de l'opinion publique tunisienne, enfin celle de ses interprètes et commentateurs savants, formant la doctrine juridique. Pour la fondation de ce droit porteur d'une raison juridique moderne dans une histoire endogène, les rédacteurs développent une stratégie construite et finalisée de recours à plusieurs registres : l'appropriation du legs législatif réformiste précolonial ; la rationalisation du fonds juridique islamique local. Cette démarche devait permettre le surgissement d'un droit national, lieu de l'altérité juridique tunisienne. Et en effet, par sa forme spécifique et son contenu local «adapté aux nécessités d'une formation sociale moderne», il contribua, d'une certaine façon, à renforcer l'attachement de la population tunisienne à une culture et à un sol.

Dans le contexte colonial et en cette période de transformations accélérée, des schèmes culturels et des représentations sociales, le débat public sur le droit est révélateur du fossé qui s'est creusé entre tenants de la laïcité et tenants de la spécificité culturelle. Investi dans une interrogation identitaire, le débat exhibe les potentialités du droit à fixer les images de soi. Reflet et moteur d'une société en transition, le droit tunisien est reçu tout à la fois comme le conservatoire d'une culture et le vecteur d'une nouvelle personnalité. Dans le champ du savoir, la doctrine «indigène» pas moins que la doctrine coloniale ne se présente comme une et indivisible. Les déterminations socioculturelles étant exacerbées par le rapport colonial, elle apparaît dès l'abord, dans ses divergences référentielles et ses tensions culturelles.

Ce débat sur le droit renvoie à la question de l'acculturation juridique. La notion est réservée aux

phénomènes de transformation globale d'un système juridique. Elle suggère que les contacts entre différents ordres normatifs sont porteurs d'un conflit de normes mais aussi et plus redoutablement d'un conflit de culture, particulièrement entre le droit local, conquis, refoulé et le droit étranger, conquérant. Quoique largement admise, la notion demeure équivoque et se révèle réductrice à bien des égards. Elle reste prisonnière d'une vision dichotomique et manichéenne du monde en enfermant le droit reçu dans une extranéité conflictuelle. Ce dernier n'aurait donc aucune aptitude à devenir peu à peu, sous l'effet de certaines circonstances et par l'usage qui en est fait, un droit «autochtone» ? L'intérêt de considérer la question à partir des usages et de la pratique des acteurs permet de voir le champ juridique dans sa réalité «interactive» et inter-relationnelle. Il est démontré que *l'intérêt personnel pousse souvent les intéressés à utiliser, les uns contre les autres et sans souci de leur origine, les possibilités offertes par les divers ordres juridiques en présence*<sup>5</sup>. Être attentif à cette *variance*<sup>6</sup> permet de prendre la mesure du changement juridique. Or, si, appliquée au présent, la notion de variance est féconde, elle est, appliquée à une situation coloniale, où par définition il y a exercice de la violence, déformante. Car l'utilisation différentielle des systèmes juridiques est souvent le résultat d'un aménagement forcé et imposé par la puissance coloniale. De plus elle risque d'occulter les enjeux culturels posés par le droit, particulièrement exacerbés en situation de domination coloniale. En effet l'usage d'un droit, pose, au-delà de l'aspect strictement procédural, une question fondamentale de choix entre deux tables de valeurs souvent non concordantes.

SANA BEN ACHOUR

### NOTES

<sup>1</sup> ABDESSAMAD (Hichem), «La Résidence face à la question de la réforme zaytounien», pp. 799-816, in *Les mouvements politiques et sociaux de la Tunisie dans les années trente*, Actes du 3ème séminaire sur l'histoire du Mouvement National, Tunis, MEERS-CNUDST, 1987.

<sup>2</sup> BABAJDI (Ramdane), «Désarroi bilingue : note sur le bilinguisme juridique en Algérie», in *Droit et Société*, n°15, 1990, pp.189-202.

<sup>3</sup> BOURDIEU (Pierre), «Habitat, code et codification», in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n°64, septembre 1986, p.41.

<sup>4</sup> *Idem*, p.42.

<sup>5</sup> CHARNAY (Jean-Paul), «Droit, langage et comportement dans l'Algérie coloniale», pp. 180-191, in BERQUE (jacques), CHARNAY (Jean-Paul), *Normes et valeurs dans l'islam contemporain*, Paris, Payot, 1978, 442p.

<sup>6</sup> HENRY (Jean-Robert), «Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel», in *Droit et Société*, n°15, 1990, p.144.