

Nathalie **BERNARD-MAUGIRON**
Baudouin **DUPRET** (dir.)



Droits et sociétés du Maghreb et d'ailleurs

En hommage à Jean-Philippe Bras

IISMM • KARTHALA

TERRES ET GENS D'ISLAM

Collection dirigée par **Bernard Heyberger**

Ancien directeur de l'Institut d'études de l'Islam et des sociétés du monde musulman (IISMM) et de l'Institut de recherche sur le Maghreb contemporain (IRMC) de Tunis, professeur de droit public à l'Université de Rouen, Jean-Philippe Bras s'est tout particulièrement intéressé au droit colonial et au droit musulman, aux configurations et reconfigurations politiques des pays du Maghreb que les droits constitutionnel et administratif ont été amenés à traduire juridiquement, et aux évolutions sociales et familiales des sociétés maghrébines que le droit du statut personnel est venu encadrer.

Les treize contributions réunies dans cet ouvrage, d'auteurs européens et maghrébins, lui rendent hommage. Y sont analysés les bouleversements qui ont affecté les États et les sociétés du Maghreb depuis près de deux siècles, en traitant de certains aspects de ses terrains d'étude de prédilection : l'histoire juridique coloniale, la pensée juridique et politique musulmane, ainsi que l'histoire politique et constitutionnelle tunisienne récente.

Nathalie Bernard-Maugiron est directrice de recherche à l'IRD, spécialiste du droit des pays arabes, et Baudouin Dupret est directeur de recherche au CNRS, spécialiste du droit dans les mondes arabes et musulmans.

Ont contribué à cet ouvrage : Nada Auzary-Schmaltz, Dominique Avon, Sana Ben Achour, Monia Ben Jémia, Nathalie Bernard-Maugiron, Claude Bontems, Jean-Philippe Bras, Léon Buskens, Michel Camau, Baudouin Dupret, Vincent Geisser, Éric Gobe, Ahmed Mahiou, Christian Müller, François Pouillon, Florence Renucci.

IISMM

Créé en 1999 par le ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche au sein de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, l'Institut d'études de l'Islam et des Sociétés du Monde Musulman a pour vocation d'ouvrir un espace de collaboration et d'échanges entre les chercheurs spécialisés dans l'étude du monde musulman, en synergie avec les autres éléments du maillage scientifique national et international. Localisé à Paris, l'IISMM s'attache à coordonner ses actions pédagogiques et de recherche avec les autres pôles scientifiques en France et à l'étranger.

EHESS-IISMM

54, boulevard Raspail – 75006 Paris
<https://iismm.ehess.fr>

Couverture : Entrée de l'ancien palais de justice d'Essaouira, Maroc.
© Baudouin Dupret.

© Éditions Karthala, 2023
22-24, boulevard Arago – 75013 Paris
www.karthala.com

Conception graphique : Bärbel Müllbacher

(Première édition papier, 2021)

ISBN : 978-2-38409-131-7

Nathalie Bernard-Maugiron
et Baudouin Dupret (dir.)

Droits et sociétés du Maghreb et d'ailleurs

En hommage à Jean-Philippe Bras



KARTHALA

I I S M M



Introduction

Nathalie Bernard-Maugiron
Baudouin Dupret

Dans son introduction à l'ouvrage *Faire l'histoire du droit colonial*, Jean-Philippe Bras se demande pourquoi l'on s'intéresse au droit d'un passé révolu, et il répond : « Parce que nous sommes dans un moment où le rapport à un passé, le passé colonial, fait question, devenant l'objet d'une mise en cause qui l'inscrit dans les enjeux du contemporain¹. » Dans *La charia*, le même Jean-Philippe Bras et Nathalie Bernard-Maugiron se posent une question similaire à propos du droit musulman : d'où vient cet intérêt pléthorique pour la charia, alors que la notion est restée longtemps ignorée du grand public ? Et d'y répondre : « les controverses publiques qui fleurissent sur l'islam en Europe », « un contexte international marqué [...] par une bipolarisation entre un monde "occidental" et un monde "musulman" », « un marqueur, un outil, un instrument du droit dans un champ ou un système juridique circonscrit comme étant celui du "droit islamique" ou "musulman"² ».

Ce double intérêt pour le droit colonial et pour le droit musulman, et partant pour la transformation coloniale du droit musulman, procède donc essentiellement d'un questionnement sur l'altérité telle qu'elle trouve à s'exprimer dans une perspective juridique. Ce même questionnement s'étend aux configurations et reconfigurations politiques des pays du Maghreb que les droits constitutionnel et administratif sont amenés à traduire juridiquement, de même qu'aux évolutions sociales et familiales des sociétés maghrébines que le droit du statut personnel est amené à encadrer. C'est en somme à tous les bouleversements

1. *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, CUREJ/IISMM/Karthala, coll. « Terres et gens d'Islam », 2015, p. 9.

2. *La charia*, avec Nathalie Bernard-Maugiron, coll. « À savoir », Paris, Dalloz, 2015, p. 1-3.

des États et sociétés du nord de l'Afrique, inscrits dans une profondeur historique de près de deux siècles et appréciés au prisme des différentes normativités plus ou moins exogènes venues s'y surimposer, que l'œuvre de Jean-Philippe Bras s'est consacrée³.

Prenons en considération chacun de ces trois axes.

En premier lieu, le droit colonial. Ici, Jean-Philippe Bras nous conduit dans l'exploration du cas de figure d'un droit enchâssé dans une période précise, le temps colonial, et donc dans une discontinuité flagrante entre l'avant précolonial et l'après des indépendances. Il observe les effets de continuité : pérennité des droits musulman et coutumier, d'une part, et perpétuation du modèle civiliste, de l'autre. À propos du moment colonial, il remarque, à la suite de Claude Bontems, à quel point le « droit musulman algérien » est un droit inventé. De ce point de vue, le droit colonial a bouleversé le cadre normatif indigène, sous prétexte de systématisation du droit antérieur, alors qu'il s'agissait en fait de construction d'un droit discriminatoire à frais nouveaux. L'exemple du droit foncier est parlant. Jean-Philippe Bras en démontre remarquablement les mécanismes⁴. Loin de permettre une lecture univoque de la domination coloniale, il en illustre bien davantage les ambiguïtés et ambivalences. Avant toute chose, il faut remarquer que la colonisation française repose sur des principes intenable : la création d'un empire à partir d'un État-nation ; une disparité de droits contestée par un éthos universaliste. Voici donc les juristes tenus de fonder en droit un régime de propriété incompatible avec l'économie du projet colonial, avec en conséquence l'instauration d'un régime dual, entre régime foncier certifié à la française et régime foncier « musulman » incertain et ouvert à la captation. Ce dernier s'explique, dans le langage colonial, par les traits culturels propres à une civilisation inachevée – et donc colonisable et civilisable. Les opérations d'immatriculation et de francisation sont très symptomatiques de cette ambivalence, elles qui font accéder les indigènes à des droits de propriété modernes, mais en même temps les dépossèdent de leurs instruments et juridictions propres. La doctrine opère, dans ce contexte, par une forme

3. Voir la notice biographique et la liste des publications de Jean-Philippe Bras à la fin de la présente introduction.

4. « La charrue avant les bœufs. Sur l'intranquillité du droit foncier colonial et de sa doctrine en Afrique du Nord », in Jean-Philippe Bras (dir.), *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, op. cit.

de balancement qui renvoie l'indigène à ses formes traditionnelles et en même temps lui permet d'accéder à une modernité conditionnelle. L'on voit ainsi que la prétention universaliste du droit se trouve en permanence contrée par la nécessité de conserver la catégorie d'indigène, sans laquelle la domination coloniale ne se peut plus. Et la notion de droit musulman, dans tout cela, permet de perpétuer cette catégorie d'indigène et parfois même d'agir, à front renversé, dans un sens contraire à ses intérêts (en matière foncière) ou carrément régressif (en matière familiale).

Si l'on examine, en aval du temps colonial, celui des indépendances, Jean-Philippe Bras montre, à la suite de Jean-Claude Vatin, que la rupture politique ne s'accompagne pas vraiment d'une rupture juridique. Certes, l'appareillage juridique est à adapter dans l'urgence, mais cela se fait à partir du droit colonial et du droit français, et avec un personnel formé à ces droits et en français. En outre, certaines des caractéristiques de la culture politique et juridique de l'ancien colonisateur s'avèrent attractives, comme le centralisme étatique, le républicanisme intransigeant et la monopolisation de la contrainte. Cette reproduction de modèles hérités de la période coloniale se retrouve aussi dans la régulation et le fonctionnement des professions judiciaires, comme le montre Éric Gobe dans sa contribution à *Faire l'histoire du droit colonial* comme à ce présent volume. Il convient donc d'être prudent en parlant de rupture avec le passé colonial et avec son droit qui, bien que devenu sans objet, n'en trouve pas moins des prolongements sous différentes formes. Est-ce à dire qu'il faille embrasser le paradigme postcolonial, qui met l'accent sur la reproduction des marqueurs de domination et, sur cette base, instruit le procès du droit colonial et de son héritier contemporain ? Dans son introduction, Jean-Philippe Bras montre à la perfection qu'il y a là une caricature dont il faut se garder, parce qu'elle est généralisatrice et réductrice à l'excès de l'objet colonial. Ce travers s'explique par l'excès foucaldien de la méthode qui sort l'objet colonial de son contexte historique en en postulant l'unicité et l'invariabilité. À cette unicité postulée du droit colonial, on peut opposer la diversité de ses formes, le mélange de ses composantes (métropolitaines, spécifiques et locales) et les incertitudes quant à son statut. À son exceptionnalité, on peut opposer l'usage des mêmes registres qu'en métropole. À son unilatéralité (un droit des dominants), on peut opposer le caractère pluriel et empilé de sa structure. À la perpétuation des schèmes de domination que les droits colonial

et postcolonial assurent, on peut opposer leur nature infiniment plus composite. Il s'agit en somme de faire remarquer le tournant crucial, mais nuancé et complexe que constitue le droit colonial dans la vie normative des sociétés colonisées (et colonisatrices), dans la rupture qu'il constitue lors de sa mise en place et dans ses modes de perpétuation ensuite.

Cette recherche montre très clairement qu'en amont du temps colonial, le droit colonial, même dans les domaines où il se pose dans une continuité, comme en matière personnelle ou foncière (surtout sur la question des terres collectives), consiste en l'imposition d'un nouveau cadre cognitif dans l'intelligence de la denrée matière normative. On y retrouve aussi l'idée qu'en aval, l'héritage du droit colonial n'a pas opéré sur le mode de la rupture, mais a plutôt accompagné dans la continuité le changement, lui radical, de régime politique. À différents égards, droit islamique et droit colonial ont partie liée, tant il est vrai que le traitement de la normativité islamique en termes de droit est intimement lié à ce dix-neuvième siècle que l'on a pu qualifier de siècle du droit. Et si le droit colonial s'avère être un complexe empilement de législations aux sources et objectifs disparates, c'est sans doute parce que, précisément, il consiste en la volonté d'appliquer un concept – présenté comme universaliste, mais en réalité situé et connoté historiquement – à une réalité qui n'est pas celle de son terreau de gestation.

En deuxième lieu, le droit musulman.

Jean-Philippe Bras a adopté ce qu'on pourrait appeler une « approche compréhensive » du droit, qui s'attache à saisir l'ensemble des éléments participant au phénomène juridique. Science politique, science juridique, histoire, parfois même anthropologie et sociologie sont conviées à saisir le droit d'un point de vue englobant. C'est ce que Baudouin Dupret et Jean-Noël Ferrié préconisaient en introduction à *Droits et sociétés dans le monde arabe*⁵ quand, prenant l'exemple de l'interdiction de la consommation d'alcool faite aux Égyptiens durant le jeûne de Ramadan, ils montraient que la réduction de la question à sa seule dimension juridique amenait à conclure à l'existence d'un régime discriminatoire et illogique, alors qu'une explication contextuelle des mécanismes à l'œuvre permettait d'élargir le champ des conclusions

5. Gilles Boëtsch, Baudouin Dupret et Jean-Noël Ferrié (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe (Perspectives socioanthropologiques)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 14-15.

et de leur donner une assise plus solide: la généralisation de l'interdiction de la consommation d'alcool à tous les Égyptiens et l'absence d'interdiction aux musulmans de toute autre nationalité apparaissent alors comme la formalisation juridique de la structuration morale de l'espace public égyptien, problématique au sein de laquelle l'énoncé de la règle de droit n'occupe qu'une place secondaire.

Jean-Philippe Bras participe aussi de ce mouvement qui entend considérer que le phénomène normatif, dans ce même contexte arabo-musulman, d'une part ne se résume pas aux effets contraignants de l'islam et de son référent juridique, la charia, et de l'autre, quand il implique cette référence, le fait par le biais d'un ensemble de contraintes propres à la figure de l'État moderne et à son appareil bureaucratique. Ainsi montre-t-il que la charia ne consiste pas dans la simple incorporation au droit positif contemporain du corpus juridique bien défini de l'islam classique, mais dans le produit de toute une série d'opérations de traduction, reformulation et adaptations d'un corpus aux contours variables, parfois flous, toujours évolutifs. Il montre aussi que de nombreuses opérations juridiques menées par des acteurs semblant mus par une idéologie islamique répondent à des logiques totalement étrangères à une «conception islamique des choses», contextuelles, ponctuelles, circonstancielles.

Dans son chapitre de conclusion à l'ouvrage *La charia aujourd'hui*⁶, Jean-Philippe Bras distingue, de manière heuristique, les situations où la charia est intégrée, selon des modalités complexes et variables, à l'État et à son droit – qui prévaut dans la plupart des pays dont la population est majoritairement musulmane – et les situations où elle se déploie en dehors de l'État – qui correspond au contexte d'une normativité islamique à l'œuvre dans des États séculiers où l'islam est le plus souvent minoritaire. Les deux cas de figure sont profondément différents, bien qu'ils amènent à chaque fois la charia à se cristalliser: dans la situation des pays «musulmans», cela se fera par le biais d'une incorporation au droit national, selon des mécanismes propres à un positivisme juridique tenant la normativité islamique comme source de droit substantiel; dans la situation des pays «séculiers», cela se fera par le biais des libertés publiques (la liberté de conscience,

6. «Les métamorphoses de la charia», in Baudouin Dupret (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 278-291.

par exemple) et de la place accordée à l'arbitrage et à la conciliation (en matière familiale, entre autres).

Cet intérêt de Jean-Philippe Bras pour le droit musulman et pour l'intégration de la charia au droit étatique s'est également traduit par l'étude des transformations du droit de la famille. Son article paru en 2007 dans *Critique internationale*⁷, dans lequel il revient sur les réformes du code de la famille au Maroc (2004) et en Algérie (2005) en s'interrogeant sur le lien entre ces modifications et les avancées démocratiques dans ces deux pays, est ainsi devenu une référence incontournable. Pour ce qui est de la place de la normativité islamique dans les pays séculiers, il s'est notamment interrogé en 2011 sur la controverse autour de l'annulation d'un mariage à Lille pour non-virginité de la femme, questionnant le bien-fondé de la motivation « religieuse » du jugement⁸.

En troisième lieu, le droit politique.

Le domaine des droits constitutionnel et administratif a également retenu toute l'attention de Jean-Philippe Bras, qui y voit à juste titre une forme de régulation politique de l'État, y compris dans sa constitution de l'islam en religion d'État. Historiquement, le droit constitutionnel s'est développé dans un but d'encadrement et de limitation de la puissance du souverain et de l'État. Le droit administratif a, pour sa part, des antécédents napoléoniens lui donnant une tonalité plus autoritaire, mais il n'en a pas moins été aussi souvent utilisé pour protéger les citoyens dans leurs relations avec l'État et l'administration. Dans les deux domaines juridiques, on a assisté à une judiciarisation, mais celle-ci a souvent été bridée dans les États « musulmans ».

L'institution d'une hiérarchie des normes est l'une des réponses qui furent ainsi apportées afin de restreindre la liberté de décision des organes de l'État et de soumettre l'État au droit. La garantie du respect de cette hiérarchie consistant en la mise en place d'un contrôle juridictionnel et le juge devenant la clef de voûte de cette construction. La constatation par le juge qu'un acte juridique a été édicté par une autorité publique en violation de normes supérieures va priver cet acte

7. « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ? », *Critique internationale*, n° 37, oct.-déc. 2007, p. 93-125.

8. « La controverse autour du mariage de Lille. Quel compromis sur la virginité des femmes ? », in Mohamed Nachi (dir.), *Les figures du compromis dans les sociétés islamiques*, Paris, IISMM/Karthala, coll. « Terres et gens d'Islam », 2011, p. 159-176.

de toute force juridique. Le pouvoir va donc être limité parce qu'assujéti à des règles, encadré et régi par le droit. Certes, c'est toujours le Prince qui produit les règles de droit, mais un organe – certes étatique, mais supposé impartial – le juge, va se voir confier la tâche de veiller au respect par les deux autres pouvoirs de ces normes juridiques. On va donc assister à une montée en puissance du pouvoir juridictionnel, administratif puis constitutionnel.

Si le droit public a été très tôt l'un des centres d'intérêt majeurs de Jean-Philippe Bras, à travers notamment l'étude de l'autoritarisme⁹, de l'administration du culte¹⁰ et des politiques publiques en matière de nouveaux médias en Tunisie¹¹ et de la Tunisie de Bourguiba¹², ainsi que de la lutte contre le terrorisme¹³, la fabrique de la mémoire comme idiome du politique¹⁴ et des élections au Maghreb¹⁵, les soulèvements de 2010-2011 dans le monde arabe vont relancer son intérêt pour le droit constitutionnel et le droit administratif dans les pays du nord de l'Afrique. Il va ainsi analyser les différentes étapes du processus de transition constitutionnelle en Tunisie¹⁶, en s'intéressant tout particulièrement à la place de la souveraineté populaire pendant et après le moment révolutionnaire¹⁷, au statut de la religion dans la transition constitutionnelle¹⁸, aux débats parlementaires autour de l'élaboration de la loi antiterroriste de 2015¹⁹, ainsi qu'au

9. «Croissance économique et autoritarisme politique en Tunisie: le dilemme», in *Naqd*, Revue d'études et de critique sociale, Alger, n° 19-20, automne-hiver 2004, p. 157-168.

10. «L'islam administré: illustrations tunisiennes», in Mohamed Kerrou (dir.), *Public et privé en islam*, Paris, Maisonneuve et Larose, coll. «Connaissance du Maghreb», 2002, p. 227-246.

11. «Ordre public, politiques publiques et Internet en Tunisie», in «Médias et technologies de la communication au Maghreb et en Méditerranée», *Cahiers de l'IRMC*, Tunis, 2002, p. 31-34; version augmentée et actualisée in Franck Mermier (dir.), *Mondialisation et nouveaux médias dans l'espace arabe*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2003, p. 247-260.

12. «L'autre Tunisie de Bourguiba. Les ombres du Sud», in Michel Camau et Vincent Geisser (dir.), *Habib Bourguiba: la trace et l'héritage*, Paris, Karthala, 2004, p. 295-312.

13. «Le Maghreb dans la "guerre contre le terrorisme": enjeux juridiques et politiques», *L'Année du Maghreb*, vol. 2, 2005-2006, p. 447-470.

14. «Introduction: la mémoire, idiome du politique au Maghreb», *L'Année du Maghreb*, vol. 4, 2008, p. 5-26.

15. «Élections et représentation au Maghreb», *Maghreb-Machrek*, n° 168, 2000, p. 3-13.

16. «Tunisie: chronique constitutionnelle d'une révolution», *Revue juridique et politique des États francophones*, n° 3-4, juillet-décembre 2011, p. 301-318.

17. «Le peuple est-il soluble dans la constitution? Leçons tunisiennes», *L'Année du Maghreb*, vol. 8, 2012, p. 103-120.

18. «Un État "civil" peut-il être religieux? Débats tunisiens», *Pouvoirs*, n° 156, 2016, p. 55-70.

19. «Tunisie: l'élaboration de la loi antiterroriste de 2015 ou les paradoxes de la démocratie sécuritaire», *L'Année du Maghreb*, vol. 15, 2016.

rôle du tribunal administratif dans le processus révolutionnaire²⁰. Il va aussi s'interroger, avec Éric Gobe, sur le statut, le rôle et la légitimité de la Haute Instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique²¹. Il va porter un regard de comparatiste sur les évolutions dans la région du Maghreb²², en étudiant plus particulièrement la place des partis politiques islamistes dans les processus de transition constitutionnelle²³, le statut de la justice dans les textes constitutionnels²⁴, et, tantôt avec Nathalie Bernard-Maugiron, les standards internationaux dans les constitutions post-printemps arabes²⁵, tantôt avec Aude Signoles, la décentralisation au Maghreb dans le contexte post-2011²⁶.

Le présent ouvrage est divisé en trois parties, qui correspondent à ces trois principaux terrains d'étude de Jean-Philippe Bras. La première porte sur l'histoire juridique coloniale. À travers l'étude de dossiers et de récits de magistrats ainsi que de l'Annuaire rétrospectif de la magistrature, Claude Bontems retrace les origines et l'évolution du juge de paix, premier échelon de la hiérarchie judiciaire de l'Algérie coloniale. Dans l'esprit de l'opinion publique et politique en métropole, la magistrature coloniale constituait une magistrature de second ordre, alors même que le statut du juge de paix algérien n'avait aucun rapport avec son homologue français. On y apprend ainsi que si la plupart d'entre eux étaient nés en France, une quarantaine étaient toutefois natifs de l'Algérie, et que plus de deux cents juges de paix ont effectué toute leur carrière en Algérie, preuve d'un attachement à ce pays. Très peu

20. «Tunisie: un juge administratif en révolution», in Éric Gobe (dir.), *Justice et réconciliation dans le Maghreb post-révoltes arabes*, Paris, Karthala, 2020.

21. «Légitimité et révolution en Tunisie: les leçons tunisiennes de la Haute Instance pour la réalisation des objectifs de la révolution», *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, 2017, p. 233-254.

22. «Le nord de l'Afrique dans les printemps arabes», in Pierre Chabal (dir.), *Concurrences interrégionales Europe-Asie au XXI^e siècle*, coll. «Enjeux internationaux», n° 33, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 15-22.

23. «Partis islamiques et questions constitutionnelles dans les Printemps arabes», *Revue Défense nationale*, n° 747, février 2012, p. 79-87.

24. «De l'État légal à l'État de droit? Le statut constitutionnel de la justice au Maghreb», in Éric Gobe (dir.), *Des justices en transition dans le monde arabe? Contributions à une réflexion sur les rapports entre justice et politique*, Rabat, Centre Jacques-Berque, 2016, p. 69-93.

25. «Les standards constitutionnels dans les printemps arabes», in Mathieu Disant et Pauline Türk (éd.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux?*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Penser le droit», 2017, p. 165-193.

26. *L'Année du Maghreb*, dossier «États et territoires du politique. La décentralisation en débat», vol. 16, 2017.

d'entre eux connaissaient l'arabe, alors même qu'ils étaient amenés à siéger comme juges uniques dans des circonscriptions parfois aussi grandes qu'un département français.

La contribution de Nada Auzary-Schmaltz porte également sur la magistrature coloniale à travers le parcours de trois jeunes juristes, trois «mousquetaires», nommés magistrats en Tunisie et au Maroc. Nés sous l'Empire (entre 1852 et 1868), ils font carrière sous la III^e République qui s'installe et doit affirmer ses fondements, tant à l'intérieur que dans l'empire colonial dont elle poursuit l'expansion en substituant la forme juridique nouvelle du protectorat au régime ancien des colonies. À travers leurs dossiers de carrière, conservés aux Archives nationales, on voit ces magistrats arriver sans préparation ni formation particulière, cheminer de poste en poste, gravir les échelons du niveau subalterne jusqu'à des positions élevées, au gré de carrières itinérantes qui les conduisent d'un protectorat à l'autre.

Florence Renucci aborde l'histoire coloniale à travers l'étude des premières femmes avocates au Maghreb au début du XX^e siècle et souligne qu'elles n'ont pas fait l'objet jusqu'à présent de travaux approfondis, à la différence de leurs homologues masculins. L'auteur retrace ainsi le parcours des deux premières femmes avocates de l'Empire, Blanche Azoulay et Juliette Smadjan, en Algérie et en Tunisie. Toutes deux étaient descendantes de familles «indigènes» au sens où leurs ancêtres étaient déjà en Algérie et en Tunisie avant la colonisation française. Les tentatives d'émancipation de ces deux femmes peuvent donc être considérées comme particulièrement étonnantes, dans une société dominée très fortement par le patriarcat. Leurs parcours, leurs difficultés et leurs motivations constituent donc une source d'enseignement sur l'histoire du droit, de la justice et de l'émancipation des femmes en contexte colonial.

Léon Buskens revient pour sa part sur la place des coutumes, comprises comme droit coutumier, dans la politique coloniale néerlandaise en Indonésie. Pour en parler, les savants néerlandais ont utilisé le terme *adatrecht*, qui ne renvoyait pas seulement à un objet d'étude, mais aussi à tout un mouvement intellectuel et politique qui entendait apporter justice et prospérité aux communautés locales. L'orientaliste Christiaan Snouck Hurgronje a été le premier à utiliser ce terme, en 1893, avec un trait d'union : *adat-recht*. Son collègue, le juriste Cornelis van Vollenhoven, lui a emboîté le pas avec enthousiasme, mais il a supprimé le trait d'union, élevant l'*adatrecht* au niveau

du droit positif. Dans leur plaidoyer pour des coutumes comprises dans leurs propres termes, Snouck Hurgronje et van Vollenhoven n'ont pas réussi à se passer du concept de « droit ». De nos jours, leur approche résonne encore dans l'étude du pluralisme juridique et dans les nouveaux mouvements sociaux qui revendiquent l'accès aux ressources naturelles.

La deuxième partie de l'ouvrage touche à la pensée juridique et politique musulmane.

Dominique Avon explore la pensée du cheikh égyptien Muhammad al-Ghazâlî (1917-1996), l'un des plus importants oulémas sunnites de la seconde moitié du XX^e siècle. Au sein du courant dit de la Sahwa (« Réveil islamique »), aux côtés de son cadet et ami le cheikh Yûsuf al-Qaradâwî (n. 1926), il a affirmé la possibilité d'établir un régime intégralement islamique, à distance des démocraties établies sur les libertés individuelles et l'égalité en droit des citoyens. L'article retrace son parcours intellectuel, évoque sa conception des droits et devoirs de l'homme en islam, ses liens avec les différents régimes égyptiens, mais aussi saoudien, qatari et algérien, son rôle au sein du courant de la Sahwa, avant d'examiner les droits attribués aux non-musulmans au sein de ce modèle et l'influence que ses écrits continuent à exercer sur ceux qui se réclament de sa pensée.

Christian Müller s'interroge sur la différence de signification du concept de charia pour un historien et un juriste. Portant son propre regard d'historien du droit musulman sur les expressions contemporaines de la « normativité islamique », sur le plan juridique, mais aussi religieux et sociétal, il se demande si elle doit être appliquée ou interprétée. Comment transformer le texte coranique en règles normatives ? Peut-on adapter les règles juridiques à des circonstances nouvelles ? Après avoir exposé les différentes approches permettant de légitimer de nouvelles règles au sein de la normativité islamique, l'auteur montre comment l'historien explore à partir des textes littéraires et des vestiges de la pratique de différentes périodes les mécanismes de légitimation par les oulémas de l'autorité sacrale des règles normatives. Il propose une synthèse des différentes phases de l'évolution de la pensée et de la pratique juridique, de la prédication du Prophète jusqu'à l'époque contemporaine, pour montrer comment la normativité islamique s'est nourrie de l'histoire du droit des sociétés musulmanes prémodernes pour aboutir à la phase actuelle d'évolution de la charia.

Le point de départ de la contribution de Vincent Geisser est l'article de Jean-Philippe Bras publié en 2002 dans l'ouvrage collectif *Public et privé en islam*, dans lequel il rendait compte des interventions étatiques dans le champ religieux en Tunisie sous le régime de l'ex-président Ben Ali. L'auteur s'appuie sur cet article pour montrer comment les modes de mise en administration du culte reflètent les choix politiques et idéologiques du gouvernement en place. Cette bureaucratie du culte traduit en effet la volonté de l'État d'énoncer et de faire appliquer le « bon islam », face aux islamistes qui contestent sa légitimité à intervenir dans l'administration du culte musulman. Cette mise en scène publique de l'islam a également une dimension symbolique en cherchant à promouvoir un islam « authentiquement tunisien » et à fabriquer un sentiment d'allégeance à l'État-nation. V. Geisser conclut en montrant comment, après avoir connu une brève période de disgrâce populaire car identifié aux pratiques autoritaires de l'ancien régime, l'islam administré a survécu aux courants protestataires de 2011 et fait désormais l'objet d'une réhabilitation, au point d'être considéré comme un garde-fou démocratique et un vecteur de cohésion sociale.

Monia Ben Jémia revient sur le projet du gouvernement tunisien qui visait en 2018 à réaliser l'égalité entre les sexes dans l'héritage. Elle rappelle ainsi qu'il avait été adopté après la création par décret présidentiel en 2017 d'une Commission libertés et égalité (COLIBE) chargée de faire l'inventaire des lois ne garantissant pas les libertés individuelles et/ou discriminatoires à l'égard des femmes et de proposer des réformes. Monia Ben Jémia retrace les différentes étapes de ce projet mort-né, qui posait le principe de l'égalité tout en permettant au de cujus d'opter, de son vivant, pour l'inégalité et qui a fait l'objet d'un rejet à la fois par les associations féministes – opposées à l'option permettant de maintenir l'inégalité dans l'héritage – et par les conservateurs religieux au nom de leur conception de la place de la norme islamique dans l'ordonnancement juridique tunisien. L'arrivée au pouvoir du président Kaïs Saïed, qui a fait part de son opposition à l'égalité dans l'héritage au nom de l'islam, puis la centralisation des pouvoirs entre ses mains et l'adoption d'une nouvelle constitution en juillet 2022 ont mis fin – provisoirement ? – à l'espoir d'adoption de ce texte.

Dans une troisième partie, l'ouvrage revient sur le terrain d'étude privilégié de Jean-Philippe Bras, la Tunisie, et particulièrement sur son histoire politique et constitutionnelle récente.

Dans un article qu'ils ont co-rédigé, Éric Gobe et Jean-Philippe Bras se demandent si les juristes en Tunisie font de la politique, ou plutôt comment ils font de la politique. Par «juristes», ils entendent les avocats et les magistrats, mais aussi les juristes universitaires, vecteurs potentiels eux aussi d'une évolution libérale des régimes autoritaires à travers la doctrine et leur expertise technique. Optant pour une approche diachronique, les deux auteurs s'interrogent sur l'inscription des professionnels du droit dans le contexte autoritaire de la construction d'un État indépendant, avant d'examiner leur participation à la construction des institutions de la «révolution» et de la «transition démocratique». Plus récemment, comment le projet constitutionnel du président Kaïs Saïed, lui-même constitutionnaliste, recompose-t-il les relations entre pouvoir politique et professionnels du droit ? Leur analyse mobilise le concept de «complexe juridique», forgé par des sociologues du droit, pour décrire les rapports entre avocats et magistrats et rendre compte de leur capacité à faire évoluer des régimes autoritaires vers des régimes plus libéraux, tout en questionnant la pertinence de son application au cas tunisien.

Dans les deux articles suivants, Michel Camau et Sana Ben Achour cherchent à saisir la personnalité et la pensée de Kaïs Saïed. Michel Camau identifie ainsi deux facettes du président, le populisme et la concentration des pouvoirs, et s'interroge sur la mobilisation par ce juriste d'un discours juridico-moral, alors même qu'il commet des violations manifestes et répétées du droit. Remontant dans le passé, il cherche à comprendre comment ce juriste plutôt discret a pu se transformer en révolutionnaire, éclairant ainsi l'emprise du droit dans son rapport au politique. L'auteur décrypte ensuite le coup d'État du 25 juillet 2021 où le président s'est appuyé sur une mobilisation populaire et sur sa figure de «sauveur» pour mener son coup de force contre le parlement et les partis, et y voit l'expression des rancœurs de Kaïs Saïed envers la conflictualité politique. Avec la nouvelle constitution de 2022, le président a mis en place au nom de la volonté populaire de nouvelles institutions œuvrant, au mieux, à la canalisation d'un élan démocratique et, au pire, à sa neutralisation.

Quant à Sana Ben Achour, elle analyse le discours du président Kaïs Saïed prononcé le 17 août 2022 lors de la cérémonie de promulgation de la nouvelle constitution. Elle critique la négation par le président de la compétence du juge administratif en matière de contentieux référendaire, le déni présidentiel et la confusion autour de la persistance

de certains effets de la Constitution de 2014, ainsi que l'injonction faite à la justice de punir tous les responsables de la destruction du pays, de la spoliation des droits du peuple et du pillage de ses biens, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. Revenant longuement sur la révocation par le président de 57 magistrats, elle montre comment plusieurs décisions de justice ont désavoué cet acte de révocation en considérant qu'il comportait de graves atteintes aux droits de la défense, à la sécurité juridique, à la présomption d'innocence et à l'indépendance de la justice. Elle en conclut que si la bataille pour l'indépendance de la justice n'est pas gagnée face aux velléités présidentielles d'ingérence, tout laisse croire que la justice, dans ses deux composantes administrative et judiciaire, est prête à serrer les rangs et à s'émanciper des diktats de l'exécutif.

Enfin, sortant du champ tunisien, mais restant dans le cadre de la résistance à un régime autoritaire, Ahmed Mahiou revient sur le mouvement du Hirak en Algérie. Si de nombreux travaux ont déjà été consacrés à ce mouvement, Ahmed Mahiou choisit de l'appréhender à travers une comparaison avec d'autres soulèvements populaires intervenus en Algérie ainsi que dans d'autres pays, et avec lesquels il peut – ou non – s'apparenter. Nées de la détermination de Bouteflika à se présenter encore une fois aux élections présidentielles alors qu'il était physiquement et intellectuellement diminué, et caractérisées par leur spontanéité, leur aspect massif, leur persistance et leur régularité, ces manifestations se sont heurtées à une répression vigoureuse. L'auteur conclut en s'interrogeant sur le destin de ce mouvement : est-ce simplement une éruption d'une société bloquée, qui exprime un coup de cafard et l'envie momentanée d'un changement, ou bien un mouvement plus profond qui va restructurer la société et les institutions algériennes et dont toutes les implications sont à venir ?

Si l'œuvre de Jean-Philippe Bras porte avant tout sur le droit, elle s'est néanmoins autorisé certains pas de côté, à l'image de ses études sur le lion de l'Atlas ou sur les parties de chasse²⁷. Comme un hommage en retour, à l'envers du droit, François Pouillon nous propose

27. «Parties de chasse (et sciences sociales) au Maghreb», in Mohamed Almoubaker et François Pouillon (dir.), *Pratiquer les sciences sociales au Maghreb. Textes pour Driss Mansouri*, Casablanca, Fondation du Roi Abdul-Aziz, 2014 ; «Le lion de l'Atlas. *Quia nominor leo (the last)*», in Guy Barthélemy, Dominique Casajus, Sylvette Larzul, Mercedes Volait (dir.), *L'orientalisme après la Querelle. Dans les pas de François Pouillon*, Paris, Karthala, 2016.

un épilogue sur la chasse au Maghreb, au XIX^e siècle, qui a constitué, dès avant la pacification complète de la situation en Algérie, un mode d'entrée important dans le monde indigène du pays, un trait d'union avec des acteurs locaux qui compensaient la médiocrité de leurs armements par leur connaissance du milieu et du monde animal. Ce fut aussi un centre d'intérêt connecté avec beaucoup d'autres choses comme la vénerie et la fauconnerie, le monde du cheval et plus largement celui des tribus des steppes et des hauts plateaux, pour la poursuite de gibiers nobles : les gazelles ou quelques grands prédateurs comme les lions. Ainsi furent définis des espaces naturels et sociaux interconnectés, objets de cultures héroïques et de parodies, objets frappés bientôt d'obsolescence, concernant un monde en voie de disparition, comme il se doit pour tout objet ethnologique digne de ce nom. Cette pratique de la chasse a constitué alors un mode d'accès pratique autant que d'intelligibilité vers des aristocraties arabes en voie de disparition.

À propos de Jean-Philippe Bras

Jean-Philippe Bras a débuté sa carrière de chercheur en 1974 à l'Institut international d'administration de Paris, institution dédiée à la coopération internationale en matière d'administration publique, largement tournée vers le monde arabe et musulman. Dans le cadre de la coopération franco-maghrébine, il a ainsi été amené à occuper différents postes dans des institutions de formation et de recherche administrative au Maghreb : à l'École nationale d'administration de Tunis – en tant que chercheur – entre 1976 et 1978, et à l'École nationale d'administration publique de Rabat – en qualité de maître de conférences – entre 1987 et 1989. Entre ces deux affectations, Jean-Philippe Bras a soutenu en 1985 une thèse d'État à l'Université Paris 1, sous la direction de Gérard Timsit. Il a été nommé professeur de droit public à l'Université de Rouen en 1989, institution qu'il n'a plus quittée jusqu'à son éméritat, de 2019 à 2022. Il y a dirigé l'Institut de préparation à l'administration générale, le Centre de recherche de droit des activités économiques, le Centre de recherche sur les systèmes juridiques et le Centre universitaire rouennais d'études juridiques (CUREJ). Entre 1997 et 2003, il a dirigé l'Institut de recherche sur le Maghreb contemporain (IRMC) à Tunis, un des fleurons du réseau des instituts français à l'étranger, dont la mission est de développer les coopérations franco-maghrébines dans le secteur des sciences humaines et sociales. Puis de 2006 à 2010, il a dirigé l'Institut d'études de l'Islam et des sociétés du monde musulman (IISMM) à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), où il s'est attaché à développer les actions de recherche, d'aide

aux jeunes chercheurs et de diffusion des savoirs sur l'Islam et le monde musulman. Membre, à partir de 2006, du Conseil scientifique des instituts français de recherche à l'étranger (IFRE-CNRS-MAE) pour la zone Maghreb, il en assure la présidence de 2012 à 2016.

Ses recherches ont porté principalement sur les régimes politiques et l'évolution des systèmes administratifs des pays du Maghreb et sur les questions de droit relatives au monde musulman. À ce titre, il a mis en place en 2008 un séminaire à l'EHESS sur « Les transformations contemporaines du droit dans le monde musulman », qui s'est perpétué jusqu'en 2019. Ses enseignements ont principalement porté sur le droit de la décentralisation, le droit public économique, le droit des services publics, la science administrative et la théorie du droit.

Ses publications

Ouvrages

Les ports dans l'acte II de la décentralisation, co-direction avec Gérard Orange, Paris, L'Harmattan, collection du GRALE, 2007, 206 p.

L'institution : passé et devenir d'une catégorie juridique, dir., Paris, L'Harmattan, 2008, 301 p.

La charia, avec Nathalie Bernard-Maugiron, Paris, Dalloz, coll. « À savoir », 2015, 240 p.

Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie, dir., Paris, CUREJ/IISMM/Karthala, coll. « Terres et gens d'Islam », 2015, 232 p.

La mort de guerre lasse. Les carnets de Paul Foucard (1914-1917), Paris, L'Harmattan, 2022, 411 p.

L'administration locale au Maghreb après les printemps arabes. Algérie, Maroc, Tunisie, avec Dominique Maillard Desgrées Du Loû, Paris, L'Harmattan, 2023, 290 p.

Articles et contributions

MONDE ARABE ET MUSULMAN

« Le nouveau statut de la fonction publique tunisienne », *Revue française d'administration publique*, n° 32, 1984, p. 739-751.

« Tunisia, The January Syndrome one year later », *Cités africaines*, n° 2, 1985, p. 12-14.

« L'administration des relations sociales en Tunisie dans le cadre du VI^e plan (1982-1986) », *Revue française d'administration publique*, n° 36, octobre-décembre 1985, p. 93-109.

« Chroniques politique, économique et sociale Tunisie », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1984, p. 957-1009, et 1985, p. 697-744.

- « Tunisie: le pluripartisme se décrète-t-il ? », in A. Claisse et G. Conac (dir.), *Le grand Maghreb*, Economica, 1988, p. 98-115.
- « Chronique marocaine », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1988, p. 681-732.
- « Chronique marocaine », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, p. 607-667.
- « Les privatisations au Maroc », *Revue française d'administration publique*, n° 59, 1991, p. 445-468.
- « À la recherche des élites locales », in A. Sedjari (dir.), *État, Espace et pouvoir local*, Publisud, 1991, p. 137-148.
- « La mosquée et le paradis: sur les registres de la légitimation au Maroc », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, et in *Changements politiques au Maghreb*, Éditions du CNRS, 1991, p. 169-190.
- « La guerre du Golfe, le Maghreb et le droit », in P. Tavernier (dir.), *Le nouvel ordre mondial et droits de l'homme*, Publisud, 1993, p. 94-104.
- « Privatisation et marché: exemples africains », in *L'économie de marché et le Tiers-monde*, Publications de l'Université de Rouen, 1993, p. 297-306.
- « Les enjeux socio-culturels de la privatisation en Tunisie et au Maroc », in Driss Guerraoui, Xavier Richet (dir.), *Stratégies de privatisation: comparaison Maghreb-Europe*, Les éditions Toubkal-L'Harmattan, 1995.
- « Tunisie, du bourguibisme au benalisme. Changements et continuités », in *Les systèmes politiques du Maghreb contemporain*, Université autonome de Madrid, Éditions MAPFRE, 1996 (en espagnol), p. 173-201.
- « Le pari du président Ben Ali sur les classes moyennes », *Pôles. La revue du Maghreb, de l'Afrique et de l'Orient*, n° 1, 1996, p. 174-175.
- « Tunez, El Presidente Ben Ali y su clase media », *Sociologie*, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, n° 14, août 1996, p. 27-59.
- « Les aménagements du cadre juridique de la vie politique en Tunisie », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1997, p. 331-335 (pseudo).
- « Au Maroc et en Tunisie. Les mutations administratives si nécessaires », *Panoramiques*, n° 41, 1999, p. 157-161.
- « Les paradoxes de la parabole: images et identités au Maghreb », *Hermès, La cohabitation culturelle en Europe*, n° 23-24, 1999, p. 235-242.
- « L'évolution des structures d'administration centrale au Maroc depuis l'Indépendance », in *Indépendance nationale et système juridique au Maroc*, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 47-56.
- « Élections et représentation au Maghreb », *Maghreb-Machrek*, n° 168, avril-juin 2000, p. 3-13 (coordination du numéro pour la partie Maghreb).
- « Les notabilités et leur rôle dans l'articulation des entités locales et des espaces englobants. Rapport final », in *Villes et territoires au Maghreb. Itinéraire d'une recherche*, Cahiers de l'IRMC, n° 1, 2000, p. 55-67.
- « Privatisations et services publics au Maghreb. Illustrations tunisiennes », in C. Chanson-Jabeur, A. Prenant, P. Ribau, B. Semmoud, *Les services publics et leurs dynamiques au Machrek et au Maghreb*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 557-568.

- «L'islam administré: illustrations tunisiennes», in *Public et privé en islam*, Paris, Maisonneuve et Larose, coll. «Connaissance du Maghreb», 2002, p. 227-246.
- «Ordre public, politiques publiques et Internet en Tunisie», in *Médias et technologies de la communication au Maghreb et en Méditerranée*, Cahiers de l'IRMC, Tunis, 2002, p. 31-44; version augmentée et actualisée in Franck Mermier (dir.), *Mondialisation et nouveaux médias dans l'espace arabe*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2003, p. 247-260.
- «La langue, cause national(e) au Maghreb», in J. Dakhli, *Trames de langues. Usages et métissages linguistiques au Maghreb*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2004, p. 545-561.
- «L'autre Tunisie de Bourguiba. Les ombres du Sud», in M. Camau et V. Geisser (dir.), *Habib Bourguiba: la trace et l'héritage*, Paris, Karthala, 2004, p. 295-312.
- «Croissance économique et autoritarisme politique en Tunisie: le dilemme», in *Naqd*, Revue d'études et de critique sociale, Alger, n° 19-20, automne-hiver 2004, p. 157-168.
- «Le Maghreb dans la "guerre contre le terrorisme": enjeux juridiques et politiques», *L'Année du Maghreb*, Paris, Éditions du CNRS, 2005-2006, p. 447-470.
- «Internet au Maroc et en Tunisie: entre réglementation et régulation», in Mihoub Mezouaghi (dir.), *Le Maghreb dans l'économie numérique*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2007, p. 163-180.
- «La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie: quelles avancées pour la démocratie?», in *Critique internationale*, n° 37, oct.-déc. 2007, p. 93-125.
- «Les élites tunisiennes à travers les discours de Bourguiba», in *Élites et société. Algérie et Égypte*, Alger, CREAD, Éditions Casbah, 2008.
- «Le Maghreb dans la fabrique de la mémoire», *L'Année du Maghreb*, Paris, Éditions du CNRS, 2008.
- «L'institution, une aporie du droit musulman», in *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 57-76.
- «Les représentations du droit musulman dans la production scientifique coloniale au Maghreb», in *Les représentations des cultures populaires pendant la période coloniale*, Tunis, CERES, Cahiers du CERES, Série Littératures, n° 10, 2009, p. 311-320.
- «L'Islam dans le prisme des programmes scolaires - l'expérience française», in UNESCO, Konrad Adenauer Stiftung, *L'enseignement du fait religieux à l'ère de la mondialisation*, coll. «Forum des opinions-IV», 2010, p. 87-106.
- «La Shari'a comme droit: cas de figure de la combinaison entre normativité juridique et normativité islamique», in Paola Gandolfi et Giovanni Levi (dir.), *Entre théologie et politique*, Venise, Cafoscarfina, 2010, p. 85-96.

- « Tunisie: chronique constitutionnelle d'une révolution », *Revue juridique et politique des États francophones*, n° 3-4, juillet-décembre 2011, p. 301-318.
- « La controverse autour du mariage de Lille. Quel compromis sur la virginité des femmes ? », in M. Nachi (dir.), *Les figures du compromis dans les sociétés islamiques*, Paris, Karthala, coll. « Terres et gens d'Islam », 2011, p. 159-176.
- « Les métamorphoses de la charia », in Baudouin Dupret (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 278-291.
- « Partis islamiques et questions constitutionnelles dans les Printemps arabes », *Revue Défense nationale*, n° 747, février 2012, p. 79-87.
- « Le peuple est-il soluble dans la constitution ? Leçons tunisiennes », *L'Année du Maghreb*, 2012, p. 103-120.
- « Considérations sur la coopération administrative entre la France et le Maghreb : continuités et ruptures », in Jean-Robert Henry et Jean-Claude Vatin (dir.), *Le temps de la coopération. Sciences sociales et décolonisation au Maghreb*, Paris, Karthala-IREMAM, 2012, p. 209-222.
- « The British Debate over Sharia Councils: A French-Style Controversy ? », in Nilufer Göle (éd.), *Islam and Public Controversy in Europe*, Ashgate, Global connections, 2013, p. 151-158.
- « Parties de chasse et sciences sociales au Maghreb », in Mohamed Almoubaker et François Pouillon (dir.), *Pratiquer les sciences sociales au Maghreb. Textes pour Driss Mansouri*, Casablanca, Fondation du Roi Abdul-Aziz, coll. « Essais », 2014, p. 209-228.
- « La charrue avant les bœufs : sur l'intranquillité du droit foncier et de sa doctrine en Afrique du Nord », in *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, Karthala, coll. « Terres et gens d'Islam », 2015, p. 60-81.
- « Le Nord de l'Afrique dans les printemps arabes », in Pierre Chabal (dir.), « Concurrences interrégionales Europe-Asie au XXI^e siècle », coll. « Enjeux internationaux », n° 33, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 15-22.
- « De l'État légal à l'État de droit. Le statut constitutionnel de la justice au Maghreb », in Éric Gobe (dir.), *Des justices en transition dans le monde arabe ? Contributions à une réflexion sur les rapports entre justice et politique ?*, Rabat, Éditions du CJB, Centre Jacques Berque, 2015, p. 69-94.
- « Un État "civil" peut-il être religieux ? Débats tunisiens », *Pouvoirs*, n° 156, 2016, p. 55-70.
- « Tunisie: l'élaboration de la loi antiterroriste de 2015, ou les paradoxes de l'État sécuritaire », *L'Année du Maghreb*, 2016-II, p. 309-324.
- « Le lion de l'Atlas. *Quia nominor leo (the last)* », in Guy Barthélemy et al., *L'orientalisme après la Querelle. Dans les pas de François Pouillon*, Paris, Karthala, 2016, p. 159-178.

- «L'imperfection de la propriété indigène, lieu commun de la doctrine juridique coloniale en Afrique du Nord», in Sami Bargaoui, Simona Cerutti et Isabelle Grangaud (dir.), *Appartenance locale et propriété au nord et au sud de la Méditerranée*, Aix-en-Provence, IREMAM, 2017, p. 57-87 ; édition électronique, consultable sur openedition.org
- «Décentralisation et constitution dans les printemps arabes : déclinaisons maghrébines», in S. Calmes-Brunet et A. Sagar (dir.), *Fédéralisme, Décentralisation et Régionalisation de l'Europe, Perspectives comparatives*, Rouen-Toulouse, Éditions L'Épître, coll. «L'Unité du droit», 2017, tome II, p. 115-127.
- «Légitimité et révolution en Tunisie. Les leçons tunisiennes de la Haute Instance pour la réalisation des objectifs de la révolution», avec Éric Gobe, *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, vol. 142, 2017, disponible en version électronique sur remmm.revues.org et <http://journals.openedition.org/remmm/9573>
- «États et territoires du politique», coord. avec Aude Signoles, dossier *L'Année du Maghreb*, 2017-I, p. 9-285 ; et deux contributions co-signées avec Aude Signoles : «Introduction du dossier : États et territoires du politique : la décentralisation en débat», p. 9-25 ; «Comment accompagner les politiques de gestion urbaine et de décentralisation dans le contexte post-2001 ? Regards croisés d'acteurs de la coopération internationale et décentralisée», p. 139-148.
- «Les standards constitutionnels dans les printemps arabes», co-signé avec Nathalie Bernard-Maugiron, in M. Disant, G. Lewkowicz et Türk (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Penser le droit», 2017, p. 165-193.
- «Édifier une nouvelle République : la constitution du 23 janvier 2014», in Kamel Jendoubi (dir.), *Que vive la République ! Tunisie 1957-2017*, Tunis, Alif, 2018, p. 196-203.
- «Révolution et constitution : le cas tunisien», in Patrick Charlot et Claude Klein (dir.), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle. Afrique, Proche-Orient*, Éditions Mare et Martin, coll. «Néo-Rétro Constitutionnalisme», 2018, p. 53-72.
- «Printemps arabes et territoires du politique en Afrique du Nord : symptômes constitutionnels de réaménagements en cours», in Naïma Bouras (dir.), *Regards croisés sur les printemps arabes. Ruptures/Continuités dans l'analyse de sociétés en mutation*, Paris, Fondation pour la recherche stratégique, L'Harmattan, coll. «Perspectives stratégiques», 2019, p. 37-46.
- «Tunisie : un juge administratif en révolution», in Éric Gobe (dir.), *Justice et réconciliation dans le Maghreb post-révoltes arabes*, IRMC/Karthala, 2019, p. 355-391.
- «Les usages politiques de la charia», in *Pouvoirs et autorités en Islam*, IISMM/Diacritiques Éditions, coll. «Les conférences de l'IISMM», 2020, p. 77-85.

- «Communaliser l'Algérie: l'impossible équation coloniale», in Nicaise Médé et Marc Debène (dir.), *Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales*, Mélanges en l'honneur de Eloi Diarra et Yonaba Salifou, Paris, L'Harmattan, 2021.
- «Tunisie. La constitution de Kaïs Saïed signifie-t-elle la fin du compromis sur le statut constitutionnel de l'islam?», *Observatoire international du religieux*, CERI (Sciences Po), GSRL (EPHE), août 2022, <https://obsreligion.cnrs.fr>

AUTRES, DANS DES OUVRAGES OU REVUES PUBLIÉS AU MAGHREB

- «Modèles administratifs et système de rémunérations publiques: une perspective écologique», *Revue tunisienne du service public*, n° 21-22, 1977-78, p. 57-95.
- «Fonction publique et productivité de l'administration», *Revue tunisienne du service public*, n° 26-27, 1982-83.
- «Les fonctions publiques et la crise des finances publiques», in *L'administration publique et le changement*, Afrique-Orient, Casablanca, 1989, p. 187-194.
- «La bureaucratie, bouc émissaire de la crise», *Signes du présent* (ancien BESM), n° 5, 1989, p. 65-72.
- «La fonction publique locale en Grande-Bretagne», *Revue de l'école nationale d'administration*, Rabat, n° 2, 1990, p. 147-172.
- «Les nouveaux instruments des interventions économiques des collectivités locales en France», *Revue marocaine d'administration locale et du développement*, n° 4-5, juillet-décembre 1993, p. 81-92.
- «La fonction publique territoriale en France: l'édifice statutaire est-il une nouvelle tour de Babel?», *Revue marocaine d'administration locale et du développement*, n° 6, janvier-mars 1994, p. 59-72.

AUTRES

- «L'Efficacité des entreprises publiques en Inde», *Revue française d'administration publique*, n° 20, 1981, p. 163-179.
- «Les coûts de la fonction publique: morphologie et problèmes d'évaluation», *Revue française d'administration publique*, n° 27, 1983, p. 53-86.
- «La réforme de la fonction publique», in *Administration 1983*, Paris, La documentation française, 1983, p. 21-37.
- «Conclusions de l'enquête internationale de 1983 sur les fonctions et recherches à la gestion des entreprises publiques», in *Formation à la gestion des entreprises publiques*, Bruxelles, ALEA-IISA, 1984, p. 37-50.
- «Les fonctions publiques étrangères dans la crise économique mondiale: retranchement ou rationalisation», *Économie et Humanisme*, n° 253, mai-juin 1985, p. 41-50.
- «Pour l'économie de la fonction publique», *Les cahiers de la fonction publique*, n° 28, mai 1985, p. 7-9; n° 29, juin 1985, p. 8-10.

- «L'introduction des nouvelles technologies dans l'administration de l'éducation», Étude sur quatre pays européens (France, Italie, Grande-Bretagne, R.F.A.), réalisée pour le compte de l'UNESCO, *Revue française d'administration publique*, n° 40, 1986.
- «À propos du rapport Widdicombe sur la gestion des autorités locales britanniques», co-signé avec Jean-Marie Duffau, *La revue administrative*, n° 234, 1986, p. 601-604.
- «La haute fonction publique dans les pays industrialisés: le recrutement et la carrière», IISA in *La haute fonction publique en Belgique et dans les pays industrialisés*, Bruxelles, 1988, p. 117-146 (édité également en anglais).
- «Les fonctionnaires locaux en Grande-Bretagne: menaces sur l'autonomie locale et sur le droit conventionnel», in *Fonction publique et décentralisation*, Presses universitaires de Lille, 1988.
- «Le statut du personnel local en Grande-Bretagne», in IIAP, coll. «Informations et documents», *La fonction publique locale: Allemagne Fédérale, Espagne, Grande-Bretagne*, p. 117-166; et «La mise en cause du professionnalisme et la neutralité politique», IIAP, *Dossier et débat*, p. 69-106.
- «Les paradoxes du "Local Government" en Grande-Bretagne», *Administration*, n° 169, octobre-décembre 1995, p. 79-83.
- «Les privatisations en Europe de l'Est», in *La propriété en mutation*, Publications de l'Université de Rouen, n° 219, 1997, p. 75-84.
- «Mobiliser la recherche en sciences humaines et sociales au profit du développement urbain», in *Développement urbain durable en zone côtière*, Actes du séminaire international, Mahdia, Tunisie, 21-24 juin 1999, Paris, UNESCO, 2000, p. 76-80.
- «Risques et légitimité de l'action publique locale: heurs et malheurs d'une collectivité territoriale dans ses interventions économiques», co-signé avec Gérald Orange, *Politiques et management public*, vol. 23, n° 4, décembre 2005, p. 53-72.
- «Risques de l'intervention économique locale et enjeux de la décentralisation: l'exemple de la ligne transmanche Dieppe-Newhaven», co-signé avec Gérald Orange, in Marc Leroy et Éric Portal (dir.), *Contrats, finances, territoires*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 133-162.
- «L'affaire Couitéas, ou les rudes journées à la chambre d'un résident général», in *Gouvernance et réforme administrative. Mélanges en l'honneur de Marc Debène*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 115-130.

L'HISTOIRE
JURIDIQUE COLONIALE

1

La magistrature coloniale au tournant du XX^e siècle

Trois mousquetaires au Maghreb¹

Nada Auzary-Schmaltz

Le vent nouveau apporté par les études postcoloniales a stimulé la recherche dans le domaine des études sur la magistrature coloniale qu'historiens et juristes ont investi depuis quelques décennies. Jean-Philippe Bras a apporté sa pierre à l'édifice en organisant le colloque « Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance », auquel j'ai eu l'honneur de présenter une contribution sur la magistrature coloniale², élaborée à partir d'une source originale³. Une collecte de données⁴ m'a permis de constituer une « base de données » qui recouvre les carrières de 236 magistrats, échantillon de taille modeste dont la présente étude est issue⁵. Elle est centrée sur les premières années du protectorat instauré par la France dans la régence de Tunis. L'examen des dossiers de carrière de quelques magistrats

1. Hommage à Jean-Philippe Bras, le « moudir » de l'Institut de recherche sur le Maghreb contemporain, à qui je suis heureuse d'offrir une brève escapade à Tunis, Sousse, Rabat et ailleurs. Il m'est agréable de remercier chaleureusement le Pr. Claude Bontems, disparu le 22 novembre 2023, qui avait eu l'extrême gentillesse de relire cet article en lui apportant tout son savoir.

2. Le terme « colonial » est employé dans un sens large s'appliquant à toutes les formes d'occupation territoriale (protectorat et mandat).

3. La communication a été publiée dans l'ouvrage tiré du colloque sous le titre « La magistrature coloniale », in Jean-Philippe Bras (dir.), *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, Karthala, 2015, p. 137-160.

4. Archives nationales, sous-série BB (6) II.

5. Plusieurs publications ont exploité ces archives. Parmi les plus récentes : Jean-Claude Farcy, *Annuaire rétrospectif de la magistrature XIX^e-XX^e siècles* [en ligne], outil fournissant des renseignements sur les postes occupés, et Florence Renucci (dir.), *Dictionnaire des juristes ultramarins*, Lille, 2012, offrant 102 entrées, dont 96 sont consacrées à des magistrats.

français permet de retracer la difficile mise en place de l'institution nouvelle qu'est le protectorat.

Au moment de son installation, en 1884, le représentant du gouvernement, Paul Cambon, ministre résident en butte à l'hostilité des premiers magistrats en poste à Tunis, demande qu'on lui envoie de métropole des magistrats capables de réaliser « la formule juridique du protectorat » qu'il décrit ainsi :

La justice est une, mais les lois humaines manquent d'unité ; les mœurs des nations ne se ressemblent guère et je crois qu'*il est bon quelquefois de se modeler sur les usages des peuples auxquels on impose sa domination...* Il dépend un peu de la Magistrature de rendre cette expérience possible. Suivant qu'elle se prêtera ou non au protectorat, suivant qu'elle entendra ou non sa mission comme *une mission spéciale, n'ayant aucun rapport avec celle de la magistrature de nos tribunaux d'arrondissement*, le Protectorat pourra ou ne pourra pas s'établir. Cela demande beaucoup d'ouverture d'esprit, de hauteur de vues et souplesse juridique⁶...

En réponse à sa requête, Auguste Fabry est nommé vice-président du tribunal de Tunis le 28 août 1884 ; son concours étant acquis à la résidence, les conflits s'apaisent et une coopération durable s'instaure entre résidents généraux représentant le ministère des Affaires étrangères et magistrature⁷.

Trois magistrats⁸ vont le rejoindre rapidement : Stéphane Berge, dès 1885, nommé juge de paix au Kef, Paul Randet, venu d'Algérie, nommé juge suppléant à Tunis, le 5 mai 1898, et la même année Charles Guiot, arrivant lui aussi d'Algérie, sur le poste de juge suppléant à Sousse. Issus de la magistrature métropolitaine qui se forme par la pratique, deux d'entre eux ont une expérience de terrain acquise outre-mer, mais aucun n'a reçu de formation spécifique pour la mission particulière qui lui est confiée. Le croquis donné ci-après permet de visualiser leur parcours dans les trois pays du Maghreb ; dans le cercle apparaissent les années où ils œuvrent simultanément dans les deux protectorats.

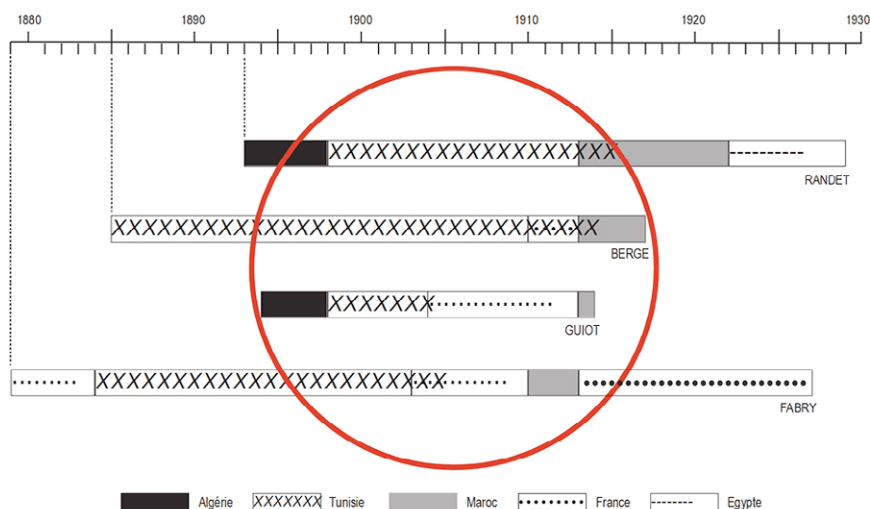
6. Lettre adressée à Fabry le 24 juillet 1884, BB 6 (II) 850, n° 2356.

7. Farid Lekeal, « La place de la justice française dans la distribution des pouvoirs au sein du protectorat tunisien », in Nada Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit pendant le protectorat en Tunisie*, IRMC/Maisonnette et Larose, 2008, p. 43-63.

8. Berge : BB 6 (II) 658, n° 487 ; Randet : BB 6 (II) 1165, n° 5186 ; Guiot : BB 6 (II) 930, n° 3139.

PARCOURS COMMUN DES MOUSQUETAIRES

Les hommes peuvent suivre des chemins différents
et, au jour dit, ils sont réunis dans le cercle noir



La collaboration qui s'instaure entre politique et judiciaire soulève des questions. S'agit-il d'une coopération ou d'une subordination de la magistrature à l'autorité politique ? Subordination d'autant plus contraignante que le magistrat colonial ne bénéficie pas de l'immovibilité, inscrite dans le statut des seuls juges métropolitains ? Incontestablement, la situation exigeait doigté et diplomatie, et induisait la suprématie du politique, car l'installation de la justice française était encore compliquée par la nécessaire suppression des justices consulaires préexistantes, opération délicate qui impliquait de faire renoncer les puissances étrangères au privilège de juger leurs ressortissants⁹.

Les jeunes mousquetaires – tous ont moins de trente ans – ont en commun une formation juridique plus ou moins étendue. S'ils sont tous licenciés en droit, seul Auguste Fabry est docteur. Ils ont également une expérience pratique, comme avocat (Fabry à Marseille, Berge à Paris, Guiot à la Cour d'appel de Paris), au parquet (Randet à Grenoble), ou dans le notariat (Guiot, clerc de notaire à Paris) ; deux d'entre eux

9. Voir Annie Deperchin, « Dimensions internationales de l'installation de la justice française en Tunisie. La négociation de l'abandon des justices consulaires », in N. Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit*, op. cit., p. 29-41.

ont fait leurs études à la Faculté de droit de Paris (Berge et Guiot) et trois ont eu une pratique dans la capitale, bien que nés en province. Ils effectuent leur carrière sous la jeune III^e République qui impose, non sans mal, son régime parlementaire. Contesté par ses opposants naturels et par les «cléricaux» qui refusent la perte d'influence de l'Église, le nouveau régime se montre vigilant dans le choix de ses fonctionnaires sommés d'adopter l'idéologie républicaine, au moins dans ses manifestations extérieures ; aussi leurs opinions républicaines doivent-elles être incontestables¹⁰ et, dans les premières années de la «République combattante», lorsque Gambetta s'écrit «Le cléricalisme voilà l'ennemi», un positionnement anticlérical est de rigueur¹¹.

Issus de cette société en mutation et appartenant pour trois d'entre eux à la classe des notables¹², les mousquetaires jouissent d'une aisance financière variable : le père de Fabry est sous-directeur du Crédit Agricole, celui de Berge est vérificateur de l'enregistrement, Guiot est le fils d'un officier du génie de Versailles, ancien élève de l'École polytechnique ; en revanche, Randet est fils d'instituteur.

Les dossiers de carrière de chacun de ces magistrats fournissent de nombreux renseignements biographiques, informations plus ou moins riches selon la complétude du document : recommandations, état civil, casier judiciaire, copies de diplômes, enquête de moralité, estimation de fortune, prestation de serment et installation dans le poste, demande de congés, certificats médicaux et congés de maladie, coupures de presse, plainte de justiciable et, plus rarement, photo d'identité.

Étudier le parcours de ces quatre magistrats coloniaux qui, allant de la Tunisie vers le Maroc, ont suivi l'itinéraire inverse de celui de Jean-Philippe Bras, va nous permettre de mettre en lumière des «magistrats-négociateurs» tant dans le déroulement de leur carrière que dans leur vie au sein de la société coloniale.

10. Guiot est réputé «républicain par tradition familiale» et Berge «un républicain résolu».

11. À propos de Guiot, on note «qu'il a rendu de grands services au moment de l'application des lois de séparation et de liquidation des biens des congrégations non autorisées» (lettre du 8 juillet 1909).

12. Voir Jean-Pierre Royer, Renée Martinage et Jean-Pierre Lecocq, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982.

La carrière du magistrat-négociateur

L'entrée dans la carrière

Lors de leur recrutement, à l'instar de leurs confrères de métropole, nos mousquetaires se prévalent de la recommandation de personnalités¹³, essentiellement politiques. Ces appuis leur seront précieux tout au long de leur carrière : ils favorisent l'avancement, un changement de poste, une distinction, voire, parfois, l'atténuation d'une sanction.

La présentation des diplômes, avec la mention obtenue, s'accompagne de l'énumération des langues connues. L'italien, parlé en Tunisie où la communauté maltaise est importante, est maîtrisé par Fabry et Berge ; l'allemand est connu de Fabry et Randet ; Berge manie le dialecte arabe tunisien, il s'exprime également en espagnol ; des notions d'arabe sont mises au crédit de Randet. Le plus polyglotte est Berge, ce qui valorise sa candidature dans la Régence dont la population est cosmopolite.

Les hommes politiques signataires des lettres de recommandation, parangons de l'idéologie républicaine, ont pour certains marqué la vie politique française. Gambetta recommande Fabry en 1879 et celui-ci entre dans la magistrature pour exercer des fonctions au parquet dans le Midi. Sénateurs et députés interviennent aussi régulièrement auprès du garde des Sceaux. Gaston Thomson, député de Constantine pendant plusieurs décennies, et proche de Gambetta et de Clémenceau, recommande Randet ; Guiot bénéficie de patronages prestigieux et influents : Poincaré le recommande en 1893, Stephen Pichon, député de la Seine qui deviendra résident général dans la Régence de Tunis de 1901 à 1906, intervient en sa faveur pour le poste qu'il souhaite en Algérie, pour lequel il a aussi l'appui de Tirman, conseiller général (avant d'être gouverneur de l'Algérie en 1881).

L'entrée dans la carrière est subordonnée à la prestation de serment devant la Cour d'appel. Cette formalité essentielle fonde l'autorité du magistrat et sa légitimité. L'abandon de l'invocation religieuse : « En présence de Dieu et devant les hommes, je jure et promets de bien

13. Voir Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001, n° 406, sur la personnalité des auteurs des lettres de recommandation et leur contenu.

et fidèlement remplir mes fonctions de magistrat, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat», caractérise la fin du XIX^e siècle. Le serment se laïcise, «la gueuse» ne néglige aucune occasion de faire reculer l'emprise religieuse jugée néfaste à la République. Seul Berge prêta serment selon la forme ancienne¹⁴. À partir de 1892, le magistrat jure et promet de bien et fidèlement remplir ses fonctions «en son âme et conscience».

Les magistrats en poste dans la Régence – qui ressort de la cour d'appel d'Alger – demandent à prêter serment par écrit afin d'éviter un déplacement long et coûteux¹⁵; le premier protectorat d'Afrique du Nord a été doté d'une hiérarchie des juridictions tronquée¹⁶, lacune qui sera comblée dans le protectorat marocain.

Vient enfin l'installation dans le poste. Les magistrats de la Régence, ayant prêté le serment par écrit, sont installés lors d'une audience publique du tribunal civil de Tunis séant au Palais de justice¹⁷. Au Maroc, le procès-verbal de l'installation de Berge, comme premier président de la Cour de Rabat, décrit le cérémonial qui s'est tenu au Palais Dar el-Mokri, avec l'énumération des personnalités présentes.

L'avancement auquel nos magistrats peuvent prétendre est aussi l'occasion de faire intervenir des tiers, souvent les mêmes que ceux qui ont cautionné leur recrutement. On a tenté, par un décret de 1906, de mettre fin à ce système en lui substituant un tableau d'avancement. Cette nouvelle procédure n'exclura pas le jeu des recommandations¹⁸. Certes, la progression dans la carrière dépend essentiellement des notations attribuées par les chefs de cour, mais les appuis accordés par des personnalités politiques qui rappellent les vertus et qualités de l'impétrant dans les lettres de recommandation continuent de fleurir.

14. Juge de paix au Kef, il prêta serment le 31 décembre 1885 devant le tribunal civil de Tunis (extrait des minutes du greffe).

15. D'autres raisons sont parfois avancées; ainsi Berge en 1886 craint de «laisser à l'abandon, entre les mains d'Arabes n'offrant aucune garantie, son mobilier».

16. Il faudra attendre 1941 pour qu'une cour d'appel soit créée à Tunis; voir Ali Nouredine, «La Cour d'appel de Tunis: une création tardive (juin 1941)», in N. Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit...*, op. cit., p. 106-122; et pour les conséquences de l'absence de juridiction d'appel, voir Martine Fabre, «Le délai d'appel contre les décisions "tunisiennes". La même cour d'appel pour une colonie et un protectorat», in *ibid.*, p. 87-106.

17. Construit en 1902 sur le boulevard Bab Benat, dans la ville européenne.

18. En 1895, René Millet, résident général en Tunisie; en 1899, Delcassé, le ministre des Affaires étrangères.

Au final, la décision est prise au ministère de la Justice où la direction du personnel, disposant de toutes ces informations, doit faire un arbitrage en prenant en compte tout à la fois les vœux émis par le candidat, l'avis de ses chefs et celui du résident général et, enfin et surtout, l'intérêt du service qui semble être déterminant dans la majorité des cas. Nombreux sont les exemples dans lesquels on voit des magistrats aussi bien notés et fortement recommandés que Berge¹⁹ et Randet²⁰ déçus dans leurs espoirs de mutation. Quant à Guiot, sa carrière a commencé avec des avancements réguliers en Tunisie, mais lorsqu'il arrive à Casablanca, sa santé dégradée ne lui permet plus d'assumer ses fonctions de procureur-commissaire du gouvernement au tribunal de première instance ; les dysfonctionnements au sein du service qu'il dirige sont si graves que ses supérieurs hiérarchiques soulèvent la question de son maintien en poste²¹.

Il apparaît clairement que c'est l'adéquation du candidat au poste qui est déterminante. Les considérations sur les qualités nécessaires présentées par le président du tribunal de Tunis en 1887 pour faire nommer Berge au tribunal de Sousse sont édifiantes : «son premier devoir [de magistrat] est de se faire respecter et aimer» ; dans ses choix, il dit avoir «tenu moins compte des titres des candidats que de leur aptitude personnelle au poste pour lequel ils sont proposés, profondément imbu de cette idée que tout choix douteux pouvait être un aléa, tout choix médiocre l'occasion d'un échec à notre influence». On recherche donc le meilleur candidat pour un poste donné en fonction de sa qualification, mais aussi et surtout de son expérience sur le terrain²², car on se méfie des magistrats arrivant directement de métropole²³.

19. À partir de 1898, il demande sa réintégration en métropole ; faute de l'avoir obtenue, il sollicite un poste à Bastia, sans succès.

20. Il ne sera pas nommé substitut à Grenoble en 1899, Fabry, son chef de cour, estime qu'il y a une priorité d'avancement à respecter avant de lui donner satisfaction.

21. «Les directions compétentes pourraient... être conduites à examiner si le maintien au Maroc d'un magistrat malade aussi gravement... est admissible... À la métropole, nous eussions pu attendre, escompter le mieux à longue échéance. Ici, des circonstances spéciales ne nous permettent pas la temporisation ; il nous faut organiser, aller de l'avant, ou bien toute notre entreprise périra... » On ne connaît pas la solution trouvée pour le mettre à l'écart ; le dossier mentionne seulement qu'il est mort à Paris peu après, le 28 février 1914.

22. En 1887, le président du tribunal de Tunis présente Berge pour le poste de juge à Sousse en vantant ses mérites professionnels, mais surtout sa bonne éducation et sa réserve de conduite ; «il saura nous ramener les indigènes dont il connaît les mœurs et la législation, dont il parle la langue, pour qui il ne professe ni ce puéril dédain, ni ce ridicule engouement qui sont le double écueil à éviter».

23. En 1887, Berge est présenté en candidat unique pour la présidence du tribunal de Sousse par le président du tribunal de Tunis, qui invoque des «nécessités sérieuses de service», car la justice a été

En outre, des qualités particulières sont requises pour certaines fonctions : d'un parquettier, on attend qu'il soit ferme et qu'il « porte bien la parole » ; un tel pressenti pour les fonctions de juge d'instruction est jugé « très ferme et très exigeant avec son personnel, ce qui est dans ce pays de laisser-aller²⁴ une indispensable qualité ». On comprend alors que soient très appréciés les magistrats dont les compétences sont égales au siège et au parquet, magistrats « complets » aptes à tenir tous les postes, à assurer le remplacement de n'importe quel collègue absent. C'est le cas de Randet, proposé pour le tableau d'avancement en ces termes : « il nous paraît désigné pour occuper dans la magistrature des postes importants, soit au siège, soit au Parquet ». Fabry montre lui aussi cette polyvalence qui le fait passer des fonctions de parquettier, qu'il exerçait initialement, à la présidence du tribunal de Tunis, en 1891.

Malgré le soin apporté dans l'attribution des postes, quelques accidents de parcours font irruption dans la carrière ; ils entraînent des sanctions disciplinaires, allant du simple déplacement à la révocation (en passant par la disgrâce, le blâme, la mise à la retraite par anticipation). Comme ils interviennent dans une société qui ne leur est pas acquise, il n'est pas rare que les magistrats fassent l'objet de plaintes portées par des justiciables mécontents, ou de campagnes de diffamation véhiculées par une presse en plein essor. Fabry en fait les frais une première fois, en 1896, mais l'affaire reste sans suite, car le résident général lui conserve son soutien²⁵ ; puis une nouvelle fois, en 1894, il est l'objet de diffamation lors d'une importante campagne de presse, mais Cambon, qui l'avait recruté quand il était résident général à Tunis, se montre constant dans son soutien, bien que sa plume soit féroce²⁶. Toutefois, l'aura de Fabry demeurera entachée par le blâme que lui inflige le garde des Sceaux, le 17 janvier 1896²⁷.

jusqu'ici mal représentée. Aucun autre juge de paix ne saurait assumer cette responsabilité et « quant à un magistrat ne sachant rien des hommes et des choses de ce pays, il serait... dangereux de lui confier sans autre préparation l'installation d'un service judiciaire en plein pays arabe ».

24. Réminiscence de la théorie des climats énoncée par Montesquieu : « les habitants des pays chauds qui vivent dans la violence des passions et la mollesse des caractères » (cité par Henry Laurens, *Orientales*, Paris, CNRS Éditions, 2019, p. 29).

25. Lettre confidentielle du 30 janvier 1901 : « il n'y a importance à donner à des accusations sans fondement dirigées avec une visible mauvaise foi contre un magistrat d'une réelle valeur ».

26. « Ce pauvre M. Fabry est accusé bien à tort, il est victime de son physique ! »

27. Blâme dont la trace restera dans son dossier, pour la partialité dont il a fait preuve en jugeant un ancien avocat à Tunis, qui avait été le conseil de son adversaire.

La vie privée peut aussi donner lieu à sanction si elle est jugée scandaleuse. Celle de Fabry a été stigmatisée dans une lettre semi-anonyme, datée du 15 mai 1891, à l'en-tête du tribunal de Tunis, et signée «un magistrat». Elle informe (avec force détails) le ministre de la Justice que Fabry est marié avec une femme dont la conduite fait absolument scandale, suggérant, «pour la cause française en Tunisie, de faire rentrer le nouveau président dans la métropole ou dans une ville où les magistrats sont moins exposés au regard haineux de l'étranger»; le résident général tranchera en faveur de Fabry²⁸. Cela traduit-il un soutien inconditionnel en faveur d'un magistrat zélé ou la présomption de malveillance qui entache pareille manœuvre?

L'activité dans la carrière

Les missions qui s'imposent à un magistrat colonial dépassent largement le cadre de celles imparties à un magistrat métropolitain. Certes, sa fonction juridictionnelle est prépondérante : en bon magistrat, il lui incombe de dire le droit ; mais, comme juge au sein d'une colonie, il lui faut également le découvrir, le fabriquer. Rien dans sa formation ne l'y a préparé. Il va cependant devenir l'architecte du droit colonial.

Lorsque Fabry débarque en Tunisie, tout est à construire²⁹. Il va participer à l'élaboration de la carte judiciaire, à l'implantation des juridictions fixes et, à l'imitation de ce qui se passe en Algérie, à la création des sessions foraines, palliatif qui peut devenir pérenne.

L'implantation des juridictions obéit au développement économique du pays, en fonction des ressources agricoles ou minières à exploiter, futures zones destinées à accueillir un peuplement européen. Dans cette démarche, le rôle de Fabry, premier «père fondateur» du protectorat, est celui de conseiller du résident général, voire de soutien de son action : Cambon, d'abord, qui l'avait appelé à Tunis dès 1884, puis Massicault – qui lui succède en 1886 – et Charles Rouvier, à partir de 1894.

28. Lettre du 26 août 1891 : «Les écarts de conduite ont cessé avec la disparition de la cause. Madame Fabry est reçue partout à Tunis. Il n'y a pas lieu de déplacer le magistrat quant à présent.»

29. Au préalable, il négocie avec les puissances étrangères l'abandon des capitulations.

Fabry a pris une part importante au travail des commissions réunies à la Résidence et notamment à la rédaction de la loi foncière. Au tribunal, grâce à son activité soutenue, tous les services marchent régulièrement et les procès sont jugés rapidement ; la confiance qu'il inspire aux justiciables est telle qu'il est souvent choisi comme arbitre. En matière d'impôts et au sujet de l'expropriation pour cause d'utilité publique, la jurisprudence qu'il élabore supplée les lacunes de la loi. Enfin, il rend à l'administration de Stephen Pichon « quelques services ». La tâche sera complétée, entre 1896 et 1903, par Berge, nommé directeur des services judiciaires. Ce dernier réorganise la justice beylicale, opération qui se traduit par la décentralisation de la justice et la création de sept tribunaux régionaux dans les zones où le développement économique l'exige³⁰. Il décide de simplifier les règles de procédure, de réglementer la profession d'oukil (*wakil*) et d'organiser une procédure sommaire et presque sans frais au profit des « indigènes » tunisiens (taxes réduites au minimum, aucune intervention d'officier ministériel requise).

Le droit foncier étant la principale préoccupation des autorités coloniales³¹, la maîtrise des terres fertiles du centre de la Tunisie s'impose dans cette zone propice à la culture intensive de l'olivier ; il est dès lors nécessaire d'y promouvoir l'immatriculation immobilière. À l'instar de ses deux prédécesseurs, Guiot contribue au développement de la juridiction spécialement créée en matière immobilière : le Tribunal mixte immobilier établi par la loi foncière de juillet 1885, où siègent des magistrats français et des assesseurs musulmans³². Remarqué pour ses connaissances en notariat, en droit musulman et coutumes et usages indigènes, il est d'abord nommé juge à la chambre des audiences foraines du tribunal de Sousse, en 1898³³. Très vite, les sessions foraines ne

30. Au Kef, à Gafsa (centre d'exploitation des phosphates), Kairouan, Sousse et Sfax et Gabès.

31. Voir Jean-Philippe Bras, « La charrue avant les bœufs. Sur l'intranquillité du droit foncier colonial et de sa doctrine en Afrique du Nord », in J.-P. Bras, *Faire l'histoire du droit colonial*, op. cit., p. 87-112 et les conclusions de Claude Bontems, in *ibid.*, p. 313-316. Voir aussi Bernard Durand, « Le juge colonial et l'introduction du droit de propriété. Ou comment accompagner le législateur », in Bernard Durand et Martine Fabre (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 291-325.

32. Voir l'étude consacrée à ces derniers par Sana Ben Achour, « Juges et magistrats tunisiens dans l'ordre colonial. "Les juges musulmans" du Tribunal mixte immobilier de Tunisie (1886-1956) », in N. Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit*, op. cit., p. 152-171.

33. Vers la même époque, la surcharge des juridictions de Tunis et Sousse nécessite la création de deux justices foraines à Zaghouan et à Enfidaville ; voir Nada Auzary-Schmaltz, « La création de deux justices foraines en Tunisie à la fin du XIX^e siècle. La justice hors de ses temples », in N. Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit*, op. cit., p. 123-137.

suffisent plus devant le nombre croissant des immatriculations, rendant nécessaire la création d'un poste de juge rapporteur au Tribunal mixte immobilier. Guiot est désigné pour l'occuper en 1899³⁴. Le Tribunal juge en dernier ressort et sa décision fixe définitivement la propriété « francisée » dans sa connaissance matérielle et dans sa condition juridique. La responsabilité du magistrat est grande et sa tâche très lourde, puisqu'il suit lui-même toute la procédure et effectue les enquêtes sur les lieux, avant d'établir son rapport. Guiot remplit ces fonctions à l'entière satisfaction de ses supérieurs.

Randet, vice-président à Tunis, a dû juger plusieurs émeutiers dont les débordements ont embrasé la capitale en novembre 1912, à la suite de l'immatriculation du cimetière du Djellaz (le plus grand cimetière de Tunis). Ces troubles ont surchargé le rôle du tribunal en juin et juillet 1913, nécessitant la tenue d'une session supplémentaire au mois d'août. À la satisfaction de son chef de cour, Randet s'implique sans réserve dans cette affaire délicate. Il contribue également au bon fonctionnement des instances judiciaires temporaires³⁵ ou provisoires. Il réorganise les services qui dépendent du parquet de Sousse et organise la circonscription judiciaire³⁶. Enfin, il dresse un projet de réorganisation des justices de paix de Gabès et de Djerba, transmis pour étude à la Chancellerie.

À partir de 1913, nos mousquetaires vont poursuivre leur carrière avec des fortunes diverses dans le nouveau protectorat chérifien, pays beaucoup plus vaste et peuplé que la Tunisie. Au Maroc, le traité de protectorat passé avec le sultan le 30 mars 1912 se présente comme une réplique du traité du Bardo de 1881 et de la convention de La Marsa de 1883, conclus avec la Régence de Tunis. Le précédent tunisien sert de modèle pour coloniser en douceur le royaume chérifien tout en lui conservant une indépendance de façade : la magistrature assure le travail législatif et la fonction judiciaire ; la fiction du maintien du pouvoir en place est préservée. L'expérience tunisienne sert de précédent pour l'implantation des institutions judiciaires et les magistrats qui ont déjà

34. Cette chambre a alors une charge de travail importante (plus de 400 dossiers en cours de procédure) ; les demandes d'immatriculation sont nombreuses, car le ressort de la juridiction est vaste, puisque cet arrondissement comprend les deux tiers de la superficie de la Régence ; les immatriculations portent sur des superficies se chiffrant en milliers d'hectares.

35. Il préside les audiences foraines du Tribunal mixte qui se tiennent chaque mois à Sousse.

36. Deux justices de paix sont créées à Gafsa et Thala, ainsi qu'une audience foraine à Metlaoui.

fait leurs preuves dans le premier protectorat y seront de préférence nommés.

Fabry, qui avait préconisé dès 1910 l'instauration de ce second protectorat, y effectuera plusieurs missions alors qu'il est rentré en métropole depuis 1904, auréolé de sa longue carrière en Tunisie³⁷. Berge, en poste à Rabat à partir de 1913, sera pour Lyautey «un conseiller précieux et respecté grâce auquel l'édifice du Protectorat a été construit sur les bases les plus solides». Alors que Berge est rentré en métropole depuis 1910, ses compétences vont être aussitôt mises à profit. Il participe à différentes instances internationales réunies pour traiter de la zone de Tanger³⁸. Randet préside le tribunal de Casablanca de 1913 à 1919; son supérieur, le président Dumas, note «son infatigable activité, l'étendue de son savoir et la connaissance approfondie des choses de ce pays... Il occuperait avec une égale autorité un siège de procureur général ou celui d'un premier président de Cour d'appel». Le magistrat polyvalent par excellence ! Quant à Guiot, empêché par ses ennuis de santé, il ne fera au Maroc qu'un bref passage peu glorieux avant sa disparition prématurée.

La diffusion, par nos mousquetaires, des savoirs acquis dans ces postes d'outre-mer, soit par leur enseignement, soit par leurs publications dans des revues juridiques ou par des ouvrages, est encouragée par les autorités hiérarchiques. Ce faisant, ils dressent un état du droit et de la jurisprudence et contribuent à la formation de leurs collègues.

Cette activité pédagogique, tant durant leur séjour à Tunis qu'après leur retour en France, influe sur l'enseignement des écoles spécialisées. Fabry, bien introduit dans la société coloniale tunisoise, est membre du conseil d'administration du Collège Sadiki, destiné, depuis que Machuel l'a réformé en 1881, à former une élite musulmane bilingue d'interprètes, de juristes et de traducteurs, apte à devenir l'interface entre les autorités françaises et la population. Berge, plusieurs années après son séjour outre-mer, est nommé, en 1922, membre du conseil

37. Notamment des arbitrages au sujet de la zone internationale de Tanger.

38. Il occupe des fonctions au sein de la Commission mixte pour l'internationalisation de Tanger. Conseiller technique à la réunion de Madrid pour l'élaboration d'un projet de statut pour la ville; il succède au juriste Louis Renault (mort en 1918). Entre 1910 et 1913, il prend la tête de la Commission établie en 1913 pour l'élaboration des codes et lois en vigueur au Maroc, ainsi que pour la rédaction du Code de commerce maritime.