

Université de Montréal

**Le rôle de la traduction dans le transfert des connaissances  
juridiques :  
le cas des codes civils marocain et tunisien**

Par  
Fatiha Barmaki

Département de linguistique et de traduction  
Faculté des arts et des sciences

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales  
en vue de l'obtention du grade de Philosophiæ Doctor  
en traduction  
option traductologie

Décembre, 2017

© Fatiha Barmaki, 2017

## RÉSUMÉ

À ce jour, très peu d'études ont porté sur la traduction des codes civils dans des aires géographiques comme le Maroc et la Tunisie. Partant de l'hypothèse que la traduction est le moyen sans lequel les codes civils de ces pays n'auraient jamais vu le jour, nous avons voulu non seulement vérifier cette hypothèse, mais également cerner les causes de ce désintéressement en la traduction, dans cette partie du globe, comme un moyen de transfert de connaissances juridiques.

Notre recherche porte sur la traduction juridique dans un contexte de transfert de connaissances appartenant au droit civil enclenché en milieu colonial. Elle suit la vie juridique du *Dahir formant code des obligations et des contrats* marocain (D.O.C.) depuis son élaboration en langue française en 1912 jusqu'à la publication finale de sa traduction vers l'arabe en 1964. La lecture du code marocain n'aurait jamais été possible sans la prise en considération de son antécédent, le *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C.) élaboré en français en 1899 et dont la version arabe existait déjà en 1906.

Le transfert d'un code législatif est un phénomène que l'on peut considérer comme majeur dans l'histoire juridique d'une société. Lorsque le droit est reçu dans une langue autre que celle de la société d'accueil, la traduction contribue dans une large mesure à gérer l'élaboration, la rédaction et parfois la dissémination du nouveau droit au sein de la population locale. Notre recherche s'intéresse à une forme particulière de traduction, la traduction législative, c'est-à-dire la traduction des lois et plus précisément celle d'un code (texte normatif réunissant l'ensemble des règles juridiques touchant à une branche du droit).

Notre étude s'inscrit dans la pensée traductologique d'inspiration sociologique. Elle envisage les textes traduits comme une preuve réelle d'influences contextuelles dans lesquelles le traducteur, acteur principal, effectue des choix entre plusieurs possibles traductionnels et où ces choix eux-mêmes sont motivés par les sociétés cible et source, par les préférences du traducteur et par l'appartenance à un certain modèle textuel. L'analyse des versions cibles arabes lève le voile sur des tendances traductionnelles mises en place grâce à des choix terminologiques et stylistiques adoptés par les traducteurs. Nous y examinons les choix terminologiques et

stylistiques des traducteurs du *Dahir formant code des obligations et des contrats* marocain (D.O.C.) et du *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C.) afin de faire ressortir dans ces textes une appartenance juridique entre deux droits présentés habituellement comme antagonistes, soit le droit civil et le droit musulman.

Notre thèse est divisée en cinq chapitres. Le premier fait état de la problématique de la recherche dans laquelle nous présentons les éléments de notre travail (droits et langues, différences entre l'énoncé islamique et l'énoncé civiliste) ainsi que les particularités de l'énoncé juridique de chaque droit en cause. Le champ du droit civil étant large, nous mettons l'accent sur la partie réservée aux obligations et aux contrats, partie dans laquelle nous cherchons à connaître la différence entre l'approche civiliste et l'approche islamique face à l'énoncé juridique. Nous brossons, dans le deuxième chapitre, l'état des lieux en traductologie et nous situons notre recherche dans le cadre théorique auquel elle appartient, c'est-à-dire le courant sociologique de la traduction. Phénomène social, la traduction d'un code est abordée dans sa globalité esthétique, juridique et religieuse. Le troisième chapitre porte sur l'histoire de la codification du droit civil au Maroc et par ricochet, celle de la source de cette codification, le code tunisien (C.O.C.). Le quatrième chapitre présente les contextes historiques des textes source et cible (codification et traduction). Le cinquième et dernier chapitre est réservé à l'analyse comparative des versions arabes de notre corpus afin d'explorer les aspects terminologiques et stylistiques de ces textes. Nous faisons ressortir dans les textes sources et cibles les éléments textuels d'une appartenance à un système en particulier. Pour ce faire, nous mettons l'accent sur les articles communs aux deux versions arabes de manière à y relever la stratégie du traducteur et à explorer les facteurs (sociologiques, culturels) qui auraient pu motiver l'adoption d'une certaine forme de traduction au détriment d'une autre.

**Mots-clés :** Traduction législative, transfert juridique, droit civil, code civil, fiqh, modèle textuel, énoncé civiliste.

## ABSTRACT

To date, very few studies have focused on the translation of civil codes in geographic regions such as Morocco and Tunisia. Based on the assumption that translation is the means through which the civil codes in these countries came into existence, we wanted to not only verify this assumption, but also to identify the reasons for this disinterest in translation, in this part of the world, as a means of transferring legal knowledge.

This research focuses on legal translation in the context of the transfer of knowledge of civil law as instituted in a colonial setting. It follows the legal life of Morocco's *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C.) [Moroccan Code of Obligations and Contracts] since its development in French in 1912, to the final publication of its translation into Arabic in 1964. Reading the Moroccan code would never have been possible without taking into consideration its predecessor, Tunisia's *Code des obligations et des contrats* (C.O.C.) [Tunisian Code of Obligations and Contracts], developed in French in 1899 and whose Arabic version was published as early as 1906.

The transfer of a legal code is a phenomenon that is significant in the history of a society's legal history. When law is received in a language other than the language of its host society, translation largely contributes to its development, writing and, at times, the distribution of the new law among the local population. This research focuses on a specific type of translation – legal translation – which is the translation of laws and, more specifically, codes (regulatory texts bringing together all of the legal rules relating to a branch of law).

This research falls within the scope of the study of translation as it relates to sociology. It considers translated texts as real proof of the contextual influences in which the translator, as the main actor, chooses between multiple possible translations and where these choices themselves are motivated by the target and source societies, influenced by the translator's preferences and the affiliation with a certain textual model. As a whole, ideological considerations are never far off. The analysis of the Arabic target versions unveils the translational tendencies created through the terminological and stylistic choices adopted by the translators. We examine the terminological and stylistic choices made by the translators of the Moroccan *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C.) and the Tunisian *Code*

*des obligations et des contrats* (C.O.C.) to highlight the legal affiliation between civil law and Muslim law, two types of law that are often presented as antagonistic.

This thesis is divided into five chapters. The first chapter describes the research issue in which we present the elements of our work (law and languages, differences between Muslim and civil statements) and the particularities of legal statements for each type of law in question. As the field of civil law is large, we focus on obligations and contracts, attempting to understand the difference between the civilist approach and the Muslim approach to legal statements. In the second chapter, we describe the current state of traductology and we situate our research in the theoretical framework to which it belongs: the sociological aspect of translation. As a social phenomenon, the translation of a code is approached comprehensively with regard to its aesthetic, legal and religious aspects. The third chapter focuses on the history of the codification of civil law in Morocco and, by extension, the history of the source of this codification: the Tunisian code (C.O.C.). The fourth chapter presents the historical contexts of the source and target texts (codification and translation). The fifth and last chapter is dedicated to the comparative analysis of the Arabic texts in our corpus to explore the texts' terminological and stylistic aspects. In the source and target texts, we highlight the textual elements belonging to a particular system. To do so, we focus on the articles that are common to both Arabic versions to identify the translator's strategy and explore the factors (sociological, cultural and ideological) that could have served as motivation to adopt a certain form of translation over another.

**Keywords:** Legal translation, legal transfer, civil law, civil code, fiqh, textual model, civil statement

## TABLE DES MATIÈRES

Résumé.....	i
Abstract.....	iii
Table des matières.....	v
Liste des tableaux.....	x
Liste des sigles.....	xi
Liste des abréviations.....	xii
Translittération de l'alphabet arabe.....	xiii
Remerciements.....	xv
Introduction.....	1
Chapitre 1 Système juridique, tradition textuelle et traduction.....	8
1.1 Composantes du problème : droits et langues en présence.....	8
1.1.1 Droit civil et droit musulman : deux approches différentes au droit des obligations et des contrats.....	9
1.1.2 Les langues en présence : contextualisation.....	19
1.1.3 Texte et langage législatifs.....	23
1.1.3.1 Codification, non-écriture et modèle textuel.....	25
1.1.3.2 Le mode d'énoncé civiliste et le mode d'énoncé islamique.....	29
1.2 Cadre théorique.....	34
1.3 Corpus et raison du choix des codes civilistes.....	36
1.4 Méthodologie et délimitation des éléments observés : le terme et le style.....	38
1.5 Plan de la thèse.....	46
Chapitre 2 Traduction et société : état de la question.....	48
2.1 Les quatre grands virages de la pensée traductologique.....	49
2.1.1 Le virage descriptif en traductologie.....	49
2.1.1.1 Apport du virage descriptif : les normes traductionnelles.....	51
2.1.1.2 Intérêt et limites des normes traductionnelles.....	58
2.1.2 Le virage culturel en traductologie.....	63

2.1.2.1	Apport fondamental du virage culturel : l'idéologie.....	65
2.1.2.2	Critique du virage culturel .....	69
2.1.3	Le virage postcolonial en traductologie .....	71
2.1.3.1	Apport fondamental : l'hégémonie des représentations.....	73
2.1.3.2	Intérêt et limites du virage postcolonial.....	77
2.1.4	Le virage sociologique en traductologie .....	82
2.1.4.1	Intérêt de l'approche sociologique à la traduction .....	84
2.1.4.2	Les champs d'intérêt : agent, processus, produit .....	86
2.1.4.3	Les théories prédominantes dans le virage sociologique de la traduction ....	89
2.1.4.3.1	Pierre Bourdieu : champ, habitus et illusio .....	89
2.1.4.3.2	Bruno Latour .....	96
2.1.4.4	Critique du virage sociologique .....	98
2.1.4.4.1	Une approche (trop) interdisciplinaire?.....	99
2.1.4.4.2	Une pensée axée sur le texte littéraire.....	101
2.1.4.4.3	Une approche extratextuelle.....	103
2.1.4.4.4	Une « survisibilité » du traducteur? .....	103
2.1.4.4.5	Peu d'intérêt dans les effets sociaux de la traduction.....	105
2.1.4.4.6	Trois concepts, une seule réalité : entre champ, réseau et système.....	106
Chapitre 3	<i>Le Dahir formant code des obligations et des contrats</i> : histoire d'une codification civiliste.....	111
3.1	Le contexte historique de l'élaboration du <i>Dahir formant code des obligations et des contrats</i> .....	112
3.1.1	Le Maroc avant le protectorat .....	112
3.1.1.1	Quelques repères historiques .....	112
3.1.1.2	Le contexte juridique antérieur au protectorat : prépondérance du droit musulman et pluralisme juridique.....	114
3.1.2	Le Maroc pendant le protectorat .....	116
3.1.2.1	Le contexte juridique pendant le protectorat : cantonnement du droit musulman et dualisme juridique .....	118

3.1.2.2	La politique du protectorat en matière civile : la codification du droit des obligations et des contrats.....	119
3.1.2.2.1	Facteurs et fonctions de la codification du droit des obligations et des contrats au Maroc.....	120
3.2	La genèse du <i>Dahir formant code des obligations et des contrats</i> (1913) .....	127
3.2.1	Un précédent tunisien : Code des obligations et des contrats.....	128
3.2.2	Survol historique du Code tunisien des obligations et des contrats.....	130
3.2.3	Les sources du Code tunisien des obligations et des contrats.....	131
3.2.3.1	Les sources islamiques.....	132
3.2.3.2	Les sources européennes.....	137
3.2.3.2.1	Le droit français .....	138
3.2.3.2.2	Le droit allemand : le Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) .....	141
3.2.4	David Santillana : codificateur.....	144
3.2.5	La technique législative de Santillana.....	147
3.2.5.1	Structure et style .....	149
3.2.5.2	La codification « minorisante » de Santillana : la part de la traduction .....	153
3.2.5.3	Les techniques de la « minorisation » de Santillana .....	159
3.2.6	Critique de la version française du C.O.C. tunisien.....	164
Chapitre 4	La réception du <i>Dahir des obligations et des contrats</i> dans l'espace juridique marocain : histoire d'une traduction .....	167
4.1	La rédaction du <i>Dahir formant code des obligations et des contrats</i> .....	167
4.1.1	La commission de rédaction du D.O.C. : Stéphane Berge.....	169
4.1.2	La méthode rédactionnelle de Berge : rédaction ou adaptation? .....	171
4.1.3	La modernisation du D.O.C. ....	174
4.1.3.1	La désislamisation du D.O.C. ....	174
4.1.3.2	L'adaptation du D.O.C. aux réalités de la société marocaine .....	179
4.2	Critique et statut de la version française du D.O.C.....	180
4.2.1	Le D.O.C. de 1913 à 1956 .....	183
4.2.2	Un code uniquement en français : un cas de non-traduction .....	184

4.3	Le contexte historique de la prétraduction du <i>Dahir des obligations et des contrats</i> : l'indépendance (1956) .....	188
4.3.1	De la proclamation de l'indépendance (1956) à la <i>Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice</i> (1965) : maintien du D.O.C. ....	190
4.3.2	Pour ou contre l'arabisation? Le double discours de l'élite marocaine .....	193
4.3.2.1	Consensus au Parlement : la <i>Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice</i> (1965).....	194
4.3.3	La traduction vers l'arabe du D.O.C. : effet majeur de la Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice .....	196
4.3.3.1	Arabiser ou traduire? entre survalorisation et dévalorisation .....	197
4.3.3.2	La commission de traduction du D.O.C. : Abdel-Fattah Abdel-Baqi.....	202
4.3.4	Les versions arabes du D.O.C.....	205
4.3.4.1	La version de 1965.....	205
4.3.4.2	La version de 1966.....	206
4.3.4.3	La version de 1986.....	207
4.3.5	Le statut ambigu de la version arabe du D.O.C. ....	209
4.3.6	Les effets de la traduction du D.O.C.....	213
4.3.6.1	Traduction un jour, dépendance toujours?.....	213
4.3.6.2	Désarroi terminologique .....	215
4.3.6.3	Contradiction avec le droit musulman et droit parallèle.....	216
Chapitre 5 Un droit civil en arabe? Les traducteurs entre deux traditions textuelles .....		219
5.1	Comment <i>lire</i> un code : méthodologie adoptée .....	221
5.2	Un texte, deux stratégies de traduction.....	224
5.2.1	La version tunisienne de 1906 : la stratégie traductionnelle de Santillana .....	227
5.2.1.1	Légitimation par le terme : emprunt massif au langage du fiqh .....	229
5.2.1.2	Tendance anti-civiliste : non-uniformité, imprécision et mots concrets.....	234
5.2.1.3	Légitimation par l'énoncé : style fiqhique contre style civiliste.....	241
5.2.2	La version marocaine de 1965 .....	255
5.2.2.1	La version tunisienne : un avant-projet traductif? .....	255

5.2.3 La stratégie traductionnelle d'Abdel-Baqi : expurgation des termes du fiqh ou modernisation? .....	260
5.2.3.1 Aspects civilistes du terme : précision et uniformité .....	266
5.2.3.2 Un style civiliste en arabe? .....	272
Conclusion .....	281
Conclusion .....	284
Bibliographie.....	i

**LISTE DES TABLEAUX**

Tableau I. .... 172

## **LISTE DES SIGLES**

B.G.B. : *Bürgerliches Gesetzbuch* (Allemagne)

C.C.S. : Code civil suisse

C.O.C. : *Code des obligations et des contrats* (Tunisie)

D.C.C. : *Dahir sur la condition civile des étrangers* (Maroc)

D.O.C. : *Dahir formant code des obligations et des contrats* (Maroc)

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

adj. : adjectif

al. : alinéa

art. : article

etc. : *et cætera*

litt. : littéralement

pl. : pluriel

sing. : singulier

suiv. : suivantes

## TRANSLITTÉRATION DE L'ALPHABET ARABE

Lettre arabe	Nom arabe de la lettre <sup>1</sup>	Translittération
ا	alif	a
ب	bâ'	b
ت	tâ'	t
ث	thâ' (comme le « th » anglais dans <i>thing</i> )	th
ج	jîm	g
ح	hâ'	h
خ	khâ' (comme le « ch » allemand dans <i>Buch</i> )	kh
د	dâl	d
ذ	dhâl (comme le « th » anglais dans <i>this</i> )	<u>d</u>
ر	râ'	r
ز	zây	z
س	sin	c, s, ç
ش	şîn (chin)	ch
ص	sâd	s
ض	dâd	d
ط	ta	t
ظ	dâd	d
ع	ayn	'
غ	ghayn	gh
ف	fâ'	f
ق	qâf	q
ك	kâf	k
ل	lâm	l
م	mîm	m

<sup>1</sup> Les voyelles portent un accent « ^ » ou sont soulignées dans le tableau ci-dessous afin de rendre le prolongement du son de la voyelle en cause.

ن	<u>noun</u>	n
ه	hâ'	h
و	wâw	w
ي	yâ'	y

## **REMERCIEMENTS**

J'exprime ma gratitude à tous ceux qui m'ont accompagné dans la longue et solitaire rédaction de cette thèse de doctorat. Toute ma gratitude à madame Judith Lavoie, sans laquelle, la présente recherche n'aurait jamais été possible. Madame Lavoie a été, pour la nouvelle immigrante que j'étais, bien plus qu'une professeure. Je garde en mémoire, comme un bien précieux, sa chaleur et sa compréhension non seulement envers ma personne en tant qu'étudiante, mais également envers mes responsabilités en tant que mère d'enfants en bas âge. Je la remercie du fond du cœur pour tous les encouragements, suggestions de lectures, commentaires et conseils tout au long de la rédaction de cette thèse.

Mes remerciements vont également à madame Valérie Amiraux dont le merveilleux cours a réveillé l'intérêt sociologique en moi.

## INTRODUCTION

Ce travail relève d'une anecdote, celle où jeune étudiante en première année de droit, à la Faculté de droit de Rabat (Maroc), j'entendais mon professeur affirmer que les codes appliqués au Maroc étaient des « codes légués par le protectorat français à notre pays ». Je me vois encore, bouche bée et quelque peu choquée par cette révélation. La question était claire dans ma tête : pourquoi aurait-on besoin d'appliquer un droit étranger alors que nous en avons déjà un? Je me souviens d'avoir posé la question, sans obtenir une réponse satisfaisante. C'est donc en étudiante novice en première année de droit que je fus placée devant la rencontre de deux droits qu'un hasard historique avait voulu mettre en contact. Les effets visibles ou invisibles de ce contact n'ont jamais cessé de m'intéresser.

En 1912, le protectorat français au Maroc décide de doter le pays d'un code civil *moderne*. En 1913, le *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C.) voit le jour. Rédigé en français, ce code ne sera traduit vers l'arabe, langue officielle des Marocains, qu'en 1964, et ne sera publié intégralement qu'en 1965, à l'initiative du ministère de la Justice, à la suite de la *Loi d'unification, de marocanisation et d'arabisation de la justice marocaine*. C'est le *Code des obligations et des contrats* tunisien, promulgué en 1906, qui a servi d'avant-projet au *Dahir formant code des obligations et des contrats* marocain. Le Maroc et la Tunisie étaient à l'époque sous protectorat français. Le code tunisien des obligations et des contrats, « synthèse inédite entre les principaux codes civils européens de l'époque » (Charfeddine 1996, p. 421), présente de l'intérêt pour notre recherche. Sa codification, confiée à un juriste italo-tunisien de confession juive, constitue un travail exceptionnel. En effet, cette codification a non seulement été effectuée « sur le type des Codes français » (Santillana 1899, p. 1), mais elle a aussi puisé dans « la jurisprudence musulmane et la législation tunisienne toutes règles utiles à cette œuvre » (*ibid.*). De plus, comme « il était impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit, pas plus que de négliger les travaux législatifs », le codificateur a également puisé dans d'autres sources, notamment le Code fédéral des obligations suisse, le Code de commerce italien, et le Code civil et commercial allemand. Le code tunisien sera traduit vers l'arabe et une version dans cette langue sera publiée en 1906. Du côté marocain, il a fallu attendre presque un demi-siècle avant que la traduction du code ne soit confiée à un professeur égyptien, invité à enseigner le droit en arabe, à l'aube de l'indépendance du pays,

aux nouvelles cohortes d'étudiants en droit. S'ils partagent un fond commun, les deux codes ont été traduits en arabe dans des circonstances différentes, obéissant ainsi à des objectifs autres et visant un public différent. En comparant les deux versions dans leur globalité (codification, traduction, révision), la question des modalités du transfert juridique par la traduction ainsi que le rôle de celle-ci à la fois comme pratique restauratrice d'une langue *ancestrale* ou comme créatrice d'une langue *nouvelle* prend toute son ampleur.

Souvent motivée par des circonstances historiques exceptionnelles (une colonisation ou un changement de régime politique plus ou moins radical), la traduction d'un code est un événement de grande envergure qui mobilise des ressources humaines et techniques assez importantes. Phénomène complexe en soi, elle l'est encore plus lorsqu'elle met en relation deux systèmes juridiques provenant de deux pays différents et deux langues appartenant à deux familles linguistiques étrangères l'une à l'autre. Bien que, dans un contexte colonial, la traduction législative constitue le principal moyen d'imposer le droit du colonisateur, il est étonnant de constater le peu d'intérêt accordé à cette question. D'un autre côté, cette situation découle peut-être du fait que la réflexion sur la traduction juridique est encore « au stade embryonnaire » (Glanert 2011, p.130). À l'exception de la thèse de doctorat d'Armand Héroguel (2000), *Les problèmes de traduction dans les droits civils français et néerlandais*, lequel traite de la traduction législative (code néerlandais), de l'ouvrage de Valérie Dullion (2007), *Traduire les lois : un éclairage culturel*, qui s'intéresse aux problèmes suscités par les particularités culturelles lors de la traduction de codes civilistes, soit le *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) de 1896 et le Code civil suisse (CCS) de 1907 et de l'essai de Simone Glanert (2011), *De la traductibilité du droit*, nous n'avons trouvé aucune autre contribution récente sur le sujet. En outre, toutes ces contributions viennent d'Europe où l'angle de traitement de la traduction est souvent multilingue et multidisciplinaire. En terrain canadien, nous ne retrouvons pas de grands débats sur la traduction législative. Considérant le bijuridisme et le bilinguisme qui caractérisent la production législative au Canada, il est étonnant de constater que la traduction législative en particulier semble ne pas soulever beaucoup de questions et est souvent traitée sous la problématique générale de la traduction juridique. C'est le cas par exemple de l'ouvrage de Rémi Michael Beaupré (1986), qui ne réserve à la traduction qu'une partie mineure de son traitement de la législation bilingue au Canada et où la traduction

est davantage envisagée comme un problème plutôt qu'une solution aux problèmes posés par le bilinguisme juridique canadien. L'article de Michael Mckenzie (2009), malheureusement très sommaire comme l'indique son titre : « Survol historique de la traduction législative au Québec », soulève un questionnement important sur la traduction législative au Québec, notamment celui de la langue de traduction des lois québécoises. Il invite les historiens à se pencher sur le processus de rédaction des lois au Québec et partant, sur la traduction législative elle-même.

L'intérêt limité accordé à la traduction législative en terrain occidental est bien réel. Mais il ne faut pas croire que la situation est différente dans d'autres parties du globe. Dans les études portant sur la réception du droit civil au Maroc et en Tunisie, pays dont les systèmes juridiques constituent le fond de notre recherche, l'intérêt accordé à la pratique de la traduction comme instrument de cette réception est mineur. Un vide à la fois théorique et empirique semble caractériser cette question. Pourtant, elle fait partie dès le départ du processus de création du droit civil appliqué depuis l'indépendance politique de ces pays jusqu'à nos jours. Dans le même ordre d'idées, on ne considère pas que le traducteur joue un rôle important dans cette réception, même s'il est admiré en tant que rédacteur ou codificateur. Le présent travail est donc une tentative de raconter l'histoire d'une traduction législative qui s'est étalée sur plus d'un siècle et dont les traces sont encore observables dans l'espace juridique qui nous intéresse.

Notre travail porte sur la rencontre de deux droits différents, notamment le droit civil et le droit musulman. Le droit civil régit les rapports entre les personnes. Il contient les éléments qui permettent d'individualiser une personne (nom, état, domicile), il régleme la famille (divorce, filiation, mariage, succession) ainsi que les rapports qu'une personne peut avoir avec un bien (propriété par exemple). Son rôle principal est la protection des intérêts juridiques des personnes. Le droit civil est d'origine française; il est une combinaison du droit romain, de droits coutumiers, d'ordonnances royales et de travaux parlementaires. En plus de ces sources, ce droit s'est enrichi de l'apport non négligeable d'une doctrine dont le langage est très présent dans le corps même du code<sup>2</sup>. Le droit musulman tire son essence de l'islam. Ses sources fondamentales sont le Coran, livre sacré des musulmans, et la tradition du prophète Mohammed (Souna). Il

---

<sup>2</sup> L'apport de la doctrine au langage du code sera traité dans le troisième chapitre de notre thèse.

s'est enrichi, au fil des siècles, par un autre apport qu'on peut qualifier de doctrinal, le *fiqh*. Le *fiqh* est un large corpus composé des travaux de penseurs musulmans à partir du Coran et de la Souna. Avant la rencontre coloniale, le droit musulman régissait toutes les sphères de la vie en société (civil, commercial et pénal). Bien que les codes civils n'aient jamais été imposés officiellement aux populations autochtones du Maroc et de la Tunisie, l'adoption par ces pays des codes modernes a créé une situation de bijuridisme dans laquelle le droit musulman, bien que reconnu comme source fondamentale du droit, a été limité aux questions de statut personnel (divorce, filiation, mariage, par exemple). Tous les autres aspects de la vie civile (contrats, mandats, par exemple), bien qu'existants dans le droit ancestral, ont été déplacés vers la sphère du droit civil. Dans la mesure où la problématique de notre recherche porte sur le rapport dialogique, entretenu par la traduction, entre le droit civil et le droit musulman, nous chercherons à délimiter dans les textes traduits vers l'arabe la place accordée à chacun des systèmes juridiques à travers des postulats identitaires ou religieux chez les traducteurs. Dans ce sens, nous avons cherché, entre autres, à relever des traces d'islamisation ou d'appropriation identitaire dans les traductions en arabe. L'analyse des textes nous a réservé quelques surprises sur ce point en particulier.

La rencontre coloniale a mis en rapport deux langues différentes, l'arabe et le français. Bien qu'antérieure au Coran, la langue arabe est fortement liée au langage de celui-ci. Langue sémitique et symbole d'arabité et d'identité islamique dans les pays arabes, elle présente des caractéristiques qui lui sont propres, dont un alphabet, une syntaxe et une logique textuelle différents. La langue étant le véhicule du droit, nous nous sommes, au fur et à mesure de l'avancement de la recherche, posé des questions sur l'existence même d'un arabe juridique avant l'instauration du protectorat au Maroc et en Tunisie. Dans le cas d'une réponse affirmative, les traducteurs ont-ils fait appel à ce langage dans leurs traductions? Si la réponse est négative, ont-ils eu besoin de créer un langage en arabe afin de permettre à la langue arabe d'accueillir les nouvelles données (notions et concepts juridiques)? Quel est le rôle de la traduction dans la fixation d'une appartenance à un système juridique en particulier et quel est le véhicule langagier qui a été adopté pour rendre cette appartenance?

Sur le plan de l'écrit, les deux droits se présentent différemment. Dans le but de faciliter un accès rapide à l'information, le code, texte civiliste type d'inspiration laïque, suit une certaine

logique dans l'organisation de la matière juridique. Il est ainsi subdivisé en livres, chapitres, sections, articles et alinéas et classé selon un ordre presque figé. Le texte islamique se présente généralement sous la forme d'une compilation. Contrairement aux codes civilistes, les compilations islamiques, souvent volumineuses, n'excluent pas le religieux (prière, jeûne, don et aumône). Cette composante occupe généralement la première partie d'une œuvre, étant la plus importante aux yeux des savants musulmans. Ce n'est qu'ensuite que viennent les règles consacrées à d'autres aspects de la vie humaine comme la vente ou le louage. Lors de la rencontre coloniale, les compilations islamiques se présentent aux yeux des chercheurs sous la forme de corpus massifs, sans division en articles, numérotation, indexation, ni ponctuation. Cette situation a sans doute motivé un certain désir d'adaptation du savoir juridique islamique à la forme civiliste de la part des premiers codificateurs occidentaux. Prenant en considération la différence entre la tradition textuelle civiliste et la tradition textuelle islamique, la question était de savoir quel était le modèle textuel (Annexe 2) qui a été choisi par les traducteurs de notre corpus.

Par sa nature même, notre corpus constitue une occasion en or d'observer une traduction dans une perspective postcoloniale. Nous avons toutefois choisi de nous distancier de cette approche. Ce faisant, notre analyse ne fera pas appel aux idées des auteurs postcoloniaux (Cheyfitz, Niranjana, Rafaël, Said, entre autres). Le rapport entre les textes sources et cibles ne se fera pas d'un point de vue conflictuel, à travers les termes d'hégémonie, d'impérialisme, de domination, de pouvoir ou de violence symbolique ou réelle. Dans le même ordre d'idées, la traduction ne sera pas placée, dans notre analyse, sous le signe de la négativité, comme une source d'acculturation juridique, de domination symbolique ou de discours ayant servi à légitimer la colonisation ou le pouvoir d'une élite. Elle ne sera pas vue comme la source des malheurs qui se sont abattus sur les pays anciennement colonisés. Nous éviterons la binarité de la figure du traducteur (colonisateur ou décolonisateur) à laquelle adhère l'approche postcoloniale ainsi que le confinement de la traduction elle-même « entre répression et résistance » (Basalamah 2010, p. 182). Les traducteurs de notre corpus, comme les codificateurs-rédacteurs de celui-ci, ne seront pas appréhendés en termes de résistance ou de subversion, loin de là.

La nature même du corpus choisi (textes historiques, systèmes juridiques différents, sociétés différentes) place notre recherche en terrain multidisciplinaire. Elle se place à la frontière du

juridique (droit comparé), du sociologique et du traductologique. La rencontre du droit et de la langue rendait impossible de ne pas faire appel à des concepts comparatistes pour approcher non seulement les droits en présence, mais également les langues de ces droits. L'angle sociologique sera double. D'un côté, nous tiendrons compte des acquis reconnus dans l'espace sociotraductologique (Gouanvic, Wolf, Inghilleri, entre autres) qui accorde une place importante, contrairement aux théories traductionnelles traditionnelles (systémiques, culturels, postcoloniales), à la traduction en tant qu'évènement social qui entraîne dans son sillage des éléments autres que le texte source et le texte cible. La perspective sociotraductologique est particulièrement pertinente à notre recherche en ce sens qu'elle met la lumière sur l'avant et l'après du processus de traduction. Au passage, les personnes (rédacteurs, traducteurs, entre autres) qui interviennent sur le texte ainsi que les interactions qu'ils peuvent avoir entre eux sont prises en considération. D'un autre côté, nous emprunterons à la sociologie juridique les assises conceptuelles (analyse du texte, relation entre la norme et sa substance, rôle des acteurs, catégorisation juridique) de nature à permettre l'analyse d'un corpus aussi complexe comme le nôtre (pluralité des systèmes juridiques, référents et appartenance juridique). Notre travail étant par essence traductologique, nous tiendrons compte de la réflexion juritraductologique (procédés de traduction appliqués au droit).

Notre thèse est divisée en cinq chapitres. Le premier chapitre présente la problématique de la recherche dans laquelle nous présenterons les éléments de notre travail (droits et langues, différences entre l'énoncé islamique et l'énoncé civiliste) ainsi que les particularités de l'énoncé juridique de chaque droit en cause. Le champ du droit civil étant large, nous mettrons l'accent sur la partie réservée aux obligations et aux contrats dans laquelle nous chercherons à connaître la différence entre l'approche civiliste et l'approche islamique face à l'énoncé juridique. Nous brosserons, dans le deuxième chapitre, l'état des lieux en traductologie et nous situerons notre recherche dans le cadre théorique auquel elle appartient, c'est-à-dire le courant sociologique de la traduction. Phénomène social, la traduction d'un code est abordée dans sa globalité esthétique, juridique et religieuse. Le troisième chapitre portera sur l'histoire de la codification du droit civil au Maroc et partant, celle de la source de cette codification, le code tunisien (C.O.C.). Le quatrième chapitre présentera les contextes historiques des textes source et cible (codification et traduction). Le cinquième et dernier chapitre sera réservé à l'analyse comparative des versions

arabes de notre corpus afin d'explorer les aspects terminologiques et stylistiques des textes. Nous chercherons dans les textes sources et cibles les éléments textuels d'une appartenance à un système en particulier. Nous mettrons l'accent sur les articles communs aux deux versions arabes de manière à y relever les stratégies déployées par les traducteurs et à explorer les facteurs (sociologiques, culturels et idéologiques) qui auraient pu motiver l'adoption d'une certaine forme de traduction au détriment d'une autre.

## **CHAPITRE 1 Système juridique, tradition textuelle et traduction**

La présente recherche est une tentative de saisir et de mettre en valeur le rôle de la traduction dans le déplacement des connaissances juridiques, particulièrement dans le champ du droit civil. Elle est centrée sur une interrogation particulière, celle de savoir comment la traduction a pu contribuer, dans un contexte de transfert juridique, à la création d'un droit civil en arabe dans un espace socioculturel dominé déjà par un autre droit (droit musulman). Nous nous proposons de suivre l'évolution du *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C., 1913), code civil des Marocains. À travers ce code, nous suivrons également celle de son antécédent, un texte législatif au cheminement particulier, le *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C., 1906). Nous observerons dans ces textes législatifs le rôle de la traduction dans le changement du modèle textuel et de l'énoncé législatif dans l'espace juridique de deux sociétés maghrébines, le Maroc et la Tunisie. Ce faisant, nous nous proposons d'explorer les enjeux sociologiques qui sous-tendent l'acte même de traduction (le choix des traducteurs eux-mêmes, le choix entre traduction et codification, le rôle d'autres acteurs sociaux dans le processus de traduction et sur la matière à traduire). La présente recherche est, en outre, une tentative de comprendre les raisons du statut secondaire qui semble être attaché à l'opération de traduction en tant qu'instrument de transfert juridique dans le champ d'analyse qui nous intéresse, soit le phénomène de la réception du texte civiliste dans les espaces juridiques marocain et tunisien. Dans un contexte où les frontières entre codification et traduction semblent parfois très floues, nous accordons beaucoup d'importance aux méthodes rédactionnelle et traductionnelle adoptées.

### **1.1 Composantes du problème : droits et langues en présence**

La présente thèse analyse la relation dialogique entre deux codes principaux, le *Code des obligations et des contrats* tunisien et le *Dahir formant code des obligations et des contrats*. Elle met ainsi en rapport au moins deux droits<sup>3</sup> (droit civil et droit musulman) et deux langues

---

<sup>3</sup> Comme nous le verrons au chapitre III, d'autres droits interviennent dans notre corpus.

(l'arabe et le français). Dans les pages qui suivent, nous procéderons à une présentation sommaire de ces éléments.

### **1.1.1 Droit civil et droit musulman : deux approches différentes au droit des obligations et des contrats**

Les droits dans le monde font l'objet de plusieurs classifications. La plus utilisée est celle de René David et Camille Jauffret-Spinosi qui classifient les droits en familles. Selon ces auteurs, cette forme de classification « est propre à faciliter, en les réduisant à un nombre restreint de types, la présentation et la compréhension des différents droits du monde contemporain » (David et Jauffret-Spinosi 1992, p. 15). D'une manière générale, il est d'usage chez les auteurs comparatistes (David, Gambaro, entre autres) de classer le droit français dans la famille des droits romano-germaniques. Cette famille regroupe les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain. Le droit civil, objet de notre recherche, constitue la branche principale de ce droit.

Le droit civil français est un alliage de notions du droit romain, de droits coutumiers, d'ordonnances royales et de jurisprudence parlementaire (Atias 2001, p. 7). Outre ces sources, ce droit s'est également enrichi par l'apport non négligeable de la doctrine (Aubry, Demolombe, Domat, Pothier, Rau). Les sources reconnues de ce droit sont la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine (Cornu 2007, p. 147) ainsi que certains principes supérieurs (David et Jauffret-Spinosi 1992, p. 83). Le droit civil est la matière principale du droit privé, c'est-à-dire le droit régissant les rapports entre les personnes (particuliers). Il constitue le droit commun de l'État, en ce sens que ses dispositions sont appliquées en l'absence d'un texte spécifique (Essaid 2010, p. 28) ou d'un droit d'exception (Émond et Lauzière 2005, p. 49). Le droit civil couvre une matière juridique très large. Il régit les éléments qui permettent d'individualiser les personnes, dont le nom, l'état civil, le domicile; il régit la famille, notamment les questions de mariage, de filiation, de divorce, de successions; il régit également les prérogatives que les particuliers peuvent avoir par rapport à une personne ou à une chose (Essaid 2010, p. 29). Cette branche du droit privé comprend toutes les règles du droit étatique servant à définir les droits subjectifs des personnes et à permettre leur mise en œuvre devant les instances judiciaires. Son

rôle principal est de protéger les intérêts juridiques des personnes (Émond et Lauzière 2005, p. 44).

Le droit musulman est consacré comme source fondamentale des droits actuels dans la plupart des pays arabes. En effet, à l'exception de quelques rares États comme la Turquie ou l'Albanie « qui ont laïcisé leur droit et remplacé la loi coranique par des codes européens, la plupart des pays musulmans continuent à proclamer – dans leurs constitutions, leurs codes ou leurs lois – leur attachement à l'Islam et au droit musulman » (Essaid 2010, p. 104)<sup>4</sup>. Généralement, il est d'usage de classer ce droit dans la famille des droits religieux (David et Jauffret-Spinosi, 1992)<sup>5</sup>. Son histoire commence bien avant la venue du prophète Mohammed dans le Hijaz (l'Arabie Saoudite actuelle) et constitue le résultat « de l'activité juridique de plusieurs siècles » (Chehata 2005, p. 42) ainsi que le produit d'« activités soutenues par des lignées de juristes dispersées sur plus d'un point du vaste empire arabe » (*ibid.*, p. 42)<sup>6</sup>. Le droit musulman tire son essence de l'islam dont il ne serait « qu'une face » (David et Jauffret-Spinosi 1992). Il est fondé sur le Coran<sup>7</sup>, livre sacré des musulmans, et sur la Souna du Prophète, c'est-à-dire « [l]es enseignements du Prophète, transmis et complétés par ses compagnons, par les disciples de ces derniers, codifiés par les quatre fondateurs des écoles orthodoxes, commentés par les jurisconsultes anciens et modernes » (Zeys 1885, p. ix). Pour schématiser, on peut dire que ce qu'il est d'usage d'appeler le droit musulman est constitué de deux sources, l'une divine, l'autre positive. La source divine est constituée du Coran et de la Souna, sources qualifiées généralement de sacrées. La source positive est en quelque sorte la continuité de la première, mais elle diffère en ce qu'elle est l'œuvre des hommes. C'est ce qu'on appelle le *fiqh*, large

---

<sup>4</sup> La constitution marocaine (2011) affirme dans son article 3 : « L'islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes ».

<sup>5</sup> Nous nous demandons jusqu'à quel point la classification de David est désormais pertinente. Sur ce point, celle de Chehata (1967) semble plus intéressante. Prenant en considération son statut hybride, elle place le droit actuel non pas dans une sphère islamique, mais dans une famille de droits arabo-romains.

<sup>6</sup> Ce qu'il est convenu d'appeler le *droit musulman* a tenu compte de l'existence d'un « corpus normatif non islamique, souvent d'origine coutumière localisée et qui, passé au filtre de cette jurisprudence, était devenu islamique » (Botiveau 1990, p. 182).

<sup>7</sup> Une définition du Coran est donnée par Antonio Gambaro dans *Le droit de l'occident et d'ailleurs* (2011, p. 350) « Le Coran énonce les préceptes auxquels les croyants doivent se soumettre et qui forment la chari'a, voie à suivre dans le domaine de la prière, du jeûne, des rituels, de la charité, de la vie familiale. Pour les musulmans, ces règles émanent de Dieu et établissent de manière exhaustive les devoirs imposés aux croyants. En raison de leur source divine, nul ne peut les modifier. C'est d'autant plus vrai que la communauté musulmane n'est pas organisée selon une structure véritablement hiérarchique qui permettrait à ceux qui se trouvent à son sommet de dire ce qu'est la vérité et d'édicter des règles de conduite contraignantes ».

« corpus de normes tiré par les juristes de la révélation islamique » (Botiveau 1990, p. 182, note 3). Constitué pendant des siècles par les savants musulmans (Rawatbi 2006, p. 185), ce corpus est le résultat de l'effort doctrinal (mais dont le fondement est un prolongement du Coran et de la Sunna) entrepris par des écoles<sup>8</sup> de pensée : l'école hanafite d'Abou Hanifa, l'école malékite de Malek ibn Anas (répondu au Maghreb), l'école hanbalite d'ibn Hanbal et l'école chaféite, de Chafe'i. Le raisonnement juridique de ces écoles se fonde sur plusieurs procédés. Le premier en importance est l'*ijma*, c'est-à-dire le consensus entre les *fouqaha*<sup>9</sup> (pl. de *faqih*), fondé sur l'argument qu'il était impossible que l'ensemble de la communauté musulmane (Oumma) puisse se tromper sur une question (Gambaro 2011, p. 351). Le second est le *qiyas* (déduction par analogie), auquel les *fouqaha* ont souvent fait appel après l'expansion de l'islam au-delà de la péninsule arabe et la survenance de litiges jusque-là inconnus. Selon Milliot, le *qiyas* (1953, p. 448), « est, sinon le seul, du moins le grand moyen par lequel le système législatif musulman a pu tenir compte du mouvement de la vie, des vérités d'expérience et des faits historiques. Il présuppose [...] l'appel à la loi du précédent ». Il y a d'autres procédés de raisonnement juridique, dont l'*istislah* (prise en considération de l'efficacité, de l'utilité ainsi que de la nécessité d'une mesure) et l'*istihsan* (préférence d'une solution par rapport à une autre dans une perspective d'intérêt général). Le raisonnement juridique se fait dans le cadre de ce l'on appelle l'*ijtihad*<sup>10</sup>, effort doctrinal individuel du *moujtahid*. Grâce à l'*ijtihad*, les grands *fouqaha* musulmans sont arrivés « à imposer une représentation du monde partagée par des sociétés variées, dans le monde arabe et en dehors, à faire de la *chari'a* islamique, interprétée par le *fiqh*, une “force homogénéisante, créant une oikumene légale” » (Geertz 1986, p. 242; cité dans Botiveau 1990, p. 186). Le droit musulman est souvent appelé *chari'a*, c'est-à-dire, la voie à suivre (David et Jauffret-Spinozi 1992, p. 3) que tout musulman doit respecter. Elle indique

---

<sup>8</sup> Le terme arabe pour désigner ces écoles est *madahib* (pluriel de *madhab*) qui signifie « the opinion or idea that one chooses to adopt » (Hallaq 2005, p. 150).

<sup>9</sup> Le meilleur équivalent à la notion de *faqih* est probablement celle de David et Jauffret-Spinozi (1992, p. 367) : « théologien-juriste ». Il rend bien cette notion complexe dans un espace marqué par la non-séparation du droit et de la religion et où les hommes savants assumaient à la fois des fonctions civiles et religieuses.

<sup>10</sup> L'*ijtihad* n'est plus admis de nos jours. Le musulman est tenu « d'observer les enseignements des docteurs des générations passées et notamment ceux considérés comme les fondateurs des Écoles (*madahib*). Toute interprétation originale nouvelle semble interdite à jamais » (David et Jauffret-Spinozi 1992, p. 374). Des raisons historiques complexes ont conduit à cette fermeture. Selon Dupret (1995, p. 127, note 1), l'*ijtihad* « est, littéralement, le fait de se donner de la peine. C'est le terme technique utilisé dans ce qu'on appelle le droit islamique pour désigner l'usage du raisonnement individuel ou, dans un sens plus restreint, l'utilisation du raisonnement analogique au Coran ou à la Sunna. La pratique de l'*ijtihad* n'implique pas l'infailibilité et le résultat en est donc toujours une opinion faillible (zann), ce qui explique que l'échange de vues et la discussion sont valorisés. »

au musulman la manière dont il doit se comporter, ce qu'il doit faire ou ne pas faire et régit ses droits et ses obligations envers Dieu, la société et les hommes.

Il paraît pertinent de s'arrêter sur l'expression même de « droit musulman », dont la signification mérite d'être creusée. Selon le sociologue juridique Beaudoin Dupret (2012, p. 9), « C'est un truisme de dire que la notion de "droit musulman" est une catégorie sociale ». Il ne s'agit que d'une « construction scientifique » établie dans le but de comprendre « le phénomène de la normativité dans les sociétés musulmanes » ((Buskens et Dupret 2012, p. 58). Création orientaliste devenue universalisme, elle est une « invention académique, politique et pratique » (*ibid.*), une « catégorie scientifique et normative, et donc une invention juridique orientaliste très largement imprégnée par la notion occidentale de droit positif. On pourrait dire, à la suite de Jacques Derrida, qu'il s'agit d'une "violence" conceptuelle et épistémologique. Mais avec la nuance que les savants et juristes d'Orient ont largement, participer au processus [...]. » (*ibid.*). L'étude du droit musulman, écrit Dupret et Ferrié (1997, p. 12) « est apparue au principe même de la démarche orientaliste, en ce qu'elle permettait de prétendre lire une société par elle-même, en référence à sa propre construction du sens ». L'expression « droit musulman » reflète dès lors une conceptualisation occidentale de l'ensemble de la matière qui régit la vie juridique des musulmans et impose une approche à la matière islamique uniquement à travers des schèmes et des catégories qui sont extérieurs à celle-ci. Elle échoue ainsi à voir dans ce corps de règles une conception différente de ce qu'il est d'usage de ranger dans la catégorie des règles et des normes régissant la vie des particuliers dans une société donnée. Dans ce sens, le terme « juridique » lui-même paraît réducteur, car il renvoie nécessairement à un corps de règles fixes et codifiées dont la compréhension nécessite le recours à certaines représentations classificatoires. D'un point de vue traductionnel, le besoin de classer pour comprendre n'empêche pas le traducteur de se heurter à certaines limitations dont la plus importante est la non-correspondance ou la correspondance partielle notionnelle entre les termes. Ces limitations sont bien expliquées par David et Brierley (1985, p.16, cité dans Sarcevic 1997, p. 14) :

The absence of an exact correspondence between legal concepts and categories in different legal systems is one of the greatest difficulties encountered in comparative legal analysis. It is of course to be expected that one will meet rules with different content; but it may be disconcerting to discover that in some foreign law there is not even that system for classifying the rules with which we are familiar. But the reality must be faced that legal science has developed independently within each legal family and that those categories and

concepts which appear so elementary, so much a part of the natural order of things, to a jurist of one family may be wholly strange to another.

Souvent employée par les auteurs occidentaux (et coloniaux)<sup>11</sup>, l'expression « droit islamique » (litt. *qanoun islami*) n'est que rarement utilisée par les auteurs d'expression arabe. Pour cette raison, nous lui préférons la notion de *fiqh* dans le dernier chapitre de notre travail. Un examen des ouvrages de droit comparé rédigés en arabe par des auteurs contemporains nous permet de faire deux remarques. D'abord que l'apparition de l'expression « droit musulman » est récente, c'est-à-dire qu'elle est absente chez les auteurs arabes classiques et serait apparue après la rencontre coloniale<sup>12</sup> pour répondre à un besoin de classification (droit islamique c. droit occidental). Ensuite, que les auteurs arabisants contemporains n'emploient que très rarement l'équivalent direct en arabe des expressions « droit musulman » ou « droit islamique », soit *al-qanoun al-islami*. Pour traiter cette notion, ils recourent à d'autres dénominations comme *tashri' islami* et *chari'a islamiya* (Abdel-Baqi 1984, Rawatbi 2006 et Benmoussa 2006), ou *fiqh islami* (Abdel-Baqi, 1976 et 1984)<sup>13</sup>. Le traducteur de la version marocaine de notre corpus semble même opposer dans ses écrits le *fiqh* au *qanoun*. Ces expressions ouvrent la porte à une remarque. En effet, bien qu'ils aient l'air d'un pléonasme, en ce sens que les termes « *chari'a* » et « *tashri'* » semblent coller dans l'esprit occidental à l'islam, ces expressions peuvent référer de la part des auteurs musulmans aux autres *tashri'ates* (droits ou législations), notamment *attachri' al-gharbi* (le droit occidental) ou *attachri' al-faranci* (le droit français) ou autres. Par extension, les auteurs arabo-musulmans ne semblent pas réserver le terme *faqih* au « juriconsulte » musulman uniquement. Ils peuvent préciser qu'il s'agit d'un *faqih* islami ou d'un *faqih* occidental (*faqih gharbi*) (Domat, par exemple). Le terme est ainsi employé dans son sens général, c'est-à-dire une personne versée dans un domaine en particulier. De la même manière, l'expression « droit civil » semble être inappropriée dans un contexte arabo-musulman

---

<sup>11</sup> Par « auteurs coloniaux », nous désignons les auteurs qui ont vécu le phénomène colonial de l'intérieur, qui ont souvent eu des postes haut placés dans la machine coloniale (juges, hauts administrateurs) ou des postes de nature judiciaire qui leur ont permis de décrire l'espace juridique de la société colonisée (interprètes, huissiers entre autres). Ces auteurs se sont souvent vus confier des missions de recherche sur les « mœurs » des populations des pays colonisés. Dans notre contexte, ces auteurs se sont livrés à une entreprise colossale de consignation du droit autochtone. C'est à eux que l'on doit l'exportation de la connaissance du droit musulman dans le monde.

<sup>12</sup> En témoignent les occurrences de cette expression dans les premières codifications et traductions du *fiqh* effectuées par de nombreux orientalistes (Perron, Seignette, Zeys, entre autres)

<sup>13</sup> Ce n'est pas le cas des auteurs contemporains d'expression française parmi lesquels cette expression est largement utilisée.

fortement imprégné par le religieux. Essaid (2010, p. 28), professeur à la Faculté de droit à Rabat, semble trouver cette expression impropre au contexte marocain. Il affirme à ce sujet :

Il convient de préciser une question de terminologie. Dans le cadre d'une législation comme la législation marocaine, qui est très imprégnée de règles d'origine religieuse, les termes « droit privé » peuvent sembler préférables aux termes « droit civil ». En effet, la notion de droit civil implique souvent l'existence d'un droit laïcisé, d'un droit distinct de la religion : ce qui n'est pas le cas chez nous.

Parce qu'il tire son essence même de la religion, le droit musulman est souvent appréhendé en termes binaires : humain contre divin. Zeys écrivait, dans l'introduction à son *Traité élémentaire du droit algérien* (1885), que le droit occidental « est purement humain; les sources en sont humaines; il est l'œuvre perfectible des hommes et il ne s'applique qu'aux conflits matériels des hommes. Le droit musulman, au contraire, procède d'une révélation; d'où cette conséquence qu'il n'est susceptible d'aucun perfectionnement; il est condamné à l'immobilité, parce qu'il a atteint, aux yeux des Fidèles, sa complète perfection, le jour même où il a été promulgué ». La référence à l'origine divine du droit musulman fait l'objet de deux traitements différents. Elle pousse les auteurs coloniaux ainsi que certains auteurs occidentaux contemporains à qualifier le droit musulman de dogmatique et d'immuable. Les auteurs musulmans, par contre, invoquent les efforts doctrinaux des *fouqaha*, notamment l'*ijtihad* pour réfuter cette idée (Abdel-Baqi, Chahboune, entre autres). L'origine divine est souvent invoquée comme une balise de justice absolue, une protection contre l'arbitraire des règles créées par l'homme. Par exemple, en traitant de la théorie des vices du consentement (erreur, dol, violence et lésion), Abdel-Baqi (1976, p. 195) affirme que « le *fiqh* islamique, étant une charî'a divine, cherche à rendre l'homme parfait et condamne en lui la tricherie (*ghich*), la tromperie (*khadi'a*) et la ruse (*ihتيال*). De ce fait, il accorde beaucoup d'importance, bien plus que le droit contemporain, au traitement des cas fondés sur le mensonge (*kadib*) et les réticences (*kitman*) »<sup>14</sup>. Bien au-delà de ces différences de perspectives, la présence du religieux dans le droit musulman est bien réelle. Dans la pensée islamique, toutes les facettes de la vie doivent être englobées dans le religieux. En conséquence, il n'y a pas de séparation entre la religion et le droit. Un bon musulman doit s'abstenir de commettre une mauvaise action dans ses comportements et dans ses transactions quotidiennes. Le rapport entre droit et religion n'est toutefois pas propre au droit musulman.

---

<sup>14</sup> En arabe, notre traduction.

D'un point de vue philosophique, écrit Cornu « droit, morale et religion appartiennent au même ordre ». Il ajoute que « pour certains devoirs élémentaires qui ont été juridiquement consacrés, le domaine du droit et celui de la morale entrent en coïncidence. Certains préceptes, piété filiale, respect de la parole, sont à la fois juridiques et moraux » (Cornu 2007, p. 23). Le mouvement de sécularisation est venu occulter cette relation. Ce qui n'a pas été le cas, au moins jusqu'à la rencontre coloniale, dans les pays de confession musulmane.

Dans les lignes qui suivent, nous aborderons, dans un esprit comparatif, quelques différences entre le droit civil et le droit musulman en matière d'obligations et de contrats. Il ne s'agit pas d'une étude exhaustive du droit des obligations et des contrats civiliste et de son équivalent islamique. Il s'agit plutôt de montrer la conceptualisation différente de certaines notions communes aux deux droits.

La mise en rapport des droits civil et musulman trahit deux visions différentes du savoir juridique et du monde. Simplifiée à l'extrême, elle jette la lumière sur la rencontre entre un droit d'essence divine et un autre d'essence humaine. Présentés de la sorte, les deux droits semblent inconciliables, même opposés. Dans ce contexte, on peut se poser des questions sur la compatibilité entre deux systèmes que bien des auteurs plaçaient, a priori, sur le terrain de la divergence. Par exemple, et contrairement au droit civil, le droit musulman n'a pas développé une théorie générale des obligations. Un juriste comparatiste écrit à ce sujet :

L'on sait que la théorie générale des obligations ainsi qu'elle est exposée dans la codification française, se fonde sur des éléments proprement romains. Cette construction est restée étrangère, tout au long des siècles, à la technique du droit musulman. L'intégration de cette théorie, dans une codification qui devait être appliquée à un pays ayant des traditions musulmanes multiséculaires, devait apparaître comme une gageure (Chehata 1965, p. 843).

Il serait vain d'ailleurs, selon cet auteur, de chercher une classification quelconque des sources de l'obligation dans les textes sacrés (Chehata 2005, p. 103), car le Coran n'a régi en matière d'obligations que quelques préceptes qui relèvent des recommandations ou des règles morales (*ibid.*, p. 47). Chehata explique l'absence d'une théorie générale des obligations en droit musulman par l'attachement des *fouqaha* à trouver la solution au cas d'espèce qui pouvait se trouver devant eux sans se soucier d'édicter des règles générales.

Bien que les *fouqaha* aient réservé une place importante aux contrats (*oqoud*, pl. d'*aqd*) dans leurs ouvrages, ils n'ont pas érigé cette partie importante du droit civil en catégorie séparée « in the manner, say, American or French law articulates them in textbooks and treatises » (Hallaq 2009, p. 239). Selon Sakrani, « [e]n se fondant sur la religion et la morale, les théologiens-juristes musulmans ne se sont jamais préoccupés – comme les Romains – de classer les contrats ni de poser des limites à la volonté des contractants, sauf en tenant compte de considérations morales, sociales ou religieuses » (Sakrani 2009, p. 202). Par conséquent, une théorie générale des contrats n'existe pas en droit musulman. Les *fouqaha* traitent chaque contrat séparément et mettent en place les règles qui s'y appliquent.

La différence entre les deux droits touche au concept de contrat lui-même. En droit civil, le contrat est d'abord un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, il est créateur d'obligations. Sa typologie est également différente. Il est question de contrat de gré à gré et de contrat d'adhésion, de contrat synallagmatique et de contrat unilatéral, de contrat commutatif et de contrat aléatoire, entre autres. Bien que ces termes ne figurent pas dans notre corpus, il serait intéressant de se demander selon quelles modalités se ferait leur passage, en arabe, dans la mesure où l'on n'importe pas uniquement des termes, mais aussi les catégories et classifications suivant lesquelles ces derniers sont organisés. En droit musulman, le contrat peut naître d'une seule volonté (un don, par exemple). Les *fouqaha* ne définissent pas le contrat comme un accord créateur d'obligations (Chehata 2005, p. 103), mais adoptent une perspective objective qui fait que « le contrat n'est aperçu qu'à travers ses résultats ultimes » (*ibid.*)<sup>15</sup>, c'est-à-dire que le contrat est classifié selon ses effets et non pas comme une relation entre les parties. Une telle perspective fait approcher le concept du contrat en droit musulman de la notion civiliste d'« acte juridique » (Abdel-Baqi 1976, p. 51) et qualifie de contrat non seulement la vente, le louage, entre autres, mais aussi le testament, le *waqf* (immobilisation charitable de biens), le divorce (unilatéral), etc. (Abdel-Baqi 1976, p. 50). Selon le degré de validité (al-Dabbagh 2013, p. 418), un contrat peut être *lazim* « obligatoire » (contrat de vente, de louage, entre autres) ou *ja'iz* « permis » (société, prêt, dépôt). On retrouve en droit musulman plusieurs qualificatifs et

---

<sup>15</sup> Chehata (2005, p. 103) propose une définition du contrat (périphrase) « un accord de volonté créateur d'un nouvel état de choses ».

typologies relatives au contrat, selon ses effets. Un contrat est *sahih* (valide), *batel* (nul) *façid* (vicié), *ja'iz* (permis).

En quête d'une parfaite égalité entre les contractants, le droit musulman rejette certains types de contrats, notamment ceux comportant un risque d'aléa (*gharar*)<sup>16</sup>. Par exemple, l'objet du contrat doit être non seulement existant (jamais futur), mais ses caractéristiques doivent être déterminées avec une grande précision (crainte de l'aléa). De cette façon, le droit musulman ne tolère pas un aspect important de la logique civiliste : l'ambiguïté et l'incertitude. C'est pour cela qu'il accorde une grande importance à la précision de sens, notamment par l'utilisation de termes et de synonymes et en expliquant les nuances entre les synonymes. Il faut noter que la formulation (*sigħa*) du contrat lui-même est importante en droit musulman.

Le droit musulman réserve un traitement différent à des concepts clés de la pensée civiliste en matière d'obligations et de contrats. Le concept de la cause (Abdel-Baqi 1984, p. 460) n'est pas considéré comme un des éléments du contrat. Une théorie de la cause, comme celle qu'on trouve dans la pensée civiliste n'existe pas. Il réserve également un traitement différent à d'autres concepts comme l'erreur, le dol, la violence ou la lésion. En droit civil, ces concepts font partie de la théorie des vices de consentement et reflètent des situations où la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté réelle. Selon Abdel-Baqi (1976, p. 180), « les fouqaha musulmans n'ont pas traité l'erreur comme un vice de consentement. Ils ne lui ont pas accordé la même importance que le dol et la violence, auxquels ils ont accordé beaucoup d'importance, surtout le dernier »<sup>17</sup>. L'erreur traduit généralement une forme de *jahala*, c'est-à-dire l'ignorance d'une ou de plusieurs caractéristiques de l'objet du contrat. L'exemple classique donné par de nombreux auteurs est l'achat de ce que l'on croyait être un diamant, alors que cela se révèle être du verre (Hallaq 2009, p. 244). Selon Abdel-Baqi (1976, p. 182), l'idée même d'erreur est

---

<sup>16</sup> Certains contrats comportant un risque d'aléa ne sont tolérés que lorsqu'ils sont considérés comme étant indispensables à la société, comme le contrat *selem* et l'*istisna'* (Hallaq 2009, p. 244). Dans *La finance islamique, des fondements au système*, les auteurs (Alioui, Guellil, Badraoui 2015, p. 9) définissent le contrat *selem* comme étant « une technique qui consiste à payer des biens prédéterminés à l'avance ». Il s'agit d'une vente à terme dont la livraison se fait dans le futur, et dont le paiement se fait au comptant. Dans la pensée islamique, la vente d'un bien non existant est illicite dans la mesure où elle comporte une forme d'incertitude. Le contrat *Istisna'* quant à lui « est un contrat financier permettant à un acheteur de devenir propriétaire d'un bien, qu'il se fera livrer à terme » (*ibid.*). La majorité des juristes considèrent l'*istisna'* comme une variante qui s'apparente au contrat *selem*. La seule différence est que dans ce contrat le paiement est fait tout au long de la fabrication du bien et que le prix est convenu d'avance entre les parties.

<sup>17</sup> En arabe, notre traduction.

contraire à la tendance empirique et matérielle qui caractérise le droit musulman, ce qui n'est pas le cas du dol, de la violence et de la lésion. Ces trois vices de consentement sont apparents et sont moralement condamnables, contrairement à l'erreur, qui est en quelque sorte involontaire. Parce qu'elle est moralement condamnable, la notion de dol est traitée plus largement que dans la pensée civiliste. Le respect de la parole étant important chez les *fouqaha*, ils ont accordé beaucoup de place au dol oral (*taghrir qawli*) par opposition au dol matériel (*taghrir fi'li*). De la même manière que le dol, la violence est largement traitée. Abdel-Baqi (1976, p. 211) avance à ce sujet que « si on veut être juste, on devrait dire que la violence est le seul fait qui est considéré dans le fiqh islamique comme un vice de consentement »<sup>18</sup>. En droit musulman, la violence constitue un vice fondamental en matière contractuelle. Dans leurs écrits, les *fouqaha* lui consacrent habituellement un livre entier, *kitab al-ikrah* (le livre de la violence). Zeys (1885, p. 109), dans son traité de droit musulman, était conscient de la place accordée à la violence chez les *fouqaha*. Il plaça ce vice en tête des éléments pouvant vicier un contrat islamique. Notons qu'une des sources majeures dans lesquelles le codificateur (David Santillana) de la version tunisienne en français de notre corpus a puisé, notamment *Morchid al-Haïran* (1891), n'a pas jugé utile de codifier l'erreur. Il a réservé, en revanche, de nombreuses dispositions au dol (*taghrir*) et à la lésion (*ghoubn*). D'autres concepts civilistes, comme l'enrichissement sans cause (*ithra'e bidoun sabab*), n'ont pas été élaborés en théorie.

Chaque société produisant ses propres concepts pour répondre à une certaine vision qu'elle se fait d'elle-même et du monde, il est sûr qu'un transfert juridique entraîne un conflit conceptuel. Par exemple, le transfert civiliste a opéré une modification dans la signification même du terme « contrat ». Aujourd'hui, pour la majorité des auteurs, le contrat est uniquement un accord de volonté entre deux parties. Un des précurseurs de cette acception est Qadri Bacha, qui définit le contrat dans son *Morchid al-Haïran* (1891) comme un accord de volonté entre deux personnes, soumis à des règles d'offre et d'acceptation (art. 168). Dans le même ordre d'idées, certaines options du contrat de vente ont été abandonnées pour se limiter aux options figurant dans le code civiliste. De la même manière qu'il a introduit de nouvelles notions dans le traitement de certaines situations, le transfert juridique a conduit à l'élargissement de la portée de certaines autres.

---

<sup>18</sup> En arabe, notre traduction.

Ainsi, la notion de dommages-intérêts a été élargie pour englober le dommage futur et le dédommagement pécuniaire. Dans le *fiqh*, il n'y a pas de place pour le dommage futur (aléa) et le dédommagement est essentiellement en nature (valeur de la chose, appréciée au jour du délit). Les exemples de cette nature sont nombreux. Le paiement de l'indu ne fait l'objet en droit musulman que d'une règle générale voulant que ce qui a été payé par ignorance doit nécessairement être rendu sans considération des critères de capacité ou de bonne ou de mauvaise foi. Il y a également l'introduction de la notion de discernement dans le traitement de la faute, ce qui rompt avec la logique du *fiqh*, et la prise en considération du dommage moral alors que dans le *fiqh*, seul le dommage matériel est pris en considération (Chehata 1967, p. 904).

Au-delà de toute visée juridique comparative, l'aspect terminologique du traitement de la règle civiliste dans un cas de transfert juridique (au moyen d'une codification ou d'une traduction) est intéressant. À titre d'exemple, la notion de dol étant complexe en droit musulman, les *fouqaha* procèdent, sur le plan terminologique, à une certaine classification pour rendre compte de cette complexité<sup>19</sup>. On peut se poser des questions sur la stratégie adoptée par les traducteurs dans la sélection (question de monosémie et de polysémie, par exemple) d'un équivalent terminologique de cette notion dans la langue cible. Ont-ils tenu compte de la classification islamique et de ses nuances? Ont-ils tenté de réintroduire ces nuances dans leurs traductions? Quels sont les critères qui ont pu motiver les solutions adoptées? Ces questions sont complexes. Nous les traiterons dans le dernier chapitre de notre travail.

### **1.1.2 Les langues en présence : contextualisation**

Le rapport entre le droit civil et le droit musulman a mis en place un autre rapport, celui de deux langues très différentes l'une de l'autre, à savoir l'arabe et le français. La langue est le véhicule du droit. Les deux, langue et droit, sont le produit d'une histoire. Phénomènes sociaux (Carbonnier, cité dans Cornu 2000, p. 12), ils sont l'expression d'une culture et d'un mode de vie. Le droit serait même déterminé par la langue (Cornu 2000, p. 11) et chaque langue imprime de son sceau le droit (Bessadi 2010, p. 41). C'est grâce à la langue que les schèmes de pensées,

---

<sup>19</sup> Cette question sera traitée dans le chapitre V.

les valeurs et les concepts sont mis en relief et identifiés comme des données propres à une société en particulier (*ibid.*). Le rapport que le droit peut entretenir avec la langue n'est pas à minimiser dans une situation de transfert juridique. La complexité de ce rapport conflictuel est bien mise en évidence par Cornu (2000, p. 12) dans ce qui suit :

[...] lorsqu'un droit né dans une langue est transposé dans une autre, l'égalité de principe des deux versions n'empêchera jamais que, relativement à l'affinité naturelle qui règne entre un droit et sa langue de naissance, la réussite de la transposition soit une conquête de haute lutte, fruit du labeur et de la peine, ce qui en fait – la différence sociologique – n'assurera pas nécessairement une égale réception et un même rayonnement à la version inévitablement marquée d'un certain artificialisme.

Le français, langue indo-européenne a été introduit au Maroc et en Tunisie par la colonisation. Langue de l'administration coloniale et des publications officielles, elle a été très vite élevée au rang de langue du droit et de l'administration. C'est en français que les rédacteurs des codes civils marocain et tunisien ont décidé d'écrire, malgré le fait que ces codes allaient vivre dans des environnements juridiques où ceux qui maîtrisaient la langue de rédaction étaient rares. Au Maroc, par exemple, le gouvernement colonial n'a pas jugé utile de diffuser sa langue parmi la population marocaine. Adoptant une politique sélective, il s'est investi dans la formation d'une petite élite, sélectionnée parmi les notables marocains. Benzakour (2012) écrit à ce sujet « La scolarisation n'a touché qu'un nombre infime d'enfants marocains musulmans. À la veille de l'Indépendance, le nombre de cadres marocains formés dans le système scolaire, mis en place par le Protectorat, était très restreint : 269 bacheliers seulement (J. Brignon et al.1968) sur une population de 8 millions environ ». Immédiatement après l'indépendance, le français a occupé la majorité des champs importants de la vie économique, juridique et économique marocaine, malgré quelques tentatives d'arabisation<sup>20</sup>.

L'arabe<sup>21</sup> est la langue qui prévalait avant l'instauration du régime de protectorat. Langue sémitique (Kouloughli 2010, p. 7) à l'alphabet différent, elle « présente cette caractéristique d'être associée à une religion, l'Islam » (Benzakour 2000, p. 67). Fortement lié au Coran dont

---

<sup>20</sup> Cette question sera traitée au chapitre IV de notre thèse.

<sup>21</sup> Nous limitons notre approche ici à la langue arabe dite « classique », notamment celle employée dans les ouvrages du *fiqh*. Il sera question dans le chapitre V d'une variante de cet arabe, qu'on peut appeler arabe moderne ou *standard*. À côté de l'arabe classique et de l'arabe moderne, il y a l'arabe dialectal, parler quotidien qui connaît des variantes en fonction des pays arabes. Le Maroc connaît, à côté de l'arabe dialectal, d'autres langues, parlées par des populations *amazighes* (peuples qui habitaient l'Afrique du Nord avant l'arrivée des Arabes).

le langage est souvent qualifié d'inimitable (*mou'jiz*), l'arabe classique a une certaine légitimation dans les pays arabes. C'est le symbole de l'arabité et de l'identité islamique et le facteur d'unité dans la communauté arabo-musulmane (Oumma). Sur le plan pratique, l'arabe est « un système codifié, renforcé par des siècles de tradition écrite : poésie antéislamique, ouvrages de grammaire, lexiques » (Boukous 1979). De nos jours, une forme dérivée de l'arabe classique constitue la langue de la littérature et de l'enseignement et est utilisée « dans la presse écrite et dans l'administration » (Benzakour 2000, p. 68) ainsi que dans les discours officiels dans les pays arabes. Cette variante ne présente pas de différences « morphosyntaxiques et phonologiques notoires » (Benzakour 2000, p. 68) avec l'arabe classique, mais diffère quant à son style et contient une nouvelle terminologie imposée par le contact colonial et les besoins de modernisation qui ont suivi celui-ci. Ce qu'il est d'usage de qualifier d'arabe classique est rarement utilisé dans le parler de tous les jours (excepté par une élite savante ou des amoureux de la langue originale). Dans le contexte historique du transfert juridique qui nous intéresse, quelle était la langue du droit au Maroc et en Tunisie? Existait-il seulement un arabe juridique à cette époque? Pour en avoir le cœur net, nous avons consulté les ouvrages prévalant à l'époque précoloniale et dont la présence est encore vivante dans l'espace juridique arabo-musulman.

Jusqu'au 19<sup>e</sup> siècle, époque des premières colonisations dans les pays de l'Afrique du Nord (dont le Maroc et la Tunisie), la langue du *fiqh* a été l'expression juridique usuelle de la société arabo-musulmane. L'arabe de cette époque adoptait un certain mode d'énoncé répondant à une construction qu'on juge aujourd'hui classique, parfois même archaïque. En effet, le *fiqh* a donné naissance à un « [...] type de prose, que l'on peut qualifier de technique et qui se caractérise, malgré une certaine lourdeur, par une indéniable précision analytique » (Kouloughli 2007, p. 70). Cette prose recourt à « une énorme terminologie technique extrêmement spécialisée » (*ibid.*)<sup>22</sup>. Il reste qu'on ne peut qualifier cette forme linguistique de « langue juridique », comme celle qui existe dans le monde civiliste. Il faut toutefois noter que s'il n'existe probablement pas de répertoire connu de termes qualifiés explicitement de juridiques, il existe bien un nombre d'ouvrages<sup>23</sup> consacrés à la langue du *fiqh* ainsi qu'à des types de langages techniques liés à

---

<sup>22</sup> Des exemples d'énoncés islamiques seront montrés dans les pages qui suivent.

<sup>23</sup> Pour une liste de ces ouvrages, consulter *Mou'ajam al-mostalahate al-ahliya wa al-iqtissadiya fi loughate al-fouqaha* (Dictionnaire des termes financiers et économiques dans la langue des *fouqaha*) de Nazih Hammad (2008) et l'introduction de

certains métiers, à la consignation de termes rares, aux termes philosophiques, et même aux emprunts. Certains de ces ouvrages pouvaient contenir entre leurs pages une certaine terminologie administrative. L'existence d'un nombre impressionnant d'ouvrages consacrés à la terminologie montre la conscience des *fouqaha* de l'importance de cet aspect dans le traitement d'un domaine de spécialité. Les premiers ouvrages n'étaient toutefois pas élaborés de la même manière que les lexiques civilistes, c'est-à-dire qu'ils ne répondaient pas aux critères de classification reconnus par les rédacteurs de lexiques modernes. Quelques ouvrages manuscrits consultés montraient que les auteurs classiques commençaient par réunir dans un chapitre (une ou deux pages) les termes relatifs à un aspect particulier, sans ponctuation et sous une forme compacte. Ensuite, ils les expliquaient un à un. Ce fait a poussé des auteurs contemporains à remanier ces ouvrages classiques de manière à les rendre plus faciles à la consultation (ponctuation, pagination, numérotation des entrées, présentation alphabétique). Dans tous les cas, les ouvrages du *fiqh* ne font pas de différence entre la langue savante naturelle des *fouqaha*<sup>24</sup> et une langue spécialisée juridique. Les *fouqaha* traitaient le cas juridique de la même manière qu'un cas non juridique (*ibadates* : jeûne, mariage, piété). La langue du *fiqh* englobait toutes les sphères de la vie, juridique ou autre. Dans ce contexte, on doit se poser des questions sur la langue utilisée par les traducteurs de notre corpus pour reformuler le texte vers l'arabe. Ont-ils opté pour la langue savante qui prévalait avant l'instauration du régime de protectorat, soit celle des ouvrages qui régissaient la vie juridique des Marocains et des Tunisiens, c'est-à-dire la langue<sup>25</sup> du *fiqh*, ou ont-ils inventé un nouveau langage afin que la langue arabe puisse accueillir les nouvelles données juridiques? Il semble que plus la différence entre les langues est grande, plus la traduction est difficile, mais il semble aussi qu'un droit peut s'exprimer en plusieurs langues (Cornu 2000, p. 12). Quoi qu'il en soit, la traduction législative, en ce qu'elle met en relief une forme extrême de langage marqué, constitue l'illustration par

---

Hassan Mahmoud Chafe'i (1994) à l'ouvrage de Sayf addin al-Amidi (12<sup>e</sup> siècle) *al-moubayin fi charh maani alfad al-houkama'e et al-moutakalimin* (L'explication du sens des termes utilisés par les savants et les orateurs).

<sup>24</sup> Appelée « langue commune » par Cornu (2000, p. 23). Il s'agit de la langue de communication dans une société linguistique donnée (Wroblewski 1988, p. 17).

<sup>25</sup> La frontière entre langue et langage semble confuse dans les écrits traitant de la traduction juridique. Dans sa thèse de doctorat, *Traduction de textes juridiques néerlandais et transfert culturel* (1998), Héroguel distingue la *langue* du *langage*, mais admet que « le sens de ces mots se recoupe parfois » (1998, p. 30). Il affirme que « par convention, nous entendrons par "langue" une langue particulière, comme le français, l'anglais, le néerlandais, etc. ». Selon cet auteur, le langage a deux acceptions. Il signifie d'abord « la capacité de l'homme à utiliser et à s'exprimer à l'aide d'un système de signes distincts correspondant à des idées distinctes »; ensuite, « le sens employé par Gérard Cornu [...] c'est-à-dire en tant que "langage spécial" ou "langue de spécialité" ». À ces deux mots, il faut ajouter celui de discours (voir Bocquet 2008).

excellence du rapport entre droit et langue, surtout en cas de transfert juridique d'un code reconnu mondialement comme un modèle de technique législative et dont la spécificité stylistique (Cornu 2000, p. 267) suscite beaucoup d'intérêt.

### **1.1.3 Texte et langage législatifs**

La présente recherche porte sur des textes législatifs qu'il est d'usage de qualifier généralement de textes juridiques. En traductologie, plusieurs classifications des textes juridiques ont été proposées. Sarcevic (1997, p. 11) classe les textes en trois catégories, soit les textes prescriptifs, les textes essentiellement descriptifs, mais qui contiennent des éléments prescriptifs et enfin les textes descriptifs. Valérie Dullion (2007, p. 13) et Claude Bocquet (2008, p. 10) distinguent trois types de textes que l'on peut qualifier de juridiques : les textes normatifs (lois et codes, traités, règlements, contrats), les textes des décisions qui appliquent ces normes (décisions juridictionnelles et administratives, documents de procédure) et, enfin, les textes qui exposent le contenu des règles de droit (la doctrine)<sup>26</sup>.

Les lois, dont le code, figurent dans la première catégorie (normatifs ou prescriptifs). On peut conclure des différentes typologies que le texte législatif est généralement classé comme une forme du texte juridique<sup>27</sup>. C'est sur cette forme particulière de texte que porte la présente thèse. Témoin d'évènements historiques et porteur de notions à charge culturelle, sociale et même religieuse, le code, manifestation suprême (Cornu 2000, p. 267) du texte législatif, pose des problèmes particulièrement intéressants relatifs à la stratégie traductionnelle et au rapport de celle-ci au contexte historique qui l'a générée. Cette forme textuelle peut être un véritable produit de prise de position politique, sociale et idéologique détectable à la sélection d'un mode particulier d'énonciation et d'une certaine cohérence textuelle.

On ne peut traiter de texte législatif sans traiter du langage législatif. Dans son traitement du langage du droit, Cornu (2000, p. 18) place le langage législatif parmi cinq grands langages,

---

<sup>26</sup> On peut reprocher à cette classification d'ignorer l'aspect créatif de la doctrine. Comme nous le verrons tout au long de ce travail, la doctrine a influencé dans une large mesure l'élaboration et la traduction de notre corpus ainsi que la codification des sources législatives qui l'ont influencé.

<sup>27</sup> Bocquet affirme que le linguiste et le traducteur sont amenés à renoncer à définir le texte juridique. Ils doivent se contenter d'en énoncer une typologie fondée sur la forme du discours, ou plus précisément sur la logique de ce discours (Bocquet 2008, p. 10).

notamment le langage conventionnel, le langage coutumier et le langage administratif. Pour cet auteur, le langage législatif n'est pas différent en soi des autres langages, mais partage avec eux certains traits (*ibid.*, p. 24). En procédant par déduction et en ne relevant que ce qui est applicable au langage législatif, on peut dire que dans la logique de Cornu, le langage législatif est d'abord un langage de groupe qui est très marqué par celui qui l'édicte, c'est-à-dire le législateur. Il est aussi marqué par ceux qui contribuent à sa création et à la réalisation du droit proprement dit. Ensuite, le langage législatif est marqué par une certaine technicité qui découle principalement de sa capacité à nommer (prérogative appartenant principalement au législateur), entre autres, les réalités juridiques (institutions et opérations juridiques) naturelles et sociales qu'il consacre en « faits juridiques » en leur attachant des effets de droits (*ibid.* p. 26). Traitant spécifiquement du langage législatif civiliste français, Cornu affirme que le langage législatif est un langage traditionnel, ce qui fait que les « les juristes d'aujourd'hui ne sont pas dépaysés lorsqu'ils se réfèrent aux codifications napoléoniennes » (*ibid.*). On peut deviner sans peine ce qu'une telle affirmation présuppose dans un cas de transfert d'un code vers des lieux ne partageant pas nécessairement cet héritage napoléonien.

En dehors de ces écrits canoniques portant sur le langage juridique, la perspective que présente Jerzy Wroblewski sur le langage législatif semble intéressante. Dans son article intitulé : « Les langages juridiques : une typologie » (1988, p. 16-19), ce sociologue introduit la notion de « langage légal », laquelle, bien qu'elle ait les allures d'un calque, se distingue de ce qu'il appelle le « langage juridique ». Pour Wroblewski, le langage juridique est un métalangage qui englobe le langage juridique jurisprudentiel c'est-à-dire celui dans lequel on formule les décisions relevant de l'application du droit; le langage juridique scientifique, lequel est propre au discours de la science juridique et le langage juridique commun, lequel est le langage utilisé dans les autres discours touchant le droit. Le langage légal est le langage dans lequel on formule les lois. C'est le résultat de l'activité du législateur qui formule les textes des actes normatifs. Ce langage est « une spécialisation », un « registre » à part. Il a principalement pour objectif d'orienter la conduite des personnes auxquelles il est destiné. Il vise également la détermination des faits, situations ou processus ayant une signification juridique (*ibid.*). Selon Wroblewski, dans un monde idéal, le législateur formulerait ses textes dans une langue naturelle, celle comprise par le groupe linguistique visé. Or, le manque d'éléments naturels dans cette langue pousse celui-ci

à créer un langage légal composé d'éléments artificiels extérieurs à la langue commune (naturelle). Dans le sillage de la pensée de Wroblewski, nous pensons que la traduction de textes juridiques dans un contexte de transfert juridique est créatrice d'un langage particulier, marqué d'une certaine artificialité, qui appelle un lot de questions notamment liées au manque potentiel de moyens dont dispose la langue naturelle pour héberger la terminologie (et les concepts véhiculés par celle-ci) qu'impose nécessairement une opération de traduction.

### **1.1.3.1 Codification, non-écriture et modèle textuel**

Notre travail constitue une réflexion sur les rapports, sur le plan de l'écrit, entre le droit civil et le droit musulman. Le texte civiliste ne se présente pas de la même manière que le texte islamique. Des divergences entre les deux existent non seulement du point de vue du fond, mais aussi de la forme, c'est-à-dire qu'elles touchent les modes mêmes d'écriture du droit (Buskens 1997, p. 64). Comme l'écrit Buskens : « Les modes islamique et français d'écriture du droit doivent être rapportés aux différentes formes de cultures et de rationalité, exprimées par différentes idées sur l'étude et sur la connaissance. Ces formes culturelles sont intimement liées à différents modes d'organisation sociale, économique et politique » (*ibid.*). Dans l'esprit civiliste, un rôle important est accordé à la loi, souvent élaborée sous la forme d'un code (David et Jauffret-Spinosi 1992, p. 17). Le droit civil trouve sa consécration dans le Code Napoléon, lequel a été élaboré en 1804 sous l'appellation *Code civil des Français*. Ce code, pivot du droit civil français (Cornu 2007, p. 155) et pierre angulaire de la législation civile (*ibid.*, p. 155), est présenté comme une œuvre de synthèse et de conciliation entre l'Ancien droit, le droit coutumier et le droit romain ainsi qu'une réaction à l'arbitraire de l'Ancien Régime<sup>28</sup> (Essaid 2010, p. 280). L'adoption de ce modèle d'expression juridique illustre la volonté d'uniformiser le droit face à la diversité des sources juridiques et coutumières. Forme principale de législation (Gammbaro 2011, p. 221) dans le modèle français, la codification s'inscrit dans le projet révolutionnaire (mais toujours moderne) de laïcisation du droit, c'est-à-dire la séparation du droit et de la religion. De plus, elle vient mettre un terme aux inégalités et consacre quelques principes idéologiques hérités de la Révolution française (1789) : l'égalité civile, la conception individualiste du droit

---

<sup>28</sup> Comme nous le verrons dans le chapitre III, il est ironique de constater que la codification des lois civiles au Maroc et en Tunisie répondait à ce même besoin de contrer l'arbitraire du droit local.

(liberté contractuelle, autonomie de la volonté) et le respect de la propriété privée (abolition de la féodalité). Sur le plan textuel, le code civil organise la matière selon un plan rationnel. Il est subdivisé en livres, chapitres, sections, articles et alinéas. Dans le but de faciliter le repérage de l'information, chaque article porte un numéro et le code entier est paginé et doté d'une table des matières visant clarté et commodité d'accès (David et Jauffret-Spinosi 1992, p. 368). L'enchaînement de la matière encourage « une culture de la référence » et est soumis à « certains standards qui en facilitent l'usage » (Buskens 1997, p. 64). La présentation de la matière suit une certaine logique (dans la perception civiliste, du moins). Ainsi, il est d'usage, dans la partie consacrée aux contrats, de commencer par le contrat de vente, considéré comme le contrat type. Cette logique a influencé les juristes comparatistes arabes qui ont été formés dans les universités françaises. Chehata (2005, p. 113), par exemple, après avoir présenté plusieurs classifications relevées dans des ouvrages du *fiqh*, critique ces dernières et affirme que « [l]a vente est, en effet, le contrat type. Il importe de l'étudier en premier lieu ». Il qualifie par conséquent de rationnelle la classification d'un théologien-juriste musulman (al-Qadouri), lequel présente la matière contractuelle dans l'ordre suivant : la vente, le gage, le louage, la société, le mandat, le cautionnement, le transport de dette, la transaction, la donation, le dépôt, le commodat, l'amodiation et le métayage, le testament. On remarque que cette classification ressemble au modèle français. Dans le même ordre d'idées, un des traducteurs de notre corpus semble trouver la classification civiliste des contrats selon leur objet (vente, don, location, etc.) plus « proche de la logique » (Abdel-Baqi 1976, p. 67) et plus apte à répondre aux critères de la clarté et de la bonne rédaction des lois. Il déplore ainsi l'« arbitraire classificatoire des contrats » des *fouqaha*. Le religieux étant important pour les *fouqaha*, les ouvrages du *fiqh* commencent habituellement par une partie réservée aux *ibadates* (obligations de l'humain envers Dieu), dont la prière et le jeûne. Ensuite, on y traite de matières comme les ventes (*boyou'e*), le louage, la *choufa'a*, entre autres. Si les auteurs s'entendent sur la première matière, leur présentation du deuxième volet (moua'malates) diffère.

Il est généralement prétendu que le droit musulman est un système non écrit. Or, bien qu'elle ait été reprise étrangement par certains juristes marocains (Kettani, entre autres), cette affirmation témoigne d'une confusion entre « écriture » et « codification ». En effet, le droit musulman, comme système d'organisation symbolique destiné à régir et à régler la vie

sociale, existait bien sous une forme écrite, mais cette forme écrite ne peut être qualifiée de codification. Dans la tradition textuelle islamique, il n'y a pas de code proprement dit destiné à régir un aspect particulier de la vie en société, comme c'est le cas dans la perspective occidentale où généralement le droit est classé par matière (code civil, code pénal, code de commerce, etc.). Par contre, nous pouvons parler d'une forme de compilation par laquelle les premiers rédacteurs réunissaient « sous une rubrique générale, les décisions jusqu'alors entassées pêle-mêle dans les vastes recueils des traditionalistes, les admettant ou les rejetant, suivant qu'elles leur semblaient conformes ou contraires à leur doctrine particulière [...] » (Zeys 1885, p. ix). Les compilations du droit musulman sont nombreuses. Un des premiers théologiens-juristes de la pensée islamique, l'imam Malek, « rédigea son *al-Mouwatta'e* sur 300 hadiths, dont le texte lui suffit à consigner les principes fondamentaux des traditions généralement admises, groupées en chapitres et en titres, comme dans les *Traité de droit* » (Milliot 1953, p. 446). Les classifications de la matière dans cet ouvrage majeur du *fiqh* malékite sont différentes de celles qu'on trouve dans les codes civilistes. Il s'agit plutôt d'une classification dont la logique, non civiliste, répond à d'autres schèmes d'énonciation, de catégorisation et de présentation et qui peuvent faire de ce droit un phénomène « entièrement original » (David et Jauffret-Spinosi 1992, p. 368) chez un adepte de la logique civiliste. En général, un ouvrage islamique est composé de plusieurs *koutoub* (pl. de *kitab*; litt., *livre*). Un *kitab* est lui-même divisé en *abwab* (pl. de *bab*; litt. *porte*, mais habituellement traduit par *chapitre*). Un *bab* pouvait traiter d'une matière et être suivi d'un autre *bab* qui traite d'un aspect (une interdiction par exemple) relatif à cette matière. À titre d'exemple, le *bab* portant sur la *vente des arbres fruitiers et de leurs fruits*, est suivi du *bab l'interdiction de vendre les fruits avant qu'ils ne soient mûris (al-Mouwatta'e)*. Un *bab* pouvait s'étirer sur plusieurs pages et ne comporter aucune subdivision physique en sections ou en articles; les paragraphes étaient très difficiles à repérer d'un premier coup d'œil.

Dans leur forme manuscrite originale, les ouvrages étaient volumineux :

Vers la fin du moyen âge, la science de la loi atteint le plein de son développement, forme un système cohérent. Les commentaires du Coran et de la Sunna ont expliqué les textes de la Shari'a. Les traités d'Usûl<sup>29</sup> ont analysé les sources, assignant à chacune son importance et son rôle dans l'extension du système législatif. Les principes de la légalité sont définis.

---

<sup>29</sup> Les *usûl* sont les racines de la religion (le dogme).

Les principes de *furû*<sup>30</sup> qui, d'abord, ont été des Sommes ou Digestes de volume considérable, consignait les réponses des maîtres à leurs premiers disciples et sont devenus ensuite des Bréviaires (*Mokhtassar*), répertoires mnémotechniques<sup>31</sup> sur lesquels est repris le travail de commentaire et de glose (Milliot 1953, p. 449)

La consultation de quelques versions manuscrites du *Mokhtassar*, ouvrage important pour notre recherche, a permis de voir que la matière juridique est rédigée en bloc, sans table des matières et sans pagination. L'ouvrage est toutefois divisé en *abwab* (chapitres). Aucune démarcation physique ne séparait le titre *bab* du corps du texte qui le suit et le texte n'est pas divisé en paragraphes. Ce qui produit pour l'œil non averti un énoncé compact et difficile à décoder. Cette difficulté est accentuée par l'absence de ponctuation facilitant le repérage de segments et la séparation visuelle de ceux-ci à la lecture. Pour toute personne habituée à la classification et à la systématisation civilistes, il ne fait pas de doute que la consultation de ce type d'ouvrage puisse constituer un défi énorme dont l'approche relève de la prouesse. Zeys (1885, p. ix) écrivait : « Tout, dans le droit musulman, terminologie, principes, procédés d'argumentation, déductions, diffère absolument, radicalement, du droit français. Si parfois, on est tenté, par d'apparentes analogies, de raisonner du connu à l'inconnu, nos législations modernes étant le connu, cette mer sans rivage [...] se hérissent d'écueils où le naufrage est inévitable. » C'est pour cette raison qu'au début de l'ère de l'exploration coloniale au Maghreb, les ouvrages du *fiqh* ont souvent fait l'objet de « traduction réarrangée » (Buskens 1997, p. 68). Les auteurs coloniaux conféraient une structure à l'occidentale, pour la plupart française, aux ouvrages du *fiqh*. Les sujets traités étaient numérotés et le traité était doté d'une table des matières. À titre d'exemple, Zeys a réuni dans un livre la matière régissant les contrats. Intitulé *Des contrats*, ce livre traite des types de ventes (vente à terme et vente en bloc, par exemple), des vices de consentements, de l'objet, etc. La terminologie employée relève bien du « connu » puisqu'on reconnaît immédiatement celle du droit civil français.

La différence dans les traditions textuelles touche également la partie la plus petite du code, l'article. Un article civiliste est avant tout un mode d'énoncé qui suit des modes rationnels

---

<sup>30</sup> Les *furû* sont les branches de la religion. Ce sont les obligations qu'il faut accomplir comme la prière, le pèlerinage, le jeûne, etc.

<sup>31</sup> Au Maroc, par exemple, il semble que tout aspirant *faqih* devait apprendre par cœur un ouvrage du *fiqh*, notamment le *Mokhtassar* de Khalil (Buskens 1997, p. 67). Nous allons retrouver cet ouvrage dans la partie réservée à l'élaboration des textes constituant notre corpus.

(numérotation, subdivision) de présentation, adopte une certaine récurrence terminologique et répond à des contraintes de structure (concision des segments) relevant souvent de l'esthétique<sup>32</sup>. Si le mode d'énoncé civiliste a fait, et fait encore, l'objet de bon nombre d'études, tel n'est pas le cas, du moins dans la limite de nos recherches, du mode d'énoncé islamique auquel le concept même d'article semble étranger. Dans les pages qui suivent, nous tenterons de dégager des caractéristiques propres à chacun des modes d'énoncés en cause dans la présente recherche.

### 1.1.3.2 Le mode d'énoncé civiliste et le mode d'énoncé islamique

Dans l'esprit de généralisation et de rationalisation qui caractérise le droit dont il relève, l'énoncé législatif civiliste est marqué par sa tendance à éviter les détails et à édicter des principes généraux. Portalis, un des rédacteurs du Code Napoléon, affirme à ce propos :

L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquence, non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière [...] Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et de tout prévoir<sup>33</sup>.

La tendance à la généralisation est ainsi posée comme principe de la codification rationnelle et logique. Sur la généralisation, Carbonnier (1984, p. 44) posait la question suivante : « Vaut-il mieux que la formule légale énumère des cas pratiques (méthode de la casuistique), au risque d'allonger, sans espérer d'ailleurs tout prévoir, ou, au contraire, qu'elle soit rédigée en termes généraux (méthode des *clausulae generales*), au risque de permettre des extensions imprévues et indésirables? » Le questionnement de Carbonnier résume la différence entre le mode d'énoncé islamique et le mode d'énoncé civiliste. En effet, contrairement à l'énoncé civiliste, c'est l'esprit casuistique qui domine le mode d'énoncé islamique (Sakrani 2009, p. 204).

Le droit musulman est essentiellement empirique, « une sorte de case law »<sup>34</sup> (al-Dabbagh 2013, p. 391). La base de sa méthode législative est le cas (Chehata 2005, p. 43). Cette méthode

---

<sup>32</sup> Les énoncés civilistes reproduisent une certaine esthétique (formules figées, inversion, répétitions). C'est cette esthétique qui frappe en premier le lecteur d'un code civiliste.

<sup>33</sup> Discours prononcé durant de la présentation du projet du Code civil des Français, le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX (21 janvier 1801), disponible sur <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/code/page05.html>

<sup>34</sup> Dans son article « La traduction juridique, un cas d'espèce » (dans *Langage du droit et traduction*), Jean Kerby (1982, p. 9) définit la *case law* comme étant « le droit élaboré par les décisions judiciaires, grâce à la règle du précédent ». La *case law* est une composante fondamentale de la common law.

habitue « le juriste à penser que le droit est fait de solutions d'espèces, données au jour le jour, en considération des besoins particuliers du moment, plutôt que de principes généraux posés a priori, dont on déduirait ensuite les conséquences dans chaque situation » (Milliot 1953, p. 448). Dès lors, « le légiste musulman se refusera à l'abstraction, à la systématisation, à la codification. Il évitera la généralisation [...] » (*ibid.*). La *descente dans le détail*, corollaire de la casuistique (dont le rejet constitue une *condition sine qua non* de la codification civiliste), représente une caractéristique visible de l'énoncé islamique. Le point de vue des premiers traducteurs du droit musulman est particulièrement intéressant sur cet aspect. Des traducteurs comme Nicholas Perron et Napoléon Seignette, auxquels a été dévolue au 19<sup>e</sup> siècle la tâche de compiler et de traduire ce droit à des fins d'exploration coloniale, se sont heurtés à la manière différente d'exprimer le droit des auteurs musulmans, notamment à une surabondance de détails. L'ouvrage le plus traduit à l'ère coloniale au Maroc et en Tunisie demeure incontestablement le *Mokhtassar, de Khalil*<sup>35</sup>. Dans la préface de leurs traductions, les traducteurs de cet ouvrage semblent reprocher aux auteurs du *fiqh* leur propension à décrire tous les cas de figure possibles. Seignette (1878, p. XIV) affirme que l'ouvrage de Khalil est « plutôt surchargé de détails minutieux et quelquefois même futiles. Les principes y sont exposés et les conséquences en sont rigoureusement développées, jusque dans leurs effets les plus rares et les plus éloignés ». En même temps, Seignette qualifie de « savante méthode » la stratégie rédactionnelle de Khalil qui consistait à :

prolonger la phrase pendant un et quelquefois plusieurs chapitres, de façon à ne former qu'une seule proposition majeure, dont les termes principaux ne sont exprimés qu'une fois, et dans laquelle les termes accessoires et les propositions mineures se rattachent et se coordonnent méthodiquement, formant un ensemble rigoureusement grammatical. En outre, par un procédé de division, d'élimination et de syllogismes, dont les termes secondaires restent sous-entendus, certaines séries de faits se trouvent virtuellement, mais non textuellement exprimées. L'intention manifeste de l'auteur a été d'être complet. Il semble avoir cru possible de prévoir et de décider toutes les questions, toutes les combinaisons qui peuvent résulter du choc des intérêts humains (*ibid.*).

---

<sup>35</sup> Khalil Ibn Ishâq (mort en l'an 700 de l'hégire/1374 grégoriennes) (Buskens 1997, p. 67) vécut en Égypte. Il réunit en un seul ouvrage, qu'il composa en vingt-cinq ans, le précis des ouvrages des oulémas malékites l'ayant précédé. Cet ouvrage, *Mokhtassar*, constitua pendant cinq siècles l'ouvrage de référence principal dans de nombreux États musulmans d'Orient et d'Asie. De nombreux ouvrages coloniaux le présentent comme « le texte juridique le plus important de l'école malékite » (*ibid.*) Il faut préciser que le *Mokhtassar* présente l'intérêt d'être plus concis et plus proche de l'esprit synthétique civiliste que d'autres ouvrages fiqhiques, beaucoup plus volumineux. Cette caractéristique expliquerait, en partie, l'engouement du Protectorat envers cet ouvrage en particulier.

Pour donner un exemple de l'énoncé islamique, comparons un énoncé puisé dans la traduction de Perron, une imitation (longueur de l'énoncé, explications dans le texte, longs paragraphes) du style islamique, et l'énoncé d'une disposition portant sur la même matière puisée dans le Code Napoléon :

#### Énoncé islamique

Le mandat [spécial ou général] finit par la mort du mandant, et du moment que le mandataire est informé [du décès, car nul n'a le droit de disposer de ce qui appartient à un autre qu'avec l'assentiment de ce dernier]. S'il n'en est pas ainsi [c'est-à-dire si le mandataire n'est pas informé du décès de son commettant, le mandat finit-il à partir du moment de la mort, ou bien seulement à partir du moment où la nouvelle arrive à la connaissance du mandataire? Sur cette question], il y a deux opinions différentes [et opposées].

Lorsque le commettant a révoqué sa procuration, et que le mandataire n'en est pas informé [aussitôt, la révocation compte-t-elle du moment où elle a été prononcée, ou du moment où le mandataire en a reçu la notification? À cet égard], les opinions des juristes sont en désaccord.

Le mandat ne finit pas parce que le mandataire ou le commettant vient à être atteint de démence ou aliénation mentale, à moins que cet état de déraison ne se prolonge un long temps chez le commettant, et alors c'est au magistrat à examiner et décider la question de procuration. La femme mandataire de son mari n'est pas révoquée de ses attributions de mandataire par la raison que son mari l'a répudiée, à moins que l'on ne sache que la femme répugne à garder son mandat. Mais par le fait de la répudiation, le mari est révoqué du mandat que lui a délégué la femme qu'il répudie. Le mandataire qui apostasierait l'islamisme est, pendant le délai qui lui est laissé pour se décider à revenir à la foi, révoqué de ses attributions de mandataire. De même, le mandataire dont le commettant apostasierait l'islamisme est révoqué après les jours de délai laissés pour revenir à la foi.<sup>36</sup>

#### Énoncé civiliste

Chapitre IV. **Des différentes manières dont le mandat finit.**

Le mandat finit, par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

---

<sup>36</sup> Section VIII de la cessation du mandat (*Précis de jurisprudence musulmane*, Tome IV, p. 263). Seconde partie de l'Exploration scientifique de l'Algérie, consacrée à la jurisprudence civile, traduction de Nicholas Perron.

Notons que Perron utilise des procédés typographiques (les crochets) pour séparer ce qu'il considère un *détail* juxtaposé à l'idée principale. Tel n'est pas le cas dans le texte original.

Le meilleur exemple d'un énoncé islamique typique serait sans doute celui d'*al-Mouwatta'e*.

Dans l'énoncé qui suit<sup>37</sup>, Malek traite de la vente aléatoire :

*Bab<sup>38</sup> les dettes à usure yahya ibn malek a rapporté de abi azannad de bousr ibn said de oubayd, de abu saleh le domestique d'al-saffah qu'il a dit j'avais vendu pour un certain délai un vêtement qui m'appartenait à des gens de najhlé puis voulant quitter al-Koufa ils me proposèrent de me verser le prix comptant en faisant remise j'allais demander à ce propos zaid ben tabit qui me dit je ne t'ordonne ni de faire cela ni de laisser aux autres le droit de le faire Malik a rapporté de othman ibn hafss ibn khaldà de ibn chihab de salem ibn Abdallah de abdallah ibn Omar qu'on demanda à celui-ci ce qu'en est d'un homme qui devant à terme une dette à un autre et demande au créancier de lui faire remise pour s'en acquitter avant que la date ne soit échéante abdallah ibn omar a désapprouvé cela et même l'a prohibé Malek a rapporté que zaid ben aslam a dit l'usure à l'époque antéislamique consistait au fait qu'un homme devant une dette à un autre et le cas échéant il disait veux-tu me la payer ou tu la paieras ultérieurement avec un intérêt ainsi s'il paye l'autre aura ce qui est de son droit autrement il lui accordera un délai après la dette accroitra d'un certain intérêt Malek a dit ce qui incontestablement répugné chez nous c'est que l'homme ayant une dette à payer à un autre que le premier fasse remise au second afin de récupérer son argent avant son terme ce qui par conséquent est à comparer au cas où un créancier accordera un délai à son débiteur en augmentant la dette d'un surplus cela est sans doute de l'usure malik a dit concernant un homme qui doit à un autre une dette de cent dinars et à terme à l'échéance de la date que le débiteur dise au créancier vends-moi une marchandise au prix comptant de cent dinars et de cent cinquante dinars à terme Malek répondit c'est une vente qui n'est pas admise et tel est toujours ce qui est de répugné par les hommes versés dans le ilm<sup>39</sup> malik interprétant la cause de cette répugnance dit c'est que le créancier aurait dans ce cas vendu au débiteur la marchandise à son prix réel en lui retardant le paiement des cent dinars à terme ce à quoi il ajoutera cinquante dinars à cause de retardement cela est répugné et inadmissible d'ailleurs il est à comparer à ce que zaid ben*

---

<sup>38</sup> Nous avons établi une comparaison entre plusieurs versions arabes (anciennes et contemporaines) et plusieurs traductions. À la suite de cette comparaison, nous avons choisi d'emprunter la traduction de ce chapitre (*bab*) à Iman Sayad, *al-Mouwatta'e* par l'imam Malek ibn Anas, (2000, p. 401-402). Nous y avons toutefois apporté des modifications aussi bien sur le plan de la forme que sur celui du fond dans une tentative de rendre l'esprit de l'énoncé islamique. Sur le plan du fond, nous avons restauré la chaîne de transmission (de tel, tel, que tel a rapporté) que la traductrice avait omis de rendre dans sa traduction, les personnes citées n'étant pas connues dans l'esprit occidental. Sur le plan de la forme, nous avons éliminé la ponctuation, la majuscule et les guillemets (l'arabe classique ne connaît pas ces formes). Nous avons également rendu au texte sa forme originale, c'est-à-dire une présentation sans paragraphes. Sayad a adapté le texte de Malek au modèle textuel français. Elle a utilisé la ponctuation, des guillemets pour les citations, des points et des virgules. Elle a procédé à la séparation du texte en paragraphes et a séparé le titre du corps de texte. Afin de rendre le texte accessible au lecteur occidental, la traductrice définissait certains termes arabes ou de lieu dans le texte.

<sup>39</sup> Ajout de notre part au texte traduit. Le terme « *ilm* » signifie « science du fiqh ».

*aslam a rapporté concernant la vente à l'époque antéislamique où une fois les dettes étaient à l'échéance de la date ils disaient ou que l'on paie ou que l'usure entre en jeu la somme remise le créancier aura acquis ce qui est de son droit sinon la somme sera augmentée d'un certain intérêt à payer à terme*

Comme on peut le constater à la lecture des exemples ci-dessus, il existe une opposition évidente (généralisation c. concision, analyse c. synthèse) entre les textes qui font l'objet de notre étude. L'un prône les explications et les définitions, l'autre la généralisation et l'interprétation. Poursuivant un idéal de précision, les *fouqaha* ne laissent aucune place à l'ambiguïté. Dans l'exemple de Malek, il y a bien l'idée générale selon laquelle l'usure est prohibée chez le musulman, mais pour appuyer cette idée viennent un ensemble de « détails », de subtilités « raffinées dans l'hypothèse » (Chehata 2005, p. 57), d'arguments, d'explications et de renvois aux dires des compagnons du Prophète. L'établissement d'une exemplarité (renvoi aux compagnons du Prophète), en plus de conférer une forme de légitimation à la règle adoptée, viserait à éviter, dans l'esprit des *fouqaha*, tout dérapage et constituerait des balises permettant au juge de ne pas s'écarter du chemin de la justice et de ne pas tomber dans l'arbitraire. Le traitement réservé au cas par cas viserait à éviter l'édiction d'une disposition qui peut s'appliquer à une multitude de situations différentes comme c'est le cas de l'énoncé civiliste. Ce traitement implique généralement une forme particulière d'énonciation qui peut varier d'un cas d'espèce à un autre : on cite la chaîne de transmission, on présente le litige, les faits et la solution. La solution est déduite par analogie après citation de plusieurs exemples, rapportés par des personnes fiables et connues. Au passage, il peut y avoir nécessité de définir le terme objet du litige, les termes pouvant désigner la même notion (synonymie ou polysémie) ainsi que les nuances entre ces termes<sup>40</sup>. De ce fait, ce qui peut être perçu dans un esprit civiliste comme une source d'anarchie ou de rejet d'uniformisation terminologique n'est en réalité qu'une quête de précision et une tentative d'éviter l'ambiguïté terminologique. Une telle façon de faire se situe aux antipodes du principe de concision à objectif scientifique prôné par les défenseurs de la codification civiliste.

---

<sup>40</sup> D'un point de vue terminologique, le vocabulaire utilisé par les différentes écoles pouvait parfois être très varié. Par exemple, l'option de vente *khayar chartt* chez les hanafites est dénommée *bay'e al-khayar* chez les malikites et *bay'e attarawi* chez les chaféites.

Dans la mesure où il existe une différence fondamentale entre l'énoncé islamique et l'énoncé civiliste (terminologie et procédés d'argumentation), il est légitime de se poser la question sur le processus de prise de décision du traducteur durant les opérations de traduction. Quelle est la forme (texte, article et terme) choisie pour rendre vers l'arabe un énoncé législatif civiliste et quels sont les moyens adoptés pour créer cet énoncé? Dans la mesure où les droits en cause sont d'office qualifiés de différents, y a-t-il eu une lutte de revendication au bout de laquelle une des formes l'emporterait sur l'autre?

## 1.2 Cadre théorique

Nous plaçons la présente recherche au sein de l'approche sociologique à la traduction. Dans cette approche, les chercheurs (Gouanvic, Inghilleri, Wolf, entre autres) empruntent certains concepts sociologiques, pas nécessairement récents, afin de présenter la traduction, non plus uniquement comme un fait culturel, mais aussi comme fait social dont les acteurs subissent les contraintes de l'espace social dans lequel ils sont placés.

L'approche sociologique à la traduction, laquelle sera traitée en détail au chapitre II, reproche aux autres théories, notamment les modèles systémiques et culturels ainsi que les sous-modèles qui y font suite (sociocritique ou postcolonialisme, par exemple), de mettre l'accent sur le rapport entre le texte original et sa traduction (Heilbron et Sapiro 2002, p. 3), occultant ainsi plusieurs autres rapports, dont la complexité de l'opération de traduction ou les effets de la traduction dans une société donnée. Elle propose une perspective généralement extralinguistique (Heilbron et Sapiro) dans laquelle le processus de traduction commence avant l'ordre de traduire (choix du texte à traduire) et va au-delà du texte produit (commercialisation, marché et réception). Au cours de ce processus, les acteurs (rédacteurs, traducteurs, éditeurs, entre autres) qui interviennent sur le texte ainsi que les interactions qu'ils peuvent avoir entre eux sont pris en considération. L'accent mis sur l'ensemble des acteurs reflète une volonté réelle de dépasser l'intérêt porté uniquement au traducteur jusque-là. Il s'agit probablement de l'aspect le plus important apporté par les tenants d'une approche sociologique à la traduction. L'approche sociologique n'occulte pas pour autant le traducteur. Celui-ci n'est plus considéré comme un « médium », mais désormais comme un acteur dont l'apport à la société n'est pas à minimiser. Des instruments comme l'*agent*, l'*habitus* ou l'*illusio* (Bourdieu) permettent justement une plus

grande visibilité de cet acteur traductionnel, non seulement dans son texte, mais également dans la société à laquelle son œuvre est destinée. Dans notre recherche, la traduction est considérée à la fois comme un évènement de société et comme un évènement de langue observable et susceptible d'engendrer des effets dans l'espace et la langue juridiques de la société cible. Par évènement de société, nous entendons la naissance d'une nouvelle manière d'agir, de classifier, de penser la règle juridique, impliquant elle-même un certain aller-retour entre la règle d'origine et la règle importée. Par évènement de langue, nous nous posons des questions sur les effets de la rencontre entre deux droits sur la langue de la société réceptrice. La traduction comme évènement a doublement lieu dans la sphère géographique qui nous intéresse. D'abord, à cause de certaines circonstances sociopolitiques, le législateur (français à l'origine) y a eu recours pour créer un droit pour une société qu'il disait vouloir faire évoluer vers la modernité. Ensuite, c'est la traduction qui servira au législateur (marocain cette fois-ci) à faire appliquer une législation rédigée dans une langue autre que celle utilisée par les citoyens devant les tribunaux, puisque la majorité des Marocains parlent une forme dialectale de l'arabe, très différente de l'arabe classique dans lequel la traduction a été effectuée.

Bien qu'elle ait orienté notre réflexion tout au long de la partie théorique de notre recherche, l'approche sociologique semblait limitée quand est venu le temps de l'analyse textuelle. De plus, la nature même de notre corpus étant différente des textes (littéraires) généralement analysés par les chercheurs, les outils d'analyse proposés ne semblaient pas répondre aux besoins de notre analyse comparative portant sur plusieurs textes législatifs, composés eux-mêmes de plusieurs droits relevant de systèmes différents<sup>41</sup>. Par conséquent, nous avons dû faire appel aux travaux portant sur la traduction juridique en milieu bijuridique et bilingue. Il s'agit notamment des travaux de Gérard Cornu, Gérard-René de Groot, Malcolm Harvey et Susan Sarcevic. Nous avons également puisé dans les travaux de Baudouin Dupret dont le champ d'intérêt porte sur la sociologie juridique. Notre recherche se trouve ainsi à la frontière de la traductologie (sociologique), de la sociologie (juridique) et du droit comparé.

---

<sup>41</sup> Cette question sera traitée en détail dans le chapitre II de notre thèse (l'état de la question).

### 1.3 Corpus et raison du choix des codes civilistes

Notre corpus d'analyse se compose de quatre textes législatifs de droit civil. Il s'agit du *Dahir des obligations et des contrats* marocain, adopté en 1913 et du *Code des obligations et des contrats* tunisien, adopté en 1906 ainsi que des versions en arabe de ces deux textes législatifs, publiés respectivement en 1965 et en 1906. Nous avons affaire à deux textes sources traduits vers la même langue, l'arabe, mais à un intervalle de plus de cinquante ans. À côté de nos textes primaires, nous avons dû consulter plusieurs textes législatifs civilistes (Code Napoléon, le *Bürgerliches Gesetzbuch* « BGB » ou code civil allemand), islamiques (*Mokhtassar*, par exemple) ou dits modernes (code civil égyptien), entre autres.

Plusieurs raisons ont motivé le choix de ce corpus. En premier lieu, un intérêt particulier pour les systèmes juridiques qui ont donné naissance aux textes composant notre corpus ainsi que le rapport d'hypertextualité<sup>42</sup> très marqué qui caractérise ces textes (relation entre plusieurs codes : français, égyptien, koweïtien). Dans cet ordre d'idées, un facteur particulier a quelque peu déclenché notre réflexion. Il s'agit de la curiosité de vérifier une idée émise par plusieurs auteurs, tous des juristes ou des juristes comparatistes (Blanc, Charfeddine, Kettani, entre autres) selon lequel il y aurait une symbiose *parfaite* entre les droits en cause dans les codes. D'autres, comme Allal El-Fassi (Maroc) ou Tarek El-Bishri (Égypte) voient dans toute élaboration sur le modèle européen une œuvre d'aliénation culturelle et juridique. Devant le danger de subjectiver la recherche en considération des points de vue allant d'un extrême à l'autre, des lectures subsidiaires nous ont servi à nous faire une idée objective propre, loin des affirmations prônant des déclarations passionnelles et même contradictoires. Autrement, nous nous serions perdue dans l'analyse d'un contenu très spécialisé et parfois hautement subjectif. En deuxième lieu, il y a la prise de conscience du décalage entre les circonstances de réalisation des versions arabes, dont les fonctions étaient différentes, de textes rédigés initialement en français, élaborés dans des contextes sociohistoriques différents, faisant appel à des hommes dont l'*habitus* et les outils de travail étaient inégaux. Un facteur de poids intervient à ce stade, soit la relation que le traducteur entretient avec le texte à traduire. Cette relation produit des

---

<sup>42</sup> L'hypertextualité est l'ensemble de relations qui peuvent exister entre deux ou plusieurs textes. Selon Gérard Genette (1982, p. 11), il s'agit de « toute relation unissant un texte B (hypertexte) à un texte antérieur A (hypotexte) sur lequel il se greffe d'une manière qui n'est pas celle du commentaire. »

effets sur la manière dont ce texte est perçu et géré par les traducteurs ainsi que sur le texte traduit lui-même. En troisième lieu venait le désir de trouver la réponse aux déclarations parfois émises en des termes très durs, de « mauvaise traduction » et de l'étrangeté du D.O.C. marocain par rapport à l'affirmation de la parfaite rédaction (islamique) du C.O.C. tunisien. Comment peut-on quantifier l'étrangeté ou l'islamité d'un code? À quel moment peut-on dire qu'un code est mal traduit? Sur quels critères se basent les critiques pour lancer de telles affirmations? Et plus globalement, comment se fait-il qu'après des décennies d'application effective devant les tribunaux, la question de l'origine étrangère des textes sources de notre corpus se pose encore? Se peut-il que la référence à l'origine étrangère soit le reflet d'un conflit entre le droit préexistant et le droit traduit? En dernier lieu viennent des questionnements sur le peu d'intérêt accordé au droit des obligations et des contrats proprement dit dans le champ traductologique. En effet, bien que la problématique du transfert juridique soit bien abordée, les travaux demeurent malheureusement cantonnés au statut personnel (mariage et divorce<sup>43</sup>, surtout). Cette matière offre certainement des situations où la différence est très marquée et où le conflit entre deux droits est le plus manifeste, mais l'intérêt qui lui est apporté occulte une partie importante de la vie juridique des pays qui ont subi un transfert juridique. De plus, l'exclusion de tout aspect autre que celui relevant du statut personnel de la réflexion sur le transfert des connaissances juridiques laisse faussement croire que le droit civil adopté est complètement laïc, ce qui n'est pas tout à fait vrai.

Terrain de rencontre entre deux modèles textuels, notre corpus d'analyse se prête à un travail pluriel : l'étude des causes et des effets de la traduction en tant que procédé législatif par lequel le législateur, au lieu de codifier le droit du Propre, a choisi de traduire le droit de l'Autre; l'observation de la traduction comme lieu de rencontre de plusieurs cultures, de traditions et de langues juridiques; l'exploration des œuvres, des choix et des motivations des traducteurs

---

<sup>43</sup> À titre d'exemple, citons la thèse de Abdel Karim El-Amari, *L'expression du droit (en arabe, français et anglais) et les problèmes de traduction – le cas du droit civil*, Metz, Université de Metz, 2001. Du côté sociologique, citons l'ouvrage de Beaudoin Dupret, *Au nom de quel droit* (2000) et le mémoire d'André Poupard « Adaptation et immutabilité en droit musulman : illustrées par l'expérience marocaine », Université de Montréal, 2008.

pendant l'opération de traduction elle-même; et enfin l'analyse traductionnelle comparative de textes législatifs dans un espace géographique, historique et social singulier<sup>44</sup>.

#### **1.4 Méthodologie et délimitation des éléments observés : le terme et le style**

Comme notre corpus était constitué de textes spécialisés dont la nature même nous obligeait à puiser aussi bien dans la théorie traductologique d'inspiration sociologique que dans le droit comparé (en ce qui a trait à la terminologie et au style), il n'était pas possible, au fur et à mesure de l'avancement de notre recherche, de fonder notre analyse comparative sur une méthodologie complètement préétablie. Les difficultés particulières à la méthodologie adoptée dans la présente recherche seront expliquées en détail dans le dernier chapitre de notre thèse.

Après avoir délimité le champ d'analyse, à savoir le droit des obligations et des contrats, qui constitue la matière juridique commune aux codes constituant notre corpus, nous avons choisi de remonter aux versions originales, soit aux textes français. Les codes en arabe ayant subi des interventions, parfois officieuses, un retour aux sources était nécessaire. Nous nous sommes fondée, en ce qui concerne le code tunisien, sur la version française officielle de 1906<sup>45</sup>. Pour ce qui est du texte marocain, nous avons retenu la version première de ce code, celle qui a été publiée en 1913, en langue française. Cette version constitue l'unique version officielle jusqu'à nos jours puisqu'elle a été publiée dans le Bulletin officiel. La version arabe arrêtée est celle de 1965, qui, bien qu'elle ne soit pas officielle, a le mérite, selon les avis des praticiens marocains (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 9)<sup>46</sup>, d'avoir été publiée dans une revue sérieuse, soit la *Revue de la justice et du droit*<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Depuis une dizaine d'années, on constate l'apparition d'une sociologie juridique francophone dont le champ d'investigation porte sur les circonstances de production, de transfert et de mutation des connaissances juridiques dans une aire géographique en particulier, notamment le monde arabe. En effet, dans cette partie du globe, il est encore possible d'observer non seulement les effets de la réception du droit civil, mais aussi les frictions qui existent entre le droit reçu et le droit existant. Nombre de sociologues juridiques et de juristes comparatistes tentent de saisir la portée et les effets du phénomène de la réception du droit civil dans des pays régis par un autre droit. Cependant, dans le traitement du phénomène de réception d'un droit étranger, la traduction est souvent traitée d'une manière subsidiaire, l'intérêt étant souvent porté aux causes, aux effets et aux modalités de la réception juridique. Il en résulte une certaine forme de marginalisation de la traduction et du traducteur. Un tel constat nous semble étonnant parce que la diffusion du nouveau droit se heurte souvent à l'obstacle de la langue, nécessitant par conséquent un recours à la traduction.

<sup>45</sup> Cependant, à des fins de comparaison et de compréhension de la technique rédactionnelle de la codification tunisienne, nous avons dû consulter les avant-projets du code tunisien (entre 1896 et 1899).

<sup>46</sup> Dans la préface à l'édition 2009 du Code des obligations et des contrats marocain.

<sup>47</sup> La *Revue de la justice et du droit* est une revue marocaine mensuelle publiée en arabe par le ministère de la Justice. Cette revue a vu le jour à la fin du protectorat. Elle se voulait un véhicule de l'information juridique (lois et règlements).

L'étude de notre corpus nous a poussée à mettre l'accent sur deux éléments essentiels : le terme et le style. Ces deux aspects sont souvent traités de façon accessoire par les juristes comparatistes et les sociologues juridiques intéressés aux rapports entre le droit civil et le droit musulman.

Or, lorsque le législateur décide de traduire *en bloc* un code ne présentant pas de similitudes avec la réalité juridique du pays récepteur, la traduction risque de se heurter à des difficultés terminologiques majeures, dont l'insuffisance des ressources terminologiques ou même l'inexistence de celles-ci. En traduction générale, plusieurs procédés ont été mis en place pour aider à décrire un texte traduit. Dans leur ouvrage *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, Vinay et Darbelnet divisent les procédés de traduction en deux catégories : les procédés de traduction directe (littérale) et les procédés de traduction oblique (non littérale) (Vinay et Darbelnet, 1967, p. 46-55). Les premiers sont utilisés entre les langues qui partagent une certaine similitude de structure, les seconds sont utilisés surtout entre les langues différentes sur le plan structurel et conceptuel. Selon les procédés choisis, la traduction peut être sourcière ou cibliste, c'est-à-dire orientée vers le texte source ou le texte cible. Les procédés sont l'emprunt, le calque, la traduction littérale, la transposition, la modulation, l'équivalence et l'adaptation. Bien que l'ouvrage de Vinay et Darbelnet soit utilisé dans les cours de traduction générale, la réflexion sur les procédés de traduction s'articule généralement autour de la traduction littéraire. En traductologie juridique, c'est-à-dire au sein de la réflexion entourant la traduction des textes juridiques, le nombre de procédés auxquels les auteurs font appel est réduit. Le texte juridique étant par nature soumis à certaines contraintes (respect absolu du sens, interprétation limitée, entre autres), les procédés sont difficilement repérables<sup>48</sup> lors du processus de traduction d'un texte de cette nature. Généralement, c'est la notion d'équivalence qui est souvent invoquée pour traiter les solutions dont dispose le traducteur dans le traitement des problèmes de traduction. Harvey (2002, p. 41) donne une définition très large de l'équivalence : « une traduction possible dont l'acceptabilité est soumise à un certain nombre de variables ». Plusieurs types d'équivalence sont présentés pour traiter les divergences notionnelles partielles ou complètes qui peuvent toucher le terme. On parle par exemple d'équivalence fonctionnelle (équivalente naturelle) (*ibid.*), d'équivalence formelle,

---

<sup>48</sup> Dans le texte marocain par exemple, la frontière entre le calque et le néologisme est très mince. Ce qui est principalement dû à la maîtrise de la langue cible dont le traducteur fait preuve.

d'équivalence explicative et de transposition. Harvey (2009, p. 81) traite de l'équivalence culturelle, de l'équivalence linguistique, de la traduction explicative et de la transcription (accompagnée éventuellement d'une glose). Dans les lignes qui suivent, nous allons traiter de l'équivalence fonctionnelle, de l'équivalence formelle, de la traduction explicative, de la transcription et du néologisme. Il s'agit de techniques que le traducteur utilise chaque fois qu'il se trouve devant un casse-tête terminologique. L'équivalence fonctionnelle, que Harvey renomme « équivalence culturelle » dans un article publié en 2009, désigne un concept ou une institution de la langue cible qui remplit une fonction similaire dans la langue de départ (Harvey 2001, p. 42; Sarcevic 1997, p. 236). Il s'agit d'une adaptation interculturelle (Harvey 2001, p. 42). Selon Pigeon : « Le principe même de l'équivalence fonctionnelle signifie que l'on traduit en utilisant un mot qui ne correspond pas rigoureusement au même concept juridique, mais à un concept analogue » (1982). L'intérêt de ce type d'équivalence est qu'elle est « esthétiquement satisfaisante » (*ibid.*) et place le récepteur sur un terrain familier. Le recours à cette technique se traduit concrètement par l'emploi de termes connus du lecteur qui permettent à ce dernier d'avoir « une compréhension minimale, ou en tout cas l'illusion de compréhension » (Harvey 2000-2001, p. 42) créant ainsi une impression d'authenticité (Harvey 2009, p. 81) chez le lecteur profane. Cette technique, sans danger dans un contexte littéraire, « est à manier avec précaution » (*ibid.*, p.82) en traduction juridique, car elle peut mener à des incongruités (anomalies, ambiguïtés, différences dans le champ sémantique) (Harvey 2000-2001, p. 42) et « corrompre la langue par le calque servile qui ne respecte pas le génie de la structure » (Pigeon 1982). L'exemple classique donné par la majorité des auteurs qui traitent de l'équivalence fonctionnelle est la traduction du terme « hypothèque » par « mortgage » (Sarcevic 1997, Harvey 2001). La charge culturelle de ce type d'équivalence est importante. C'est une technique culturellement apaisante pour la société réceptrice d'un droit étranger. Par contre, étant foncièrement cibliste, elle ne peut échapper à l'accusation d'ethnocentrisme (Harvey 2009, p. 82). Elle peut être aussi un moyen d'affirmation d'identité culturelle<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Harvey traite du cas du Québec. Il affirme que l'équivalence fonctionnelle a permis à un peuple d'affirmer « une certaine autonomie sociopolitique et culturelle et de retrouver le "génie de la langue française" » (2001, p. 43).

L'équivalence formelle, quant à elle, est une équivalence linguistique qui consiste à traduire mot à mot (Harvey 2002, p. 43). Il s'agit de termes introduits dans la langue cible, mais qui n'existaient pas dans celle-ci. Il en est ainsi de l'exemple « cour constitutionnelle » pour désigner « constitutional council » ou de « cour d'assises » traduit par « assize court » (*ibid.*). Sourcière, ce type d'équivalence ne manque pas d'insérer des éléments artificiels (*ibid.*) dans la langue cible. Elle serait aussi plus respectueuse de la culture et de la langue source, dans la mesure où « loin de gommer la différence, elle l'assume et dans certains cas l'accentue » au risque de « sentir la traduction » (Harvey 2009, p. 83). Parce qu'elle peut donner lieu à des faux amis et à des calques (Harvey 2001, p. 44), l'équivalence formelle ne devrait être utilisée que s'il n'existe pas d'équivalent fonctionnel acceptable (Sarcevic 1997, p. 259). Les emprunts fréquents à la terminologie source peuvent donner lieu à un texte que le lecteur du système juridique cible peut trouver *étrange*. Ceci même dans le cas où ce lecteur possède déjà des connaissances du système notionnel et terminologique déjà existant avant le transfert juridique.

La traduction explicative (nommée équivalence descriptive par Dullion 2007, p. 143) consiste à expliquer des particularités culturelles par le recours à des termes génériques. Par exemple, la classification « crime », « délit » et « contravention » sera rendue par « major offence », « serious crime » et « minor offence » (Harvey 2002, p. 46). Comme elle prend souvent les allures d'une périphrase explicative (Ost 2009, p. 63), cette forme d'équivalence présente l'inconvénient de ne pas « trouver une formulation succincte et sans ambiguïté » (*ibid.*). Cette notion est nommée « expansion lexicale » par Glanert (2011, p.189 et s.) et « vise à faire appel à une pluralité de mots de la langue juridique cible afin de rendre avec la plus grande précision possible un concept de la langue source ». En élargissant le champ sémantique d'un concept juridique étranger, ce procédé présente l'intérêt de faire ressortir sa spécificité. La paraphrase consiste à « reformuler un mot technique de la langue juridique source à l'aide d'un ensemble de mots de la langue courante cible ». Ce procédé consiste à décrire le concept étranger, faute d'en trouver un équivalent précis dans la langue cible.

La transcription consiste à reproduire le terme d'origine et à l'accompagner *éventuellement* d'une glose ou explication à la première occurrence (Harvey 2009, p. 83). Harvey (2000, p. 45) en donne un exemple : « *The Cours d'assises – The courts that try such serious crime as*

murder, rape and robbery »<sup>50</sup>. Dans cette technique, le terme n'est pas traduit, mais il est greffé dans la langue d'arrivée. La glose ou l'explication servent à faciliter la compréhension du terme emprunté. Parfois le traducteur recourt aussi à des notes de bas de page où il explique les différences ou les ressemblances entre un terme de la langue source et celui de la langue cible<sup>51</sup>. Sur le plan textuel, s'il ne recourt pas à des notes ou à des gloses, le traducteur procède souvent au marquage du terme emprunté dans une volonté d'indiquer son origine étrangère. Ce marquage se traduit par l'emploi de guillemets, de l'italique ou de parenthèses. Ce type d'équivalence peut refléter le rôle actif (Harvey 2009, p. 84) du traducteur. Il peut également refléter un constat de non-équivalence complète ou surtout, une situation de vide terminologique où le traducteur, serré par des contraintes de temps, n'a pas le choix que de transcrire le terme vers la langue cible, en espérant qu'il soit compris au moins par le juriste. Le concept de « transcription » s'apparente dans une certaine mesure à celui d'« emprunt » présenté par Glanert (2011, p. 189 et s.). Pour cette auteure, l'emprunt consiste à insérer un terme de la langue source dans la langue cible. Il s'agit selon Glanert (p. 193) d'un renoncement à la traduction. L'emprunt excessif, en plus d'être un échec de la traduction, risque de rendre la langue cible étrangère à ses propres destinataires.

Le néologisme consiste en la création d'un nouveau terme dans la langue cible. Il prend généralement l'une des quatre formes suivantes : l'attribution d'un nouveau sens à un mot existant de la langue courante, le changement de signification d'un terme de la langue spécialisée, l'importation d'un terme d'un autre système juridique ou la création d'un terme nouveau qui n'a jamais existé dans la langue cible. Le procédé de néologisme pose un problème dans les contextes d'élaboration des versions analysées dans notre travail. Dans la mesure où le droit traduit est importé en bloc, doit-on s'attendre au recours massif, par les traducteurs, à la création terminologique?

La catégorisation d'équivalences n'étant pas absolue, un traducteur peut souvent combiner les types d'équivalences (Sarcevic 1985, p. 131-132, Dullion 2007, p. 143), en fonction de la

---

<sup>50</sup> Harvey traite à ce stade de la doctrine. Une glose n'est jamais de mise, du moins dans le corps de texte, dans un code. Elle pourrait toutefois l'être si un code est accompagné de commentaires, ce qui n'est pas le cas de notre corpus.

<sup>51</sup> Ainsi est la traduction de Perron du droit musulman. Notons que ce type de traduction est le produit d'une exploration coloniale cherchant à connaître dans les moindres détails une société à coloniser potentiellement.

complexité du texte à traduire, d'où la difficulté de reconnaître le procédé suivi dans certaines situations. Dans un corpus comme le nôtre, les frontières sont souvent non seulement difficiles à délimiter entre les procédés de traduction reconnus en traductologie, mais elles poussent à un questionnement sur la nature même de ces procédés. En effet, ayant été établis pour les besoins de langues souvent cousines (anglais et français, entre autres), sont-ils valables lorsqu'on est en présence de deux langues complètement différentes? Par exemple, il est souvent difficile de délimiter les frontières entre le calque et la création terminologique en raison de la maîtrise dont dispose le traducteur de la langue cible. Il est également difficile dans notre contexte d'analyse de séparer un équivalent formel d'un néologisme. Pour revenir à la classification de Vinay et Darbelnet, la transposition (changement de la catégorie grammaticale) se constate dans notre corpus bien plus dans la comparaison entre les textes cibles qu'entre ceux-ci et le texte source. La modulation, quant à elle, est un procédé auquel recourt le traducteur de la version tunisienne bien plus que celui de la version marocaine. Les frontières entre les deux sont difficilement tranchées. Nous traiterons de ces tendances traductionnelles dans le dernier chapitre de ce travail.

En droit comparé, on ne parle pas d'équivalence, notion clé en traductologie, mais plutôt de correspondance. L'aspect traductionnel est traité d'une façon accessoire au sein de la problématique générale de transfert (ou de réception, selon le point de vue où l'on se place) du droit. Toutefois, les juristes comparatistes sont bien conscients qu'un terme appartient simultanément à un système linguistique et à un système juridique (Gambaro 2011, p. 7) et que cette appartenance peut poser des problèmes terminologiques et notionnels importants pour le traducteur. Dans un cas de transfert juridique, le traducteur peut se retrouver devant deux éventualités, notamment la non-existence d'équivalence ou l'existence incomplète d'un terme correspondant (Papachristos 1975, p. 76 et s.). Dans la première éventualité, le traducteur se retrouve dans une situation où la langue cible ne contient pas le terme juridique équivalent pour traduire le terme de la langue source. Dans ce cas, il n'a pas d'autre choix que de « construire *ex nihilo* un terme correspondant » (*ibid.*). Son œuvre est toutefois artificielle dans la mesure où la valeur sémantique correspondante fait défaut dans la société réceptrice. Il s'agit là de néologismes, une opération par laquelle le traducteur choisit de créer dans la langue cible le terme nécessaire exprimant le sens du terme étranger (Sacco 1991, p. 31). La deuxième

éventualité se présente en des termes différents. En effet, cette fois-ci, le terme correspondant existe bien dans la langue cible, mais « la valeur sémantique de celui-ci est différente » (Papachristos 1975, p. 76). Dans ce cas, la traduction est plus facile, mais incomplète dans la mesure où « la saisie de la signification exacte » (*ibid.*) du terme fait défaut. Le résultat de la correspondance est ce qu'on peut appeler l'« homologation »<sup>52</sup> (Sacco 1991, p. 32). Cette opération consiste en la « nécessité de réduire la catégorie, utilisée dans le système étudié, à des éléments ayant leurs correspondants dans le système qui s'exprime dans la langue de la traduction » (*ibid.*). Une troisième éventualité, évoquée par Sacco (1991, p. 31) existe. Le traducteur se trouve devant une situation où il est obligé de *ne pas traduire* (intraduisibilité). C'est le cas des termes très sociologiquement marqués comme *chari'a*, *kolkhoze*, *executor*, entre autres (*ibid.*). En effet, « un système emploie parfois des termes et des notions qui n'ont pas d'équivalents dans un autre pays et ne correspondent à aucun concept connu des juristes de ce pays ni à aucune terminologie existant dans leur langue » (Gambaro, 2011, p. 7). Cette intraduisibilité peut même être la source d'une prise de position du traducteur comparatiste qui refusera de traduire (Ost 2009, p. 63). Ce qui lui donne un pouvoir décisionnel assez important.

Au-delà des questions terminologiques, la traduction d'un code civiliste pose un problème supplémentaire : la traduction du style<sup>53</sup>. Si le traitement terminologique est théoriquement possible grâce à des instruments bien établis (procédés de la traduction) dans l'espace traductologique, le traitement du style se pose en des termes différents. Présentant des traits qui lui sont propres (formulations figées, généralisation), le style civiliste semble être un concept qui n'a pas de définition encore arrêtée ni de caractéristiques bien claires. Dans un espace où l'on donne souvent la préférence au fond par rapport à la forme, cette situation ne relève pas de l'anormal. Lors de la célébration du centenaire du Code civil du Bas-Canada, René David

---

<sup>52</sup> Le concept d'homologation a un équivalent traductologique, plus spécifiquement en terrain sociologique. Il s'agit du concept d'homologie auquel Gouanvic (2007, p. 69) fait appel « pour dégager les déterminations productrices » de la relation de transformation qui s'opère durant une entreprise de traduction. Concept bourdieusien, l'homologie « peut être décrite comme une ressemblance dans la différence. Parler d'homologie entre le champ politique et le champ littéraire, c'est affirmer l'existence de traits structurellement équivalents – ce qui ne veut pas dire identiques – dans des ensembles différents ». Pour cet auteur, « la traduction serait éthiquement une construction d'homologies fondées sur la signifiante concomitante des textes source et cible » (*ibid.*, p. 46-47).

<sup>53</sup> Comme il « existe non pas un seul, mais une pluralité de styles juridiques » (Cornu 2007, p. 61), nous portons notre intention, dans la présente recherche, uniquement sur le style législatif, c'est-à-dire le style de la loi civiliste. Nous faisons ainsi une distinction entre le style législatif et ce qui est généralement appelé le style juridique.

affirmait qu'« un code civil, c'est un style » (Baudouin 2005, p. 624)<sup>54</sup>. Paul-André Crépeau définit le style comme « une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer la règle de droit et qui transcende les politiques législatives mouvantes selon les époques de l'histoire d'un peuple » (1978, p. xxix; cité dans Auger 2003, p. 50). Dans son questionnement sur le style civiliste, Auger (2003, p. 50<sup>55</sup>) affirme qu'un esprit juridique serait bien tenté de préférer le fond à la forme. Pourtant, ajoute-t-il, « il suffit de quelques secondes de réflexion pour constater que ce qui caractérise le droit civil, si caractère il y a, ne peut pas être dans le message que véhicule la règle » (*ibid.*). Étroitement lié à la « démarche de l'esprit juridique » (Cornu 2007, p. 61) et différent de la langue courante, le style civiliste serait donc une manière précise de formuler un énoncé juridique dans le respect d'une certaine esthétique, une façon même de concevoir la règle de droit (Auger 2003, p. 57). Dans un article datant de 1972, Taber opère une distinction entre ce qu'il nomme la structure profonde ou sémantique et la structure superficielle ou formelle dont le style fait partie (Taber 1972, p. 57). Il affirme que le style est l'ensemble des choix qu'un auteur exerce entre les différents moyens formels (choix de structures, de tournures et de termes) possibles pour représenter une structure sémantique (*ibid.*, p. 56). Si les auteurs s'entendent sur le fait que le style civiliste a des « caractères distinctifs » (Auger 2003, p. 51) et qu'il constitue « la marque principale du droit civil » (Cornu 2004, p. 1017), il reste à trouver la manière dont on peut identifier ces caractères. Autrement dit, comment peut-on observer et ensuite décrire le style civiliste?<sup>56</sup>

Dans son analyse du langage juridique (2000), Gérard Cornu met en place quelques caractéristiques du style civiliste. Ces caractéristiques sont des écarts intentionnels (Cornu 2000, p. 314) qui reflètent la position du législateur, notamment le choix du ton et les effets de style (*ibid.*)<sup>57</sup>. Souvent, le choix du style est le résultat de son époque. Pour atteindre ce style, le

---

<sup>54</sup> Cette déclaration faite par David en 1966 a donné lieu bien plus tard à un ouvrage sur le style civiliste, soit *Le droit civil, avant tout un style?*, élaboré par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

<sup>55</sup> Cette contribution fait partie de l'ouvrage collectif *Le droit civil, avant tout un style?* dirigé par Nicholas Kasirer en 2003. Bien qu'il soit très intéressant, cet ouvrage peine à donner une définition du style civiliste.

<sup>56</sup> Cornu a bien réfléchi à la question du style législatif du code civil. Selon lui, « une étude du style est principalement descriptive ». Se voulant critique, il n'a pas échappé à la glorification de ce style dont le résultat est, selon lui, un art poétique (2000, p. 315).

<sup>57</sup> Sur le plan textuel, le législateur civiliste emploie certaines « marques fonctionnelles » (Cornu 2000, p. 267 et s.), lesquelles se subdivisent en marques ostensibles et en marques ordinaires. Les premières constituent des repères manifestes à l'œil du profane ou de l'étudiant en droit et se traduisent par un choix particulier des verbes (devoir, pouvoir, prohiber entre autres) et à leur place dans la phrase; par des termes indéfinis affirmatifs, négatifs ou indéterminés (tout, tous, chaque, chacun, nul, aucun,

codificateur civiliste recourt à une certaine manipulation de la syntaxe, notamment à des inversions et à des tournures impersonnelles. Les formules figées restent le marqueur le plus flagrant du style civiliste. La réaction du traducteur à ces manifestations typiques du style civiliste sera observée dans le dernier chapitre de notre thèse. En faisant suite à la pensée de Cornu (2000, p. 15) voulant que « lors d'un transfert dans une langue d'un droit né dans une autre, la nécessité de respecter le génie du droit transposé (son esprit, sa cohérence) », les traducteurs de notre corpus ont-ils essayé de transposer le *génie* du droit civil dans l'espace juridique marocain et tunisien? Sachant l'existence d'un style autre lors du transfert juridique opéré par la traduction, il est intéressant de s'interroger sur la marge de manœuvre du traducteur dans l'adoption ou le rejet (écarts intentionnels ou non, conditionnement culturel orientant certains choix) du style du code à traduire. En d'autres termes, l'atteinte d'un style législatif en particulier est-elle une quête en soi chez les traducteurs? Quelles sont les raisons (prise de position identitaire, religieuse ou politique, par exemple) qui peuvent justifier le choix d'un style au détriment d'un autre? Dans les textes traduits, les traducteurs ont-ils aspiré à rendre « la valeur stylistique de l'original » (Taber 1972, p. 61) en arabe ou au contraire, ont-ils cherché à s'en écarter?

Nous venons de brosser un tableau de procédés traductionnels susceptibles d'être utilisés par le traducteur dans une situation de transfert juridique ainsi que le problème particulier que peut poser la traduction d'un code au style marqué. Il s'agit maintenant de savoir si ces procédés ont été employés durant la double traduction de notre corpus ainsi que la manière dont ils auraient été utilisés par le traducteur-juriste qui, vu les circonstances, ne s'est probablement pas arrêté pour *penser* sa traduction.

## 1.5 Plan de la thèse

Notre thèse se compose de cinq chapitres. Après avoir présenté les éléments de la problématique qui sous-tend notre recherche dans un premier chapitre, nous avons veillé, dans le deuxième chapitre, à placer la recherche dans le cadre théorique duquel elle relève, notamment la

---

on, quiconque). Les secondes prennent la forme de la voix impersonnelle (on), à la voix passive, à la troisième personne du singulier (il est). Ces marques reflètent l'esprit de généralité qui caractérise le mode d'énoncé civiliste. Aussi, le législateur doit utiliser un langage technique, garant de précision et de clarté (autre principe de la méthode rédactionnelle civiliste).

traductologie d'inspiration sociologique. Nous traiterons dans ce chapitre d'un ensemble de questions théoriques en lien avec notre problématique, notamment le rapport de la traduction à la société à laquelle elle est destinée, aux acteurs qui sont intervenus dans le processus de traduction, ainsi que des effets de textes traduits dans l'espace du savoir de la société à laquelle ils étaient destinés.

Il serait réducteur d'appréhender la traduction en tant que phénomène social sans comprendre les facteurs historiques qui l'entourent et qui contribuent à ce qu'elle sera plus tard comme produit. C'est la raison pour laquelle nous consacrons le troisième chapitre à présenter les contextes historiques qui ont mené à la création des textes français de notre corpus. Il y sera question des facteurs historiques, politiques et sociaux qui ont donné naissance à la codification civiliste dans les deux pays du Maghreb (Maroc et Tunisie) ainsi que des sources juridiques de cette codification (sources islamiques et européennes). À travers l'exploration du *Dahir formant code des obligations et des contrats* et du *Code des obligations et des contrats* tunisien, nous constaterons la polyphonie juridique qui caractérise les textes sources de notre corpus. Dans cette analyse, un élément d'importance sera révélé : la grande place de la traduction (de l'arabe au français ou de l'allemand au français, entre autres) dans l'opération même de la codification tunisienne. Une section sera consacrée au rôle du codificateur-traducteur et à sa technique législative.

Le quatrième chapitre sera consacré au contexte historique et sociopolitique de la traduction des textes français de notre corpus vers l'arabe. Nous y suivrons la méthode rédactionnelle suivie par son présumé rédacteur (Stéphane Berge). Nous aborderons également dans ce chapitre les circonstances qui ont mené à la décision de traduire ainsi que quelques effets de cette décision dans l'espace juridique marocain.

Le cinquième chapitre portera sur l'opération de traduction proprement dite. Nous procéderons à l'analyse comparative des versions arabes de notre corpus. Nous y examinerons les dimensions terminologique et stylistique, et nous essayerons de mettre au jour la stratégie traductionnelle du traducteur du texte marocain en la comparant à celle du traducteur tunisien. Dans ce chapitre final, nous verrons s'il est possible de scruter rétrospectivement une traduction historique avec les moyens que nous offre actuellement la pensée traductologique.

## CHAPITRE 2 Traduction et société : état de la question

Depuis « la déclaration d'indépendance » (Hermans 1999) de la traductologie en tant que discipline autonome de la linguistique, celle-ci a connu bien des virages. Habituellement reconnue en tant qu'opération linguistique basée uniquement sur une approche textuelle, la traduction a vu son champ d'intérêt s'élargir à un tel point que le texte a été relégué au second plan au profit du traducteur et de l'environnement du texte traduit et que l'approche textuelle a cédé sa place à d'autres approches se réclamant des théories culturelles, postcoloniales ou sociologiques. Ce faisant, la traduction a gagné en complexité. C'est désormais une opération entre parties multiples qui subissent l'influence d'une culture et d'une société au sein desquelles le traducteur, acteur parmi d'autres acteurs aussi *agissants* que lui dans le processus de traduction, peut tenir un rôle important.

Cette évolution du champ d'action de la traductologie s'est déroulée grâce à plusieurs virages dans l'espace traductologique. Nous ne pouvons pas explorer tous ces virages. C'est pourquoi nous allons aborder uniquement ceux que nous jugeons pertinents à notre recherche, ceux qui ont contribué à créer un continuum naturel vers notre perspective d'analyser la traduction d'un corpus juridique aussi complexe que le code civil marocain (*Dahir formant code des obligations et des contrats*). Notre perspective sera foncièrement sociojuridique, mais elle fera aussi appel aux acquis socio-traductologiques sans se limiter à ceux-là<sup>58</sup>. En d'autres termes, nous procéderons à une lecture sélective des théories et concepts traductologiques de manière à mettre en relief les plus pertinents à notre analyse.

Dans le présent chapitre, nous situons notre recherche au sein du domaine dont elle relève, notamment la traductologie d'inspiration sociologique. En mettant en relief certaines idées traductologiques, nous cherchons à démontrer que les discours prédominants sur la traduction ont toujours été sociologiques et que le virage sociologique que connaît la traductologie à l'heure actuelle n'est qu'un juste retour à l'état initial des choses. L'exploration des virages qui nous semblent intéressants ne se fera pas d'un point de vue chronologique, mais plutôt par une

---

<sup>58</sup> Cette question sera traitée dans le dernier chapitre de la présente thèse.

présentation de ces virages et de leurs apports les plus pertinents, du point de vue de notre perspective de recherche, à la pensée traductologique.

## **2.1 Les quatre grands virages de la pensée traductologique**

Dans cette section, nous présenterons les théories qui ont constitué un tournant dans la manière de concevoir la traduction. Il s'agit des virages descriptif, culturel, postcolonial et sociologique. Nous procéderons à la présentation de chacun de ces courants ainsi que de leurs apports respectifs à la traductologie. Nous commencerons d'abord par le virage descriptif grâce auquel une *rupture* a été faite avec l'approche linguistique classique à la traduction, dominante jusque-là. Dans un premier temps, nous allons procéder à la présentation de ce courant; dans un second temps, nous nous pencherons sur son apport fondamental, à savoir les normes.

### **2.1.1 Le virage descriptif en traductologie**

Les travaux de J. S. Holmes<sup>59</sup> ont fait de la traduction « an exciting new discipline, perhaps the discipline of the 1990's » (Baker et Malmkjær 1998, p. xiii) qui ne cesse d'attirer les chercheurs de tous les horizons. Si le rôle de Holmes dans l'émergence de la traductologie en tant que discipline autonome est largement reconnu (Gentzler 2001, Hermans 1999, Munday 2001, Snell-Hornby 1991, Pym 1998), sa contribution majeure réside sans doute dans sa proposition « to lay aside prescription in favour of description » (Holmes 1988, p. 25, cité dans Hermans 1999, p. 28) et dans sa remise en question de la place accordée à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire au traducteur. Holmes divise la traductologie en deux grandes branches de recherche, soit une traductologie pure et une traductologie appliquée. La recherche pure se subdivise elle-même en recherche descriptive et recherche théorique. La première approche a prévalu sur la seconde grâce à la mise en place d'un modèle *scientifique* de description des traductions. Dans la perspective développée ultérieurement par de nombreux autres chercheurs, on s'intéressera désormais à mettre en relief quelques aspects observables (Hermans 1999, p. 7) de la traduction, à déplacer l'intérêt du texte source au texte cible, aux fonctions de la traduction (traduction dans un contexte socioculturel déterminé) ainsi qu'au

---

<sup>59</sup> Plus particulièrement « The Name and Nature of Translation Studies ». Cet article paru en 1972 est « generally accepted as the founding statement for the field » (Gentzler 2001, p. 93).

processus de celle-ci (choix du traducteur). La traduction est analysée non seulement comme une composante culturelle (Hermans 1999, p. 37), mais également comme une pratique qui intervient dans le système social de la société cible.

Gideon Toury constitue une figure prédominante parmi les chercheurs qui ont contribué à l'essor de la branche descriptive en traductologie. Son œuvre majeure *Descriptive Translation Studies and Beyond* (1995) constitue un tournant décisif dans la pensée traductologique. Partant du modèle fourni par Holmes, Toury appelle au développement du côté descriptif des études en traduction. Dans sa quête d'une théorie générale de la traduction et pour mettre fin au caractère spéculatif qui caractérisait les discours traductionnels, Toury a mis l'accent sur le besoin d'une approche systémique et d'une méthodologie qui lui sont propres (Toury 1995, p. 3), fondée sur des présuppositions claires et prévisibles. Le déplacement du champ d'intérêt opéré par Toury est remarquable : l'étude de la traduction est déplacée vers le texte cible dans son contexte immédiat (Toury 1980, p. 35). Il critique l'approche normative et dirigiste des théories orientées vers le texte source (*ibid.*) au sein desquelles l'accent est mis sur une « traduction potentielle » (*ibid.*) ainsi que sur les moyens auxquels il faut recourir pour atteindre cette traduction. Il préconise l'étude des « traductions réelles », c'est-à-dire, le résultat de l'opération de traduire. Phénomène empirique (*ibid.*, p. 37), la traduction est désormais une pratique qu'on peut observer de l'extérieur et dont les faits sont la production du système cible uniquement. Par l'inscription de la traduction dans une société et une culture et par la prise en considération d'éléments extérieurs au texte traduit lui-même et à la société de laquelle il provient (texte source), Toury a pris en considération un élément ignoré de la pensée théorique sur la traduction, notamment la relativité des décisions traductionnelles. Il affirme que le texte traduit occupe une position dans le système social et littéraire de la culture cible et que cette position détermine les stratégies de traduction adoptées par le traducteur (Munday 2001). Ce faisant, il a ouvert le chemin vers la prise en considération des influences extérieures au texte, qui sont susceptibles d'influencer les choix de ce dernier. C'est à ce moment précis que le concept de normes entre en jeu.

### 2.1.1.1 Apport du virage descriptif : les normes traductionnelles

Les normes sont un concept visible en traductologie. Leur pertinence à la traduction a été discutée maintes fois et la place qui leur est accordée dans les ouvrages théoriques en traduction est importante<sup>60</sup>. Malgré le grand intérêt accordé à ce concept dans la « discussion of translation practices and their results » (Toury 1998, p. 12) ou comme « a handy instrument » (Hermans 1999, p. 73) à la description des traductions, il est à noter qu'il ne fait pas l'objet d'une définition claire. Nous sommes remontée à la source pour essayer de saisir la définition de ce concept telle qu'elle est proposée par celui qui l'a mise au-devant de la scène traductologique.

Toury a commencé à travailler sur la notion de normes durant ses travaux de doctorat. Les normes lui apparaissant comme un moyen de « bridging a gap » (Toury 1998, p. 12) à un moment où il tentait de rendre compte des résultats observés du comportement traductionnel dans une période déterminée (entre 1930 et 1945). Il explique à ce propos :

The gap I am referring to was between the notion of translation as it had come to be used by the beginning of the 1970s and the principles of establishing a corpus for a descriptive-explanatory study such as the one I had in mind. The main problem was how to draw a justifiable, non-arbitrary line between that which would be included in the corpus because it pertains to translation as conceived of by the culture in question, and that which would be left outside of it because it does not. The necessary demarcation could simply not be worked out on the basis of any of the conceptualisations I was able to lay my hands on, and for quite a while I became a fervent collector of definitions of translation, in the wild hope of hitting upon the ultimate one. (Toury 1998, p. 12)

Le concept de norme est donc venu remplir un vide conceptuel dans la définition même de ce qui était qualifié de traduction et de ce qui ne l'était pas. Servant comme un instrument de lecture et de reconstruction d'une traduction, une norme rend possible la libération de l'analyse traductionnelle de l'arbitraire qui la caractérise. Par le fait même qu'elle fige la traduction en schémas traductifs, elle rend possible la justification d'une certaine perspective traductive et l'exploration du comportement du traducteur au cours du processus de traduction.

---

<sup>60</sup> Voir à ce propos des ouvrages de synthèse comme *Contemporary Translation Theories* (Edwin Gentzler 2001), *Translation in Systems: descriptive and systemic approaches explained* (Théo Hermans 1999), *Translation and Norms* (Christina Schäffner (éd.) 1999). Théo Hermans a consacré à la question des normes traductionnelles quelques articles, dont « Translation and Normativity », « *Translation and Norms* » (1998) et « Norms and the determination of translation. A theoretical Framework » (1996). Il y a également l'ouvrage de Jeremy Munday (2001), *Introducing Translation Studies: Theories and Applications*.

L'emprunt du concept de normes à la sociologie et son insertion en traductologie n'étant pas suffisants à le rendre applicable à la traduction, il fallait le schématiser de manière à rendre les normes observables. Partant du constat que les normes sont opérationnelles dans toutes les étapes du processus de la traduction ainsi que dans le produit de ce processus, le texte traduit (Toury 1980, p. 53), Toury divise ses normes en trois catégories principales : les normes initiales<sup>61</sup>, les normes préliminaires et les normes opérationnelles. Les deux premières catégories traitent des choix du traducteur sur des questions qui sont extérieures au texte; la troisième s'intéresse à l'acte de traduction proprement dit.

Les normes initiales renvoient généralement au choix du traducteur de se soumettre au système de normes (linguistiques ou littéraires) dont provient le texte source « with its textual relations and the norms expressed by it and contained in it » (Toury 1980, p. 54), ou au système de normes du texte et de la langue cible. L'orientation vers le texte source renvoie au degré d'adéquation entre ce texte et le texte cible tandis que l'orientation vers le texte cible détermine l'acceptabilité de la traduction dans la culture cible. Il est important de noter que Toury attache une certaine flexibilité<sup>62</sup> au choix du traducteur. Celui-ci n'est pas obligé d'écarter l'une ou l'autre orientation pendant le processus de traduction. Il peut opter pour une certaine fraction du système littéraire dont l'un ou l'autre fait partie (Toury 1980, p. 54).

Les normes préliminaires prennent en compte deux ensembles de normes, celles touchant à une « politique de traduction » et celles touchant à la « directness » de la traduction (Toury 1980, p. 53; 1995, p. 85). Les considérations relatives à la politique de traduction renvoient au choix du texte (littéraire ou non littéraire par exemple) à insérer dans la culture cible et aux auteurs à traduire, entre autres. Le deuxième type de considérations renvoie au choix de traduction à partir de la langue d'origine ou à partir d'une traduction et au statut de la langue à partir de laquelle

---

<sup>61</sup> Le qualificatif « initiales » renvoie à l'approche primaire d'un traducteur à un texte donné avant toute traduction (Toury 1980, p. 55). Cette approche initiale aura des répercussions sur les étapes ultérieures de la production du texte. Les normes initiales renvoient à l'idée que le traducteur à un certain libre arbitre dans la décision d'opter pour le texte source ou le texte cible. Une telle affirmation est peut-être valide dans le cas des textes littéraires, mais qu'en est-il des textes juridiques et des grands corpus juridiques qui sont soumis à des contraintes sévères et où le traducteur est limité dans ses choix?

<sup>62</sup> La flexibilité de choix du traducteur renvoie à une certaine idée de conciliation possible entre les orientations (et les cultures), conditionnées par des facteurs (temps, moyens techniques) qui échappent souvent au traducteur.

on traduit (dominante ou minoritaire) ainsi que sur le sujet des traductions (degré de tolérance de ce sujet dans la culture cible).

Les normes opérationnelles se rattachent au texte lui-même, notamment aux décisions du traducteur au cours de l'acte de traduction. C'est le texte formulé. Composante technique des normes traductionnelles, elles se subdivisent en deux sous-catégories : les normes matricielles et les normes textuelles. Les normes matricielles déterminent l'existence d'instruments linguistiques de la langue cible destinés à remplacer ceux de la langue source et l'emplacement de ces instruments dans la traduction. Elles déterminent également certaines interventions dans le texte comme les omissions, les ajouts, les notes de bas de page, entre autres (Toury 1980, p. 54). Les normes textuelles interviennent sur le plan des choix des outils linguistiques. Ces normes peuvent être purement linguistiques (normes stylistiques) ou littéraires (respect d'un genre, d'une technique littéraire). Si logiquement les normes préliminaires précèdent les normes opérationnelles, rien n'exclut l'existence d'un rapport d'influence entre les deux.

Dans la mesure où la connaissance des normes traductionnelles est une condition nécessaire pour comprendre les principes qui forment le texte traduit (Gentzler 2001, p. 133), de quelle manière peut-on les relever? La méthodologie de reconstruction des normes traductionnelles (Toury 1995, p. 65) adoptée par Toury est fondée sur deux méthodes, l'une textuelle, l'autre extratextuelle. L'analyse textuelle porte sur le texte traduit lui-même. Elle consiste en l'étude comparative de textes traduits à travers la recherche des tendances dans les rapports et la correspondance entre les segments du texte source et du texte cible. Ces tendances peuvent se traduire par une certaine fréquence d'utilisation d'expressions ou de collocations idiomatiques ou non idiomatiques (Toury 1980, p. 61). L'étude comparative peut porter sur un même texte ou sur plusieurs traductions d'un même texte, effectuées à des époques différentes et motivées par des intérêts particuliers (Toury 1980, p. 58). L'observation de certaines régularités dans le choix du traducteur permet de construire la stratégie adoptée par le traducteur et partant, les normes adoptées dans le processus de traduction. L'analyse extratextuelle se fait à travers l'étude du paratexte des traductions, notamment les critiques et les déclarations faites par les traducteurs eux-mêmes ou par d'autres intervenants dans le processus traductionnel. Toury atténue toutefois l'importance de ces déclarations puisque, selon lui, elles seraient « biaisées » (Toury 1980, p. 57) par le rôle de leurs auteurs dans le système socioculturel. Toury n'accorde

pas la même importance aux deux sources de reconstructions des normes traductionnelles. Les textes étant des produits primaires « of norm-regulated behaviour, and can therefore be taken as immediate representations thereof » (Toury 1995, p. 65). En revanche, les déclarations sur les textes ne sont que des « by-products » (*ibid.*) de l'existence et de l'activité des normes.

L'association de « normes » et de « traduction » n'est pas l'apanage de Toury. Comme il le reconnaît lui-même, la traductologie doit ce concept aux travaux de Jirí Levy et de James Holmes (Toury 1998, p. 11). C'est toutefois grâce à Toury que ce concept a occupé une grande place sur la scène traductologique dans les années 70 et le début des années 80 (Toury 1998, p. 12). Étant une « part of the answer to the question why translators tend to make certain decisions rather than others » (Toury 2002, p. 14), les normes sont importantes à l'étude de la traduction parce qu'elles sont « the key concept and focal point in any scientific approach to the study and description of social phenomena, especially behavioural activities, because their existence, and the wide range of situations they apply to [...] are the main factors ensuring the establishment and retention of social order » (Toury 1976, cité dans Simeoni 2008, p. 337).

Les travaux de Toury constituent une tentative « to provide a theoretical and methodological framework for the norms governing literary translation » (Toury 1980, p. 52). Pour présenter ces normes, Toury part de la conception sociologique selon laquelle une norme constitue la traduction de « general values or ideas shared by a community—as to what is conventionally right and wrong, adequate and inadequate—into performance instructions appropriate for and applicable to specific situations, providing they are not [yet] formulated as laws. » (Toury 1980, p. 51). Les normes sont acquises et intériorisées par les individus à travers un processus de socialisation (Toury 1980, p. 51; 1995, p. 55). Une norme est la résultante d'une expérience commune, d'une culture (Dupret 1996, p. 595) au sein d'une société donnée. La vie en groupe dans une société implique le respect de certaines valeurs que cette société juge essentielles à son existence ainsi que l'adoption d'une certaine manière de se comporter au sein du groupe social dans une situation en particulier et lorsque certaines conditions sont réunies. Parce qu'elles sont

nécessaires au maintien du groupe et de l'ordre social<sup>63</sup>, l'individu se trouve en quelque sorte obligé de s'y plier, malgré l'absence de sanctions qui les caractérisent.

La traduction est, selon Toury, une activité gouvernée par les normes lesquelles sont opérationnelles « at every stage of the translating process and in every level in its product, the translation itself » (*ibid.*, p. 53) et déterminent « the (type and extent of) equivalence manifested in actual translations » (Toury 1995, p. 61). Se situant quelque part entre les idiosyncrasies et les règles, les normes constituent le « missing link » (Toury 1998, p. 15) entre le respect libre de la convention reconnue par la communauté et l'obligation de s'y plier. Dès que l'élément de sanction apparaît, la convention<sup>64</sup> devient norme.

Le concept de normes, tel qu'il ressort de la perspective tourienne, met en relief deux caractéristiques intéressantes, notamment l'aspect régulateur<sup>65</sup> et contraignant de la norme. Dans la mesure où une norme traduit une volonté « to control behaviour » (Toury 1998, p. 16) par le repérage de choix répétés dans des situations similaires, elle renvoie généralement à la recherche d'une certaine régularité dans le comportement et à celle des mécanismes sous-tendant cette régularité (directives sous forme d'obligations ou d'interdictions). Seule l'observation d'une certaine régularité dans le comportement traductionnel permet de constater qu'une norme existe. La régularité permet de prédire l'applicabilité de ces choix dans le futur si les mêmes conditions sont réunies.

Bien que la recherche de régularité constitue une condition *sine qua non* à l'étude des normes (Toury 1980, p. 52) et du comportement traductionnel ainsi que de son résultat, les régularités elles-mêmes ne constituent qu'une preuve externe de l'action de ces dernières à travers laquelle

---

<sup>63</sup> L'idée du respect de certains choix afin de vivre en groupe n'est pas nouvelle. Déjà, en 1762, Jean-Jacques Rousseau traitait dans *Du Contrat Social* de l'aliénation de la volonté individuelle à la volonté générale, celle de la communauté.

<sup>64</sup> Notons à ce stade l'absence de frontières entre les conventions et les normes chez Toury. Ce qui expliquerait par exemple le fait de la conception quelque peu large que donne Hermans de ces dernières. Il semble que la seule différence entre la convention et la norme soit l'absence de régularité dans la première. Autrement dit, c'est la régularité dans l'application d'une convention qui en fait une norme. Cette affirmation mène à certaines questions. Par exemple, à partir de quel moment de la vie d'une convention, arrêtée par le groupe social, celle-ci devient norme?

<sup>65</sup> L'aspect régulateur de la norme renvoie à une certaine idée de rigidité, nécessaire à toute entreprise de régulation. De ce fait, le terme « norme » serait-il trop fort pour ce à quoi il renvoie? C'est-à-dire à un aspect de changement et d'instabilité (Toury 1995, 63). Telle semble être la pensée de Reiss et Vermeer qui préfèrent de loin le terme convention à celui de normes. De l'avis de ces théoriciens de la traduction, le terme « convention » contrairement à celui de norme est plus large et peut englober l'idée de changement et d'instabilité. Il est plus facile de remplacer une convention par une autre convention qu'une norme par une autre norme (Reiss et Vermeer 1984, p.178-179, cité dans Snell-Hornby, 2006, p. 75).

les normes doivent être « extraites » (Toury 1998, p. 17). Les régularités ne sont que des éléments de surface, le reflet pratique d'un comportement traductionnel. On peut les observer dans les résultats d'un comportement en particulier. La régularité ne s'opère pas d'elle-même, mais nécessite la mise en place de certains mécanismes qui la maintiennent. Ce sont les contraintes exercées sur les individus.

La recherche de régularité grâce à laquelle le repérage des normes est possible constitue une quête importante de la perspective tourienne, mais elle comporte une grande part d'interprétation et de spéculation en ce sens qu'un aspect donné d'un texte aura l'interprétation qu'un observateur lui donnera (Hermans 1999, p. 7). Aussi, le fait de trouver une régularité de comportement dans un texte est peut-être susceptible d'éclairer le choix du traducteur, mais pourrait-il mettre la lumière sur les raisons qui ont poussé celui-ci à opter pour certains choix plutôt que d'autres (Hermans 1999, p. 85)?

L'élément de contrainte qui caractérise le concept de normes est important dans la théorie tourienne (Hermans 1999, p. 79). Toury définit les normes comme des contraintes socioculturelles propres à une culture et à une société, dans une époque donnée (Munday 2001, p. 113). La contrainte semble être la finalité des normes dans la perspective tourienne. L'évolution même dont les normes font partie va dans ce sens : les conventions mènent aux normes et les normes deviennent des règles, lesquelles deviendront des lois<sup>66</sup>. Une norme adoptée par le groupe social prend racine dans le conscient collectif et finit par être imposée au groupe social. Elle devient alors une règle<sup>67</sup>. Une règle signifie « a strong, institutionalized

---

<sup>66</sup> Il faut toutefois éviter toute confusion avec la loi au sens juridique. Dans la perspective tourienne, le choix du terme indique probablement une tentative de mise en relief de la forme suprême qu'une norme pourrait atteindre une fois acceptée et appliquée par le groupe social.

<sup>67</sup> Notons que Toury n'a pas développé ses idées sur les règles et les lois. De plus, il ne donne pas une définition précise de ce que peut être une « règle » ni de ce qui fait la différence entre celle-ci et une « loi ». À ce stade, il pourrait être pertinent de recourir à la différence que fait Baudouin Dupret entre la norme et la règle. Selon ce sociologue juridique, la norme est invoquée par l'individu qui l'impute à la société; la règle est promulguée publiquement par une autorité. La norme est le résultat d'une expérience commune, d'une culture alors que la règle est produite par une autorité, ce qui lui donne son caractère contraignant. L'individu est explicitement contraint de se conformer à la règle, ce qui n'est pas le cas pour la norme (Dupret 1996, p. 595). Il semblerait que sur le plan de la contrainte dont le moyen est la sanction, les frontières ne soient pas également claires entre la norme et la règle dans le sens tourien. Dans la mesure où la norme et la règle appellent des sanctions en cas de non-application, quelle est la différence entre la sanction attachée à la norme et celle attachée à la règle? Faut-il s'attendre, comme c'est le cas en droit, à une sorte de hiérarchisation entre les différentes sanctions? Il serait logique de s'attendre à une forme de sanction plus sévère en cas de violation d'une règle puisque la sanction qui lui est attachée est imposée par une autorité habilitée à le faire alors que la norme est simplement acceptée par le groupe social.

norm, often issued by an indentifiable authority armed with the power to impose sanctions for non-compliance » (Hermans 1999, p. 82). Une fois validée par le groupe, la norme appelle des sanctions en cas de non-respect. La norme « always implies sanctions » (Toury 1998, p.17), que ces sanctions soient négatives (pour ceux qui violent une norme convenue par le groupe social) ou positives (pour ceux qui s’y conforment) (*ibid.*, p. 17)<sup>68</sup>. Individu libre et autonome, le traducteur est libre de suivre ou non les normes, mais il doit accepter les conséquences de son choix.

Théo Hermans met en lumière un autre aspect intéressant du concept tourien. Il s’agit du pouvoir sélectif que l’existence même des normes confère au traducteur. Cet aspect est reconnu par Toury, plus particulièrement à l’étape des normes opérationnelles. La sélection d’instruments linguistiques et l’organisation de ces derniers dans le texte « opens up certain options while closing others at the same time » (Toury 1980, p. 56). C’est-à-dire, parmi un ensemble d’options suggérées ou interdites par les normes (Hermans 1991, p. 161), le traducteur adopte une forme de traitement par élimination, il opte pour une ou plusieurs possibilités et il exclut les autres. Hermans insiste sur cet aspect « d’inclusions et d’exclusions » (Dupret 1996, p. 595). Il affirme qu’une approche fondée sur l’aspect sélectif des normes peut servir non seulement à mettre la lumière sur certains aspects d’un texte en particulier et sur les choix du traducteur parmi une échelle d’options, mais aussi sur la réaction du traducteur à certaines attentes et pressions (*ibid.*). Il s’agit là d’un aspect particulièrement intéressant à observer dans notre corpus (arabe et français).

Toury met en place quelques éléments qui laissent spéculer l’existence d’un aspect conflictuel au concept de normes. Cet aspect se manifeste sur deux plans, celui du traducteur et celui des rapports que pourraient entretenir entre elles les normes différentes. La traduction étant un lieu de confrontation entre deux systèmes de normes (Toury 1980, p. 55; 1995, p. 56), on peut imaginer la difficulté de la position du traducteur devant des normes appartenant à deux systèmes différents, particulièrement dans une situation de traduction de textes non littéraires,

---

<sup>68</sup> Toury adopte une conception très durkheimienne des normes. Étant des faits sociaux, elles sont contraignantes et partant, accompagnées de sanctions. Les sanctions peuvent être positives ou négatives. Les sanctions positives, qui favorisent certains comportements, peuvent prendre la forme de récompenses, honneurs ou titres. Par contre, les sanctions négatives peuvent être explicites ou implicites et prendre respectivement la forme d’une application d’une règle juridique ou prendre la forme d’une réprobation, de moquerie. Voir Véronique Pillon, *Normes et déviances*, Boréal, c2003.

notamment juridiques. De plus, les normes bénéficieraient d'un poids inégal, certaines seraient plus dominantes que d'autres selon le pouvoir du groupe qui les formule ou valide. Quelles sont les normes les plus importantes en ordre de priorité? On peut supposer que devant les normes hiérarchisées et selon le rapport du traducteur au texte à traduire, ce dernier se trouve devant des choix difficiles. D'un autre côté, Toury affirme que les normes relevant du champ de la traduction sont différentes des normes appartenant à un autre champ, même aussi proche de celui de la traduction. Une telle affirmation présage un possible conflit entre des normes appartenant à des domaines ou à des champs différents. On pourrait se demander sur la place qu'occupent les normes traductionnelles parmi d'autres catégories de normes (juridiques, sociales ou même morales). Il est aussi légitime de se poser des questions sur leur place en ordre d'importance. La réponse à ces questions n'est pas facile, car un autre élément vient s'ajouter à ces préoccupations, à savoir la relativité des normes. Selon Toury, les normes dépendent du « point of view from which they are regarded, or the context into which they are entered » (Toury 1998, p. 17). Selon le cas, les mêmes normes pouvant constituer un « favoured mode of behaviour » au sein d'un groupe hétérogène peuvent avoir force obligatoire au sein d'un sous-groupe homogène. Du point de vue tourien, les traducteurs constituent un sous-groupe au sein de producteurs de textes, les traducteurs littéraires constituent un autre sous-groupe parmi des traducteurs et les traducteurs de poésie parmi des traducteurs littéraires.

#### **2.1.1.2 Intérêt et limites des normes traductionnelles**

Le concept de normes place la traduction dans un contexte socioculturel, permettant ainsi de voir cette pratique comme phénomène social et non pas uniquement comme un arsenal d'instruments techniques destinés à qualifier l'acte traductionnel. Rejetant la perspective classique de la traduction comme une rencontre entre un individu et un texte dans une situation de communication déterminée (Toury 1998, p. 18), ce concept permet de traiter la traduction comme une activité socioculturelle, menée dans un contexte déterminé par un agent plus ou moins présent, dont le résultat reflète toutes les contraintes subies au cours du processus traductionnel. Puisqu'elles sont opérationnelles dans toutes les étapes de la traduction, les normes contribuent à la complexification de l'activité de traduction, faisant passer cette discipline d'une simple pratique à un phénomène dont les étapes sont observables et analysables. L'accent mis par Toury sur la position de la traduction (texte) dans le système (littéraire) cible

permet d'envisager les relations de pouvoirs dans le processus de traduction parmi les traducteurs appartenant à des groupes différents ou parmi le champ de traduction et d'autres champs (le droit, entre autres).

Le concept de normes a permis un certain degré d'abstraction dans les études sur la traduction. Les normes vues comme « category for descriptive analysis of translation phenomena » (Toury 1980, p. 57) constituent des balises permettant d'expliquer le choix et les décisions du traducteur, des instruments de mesure des régularités de choix de ce dernier et de son intention traductive (Hermans 1999, p. 79). Puisqu'il comporte une grande part d'observation des actes<sup>69</sup> du traducteur, en particulier pour y relever des régularités, le concept de normes a aidé ultérieurement<sup>70</sup> à orienter l'intérêt traductologique vers la position de celui-ci dans la société et à produire des hypothèses d'explications de ses prises de position, de ses choix traductifs (intentionnels ou déterminés) et de la façon dont celui-ci justifie ces choix. Indirectement, le concept de normes a élevé le traducteur au rang d'agent social dont le pouvoir, selon la position qu'il occupe dans le groupe, va jusqu'à opérer un changement dans les normes (Toury 1980, p. 17). En effet, en dehors de toute pression extérieure dont le traducteur peut faire l'objet, c'est généralement lui qui jongle entre les normes du texte source et du texte cible et qui choisit d'adhérer ou non à une politique de traduction. C'est également à lui que sont dévolues les décisions concrètes concernant l'acte traductionnel (normes opérationnelles)<sup>71</sup>. Dans un autre ordre d'idées, le concept de normes a permis d'inclure l'environnement de la traduction (critiques, préfaces des traducteurs) ainsi que l'apport de personnes, autres que le traducteur, « involved or connected with translation » (Toury 1980, p. 57) dans la pensée traductologique.

Le concept de normes traductionnelles souffre toutefois d'un écueil majeur, à savoir le manque d'une définition claire de ce que peut être une norme. L'accent mis sur les caractéristiques d'une norme ne permet pas une visualisation claire de ce concept. La définition qu'en donne Toury reste une tentative de catégorisation de l'analyse descriptive du phénomène de traduction plus

---

<sup>69</sup> Toury distingue entre l'acte de traduction et l'événement de traduction. Le premier désigne la traduction comme activité mentale (cognitive) et le second englobe le contexte de production de cette traduction ainsi que le texte traduit lui-même (Toury 1980, p. 19).

<sup>70</sup> Pour ce qui est des virages culturel, postcolonial et sociologique.

<sup>71</sup> La prise en considération de la subjectivité du traducteur, notamment dans la justification des normes a ouvert le chemin vers la prise de considération du poids de facteurs comme l'idéologie et la manipulation sur le processus traductif.

qu'une définition du concept lui-même. Toury ajoute à l'ambiguïté du concept en affirmant qu'une norme est différente de sa formulation verbale (Toury 1980, p. 52), c'est-à-dire de sa manifestation dans le monde réel. C'est ainsi que la formulation d'une norme peut être positive ou négative (Toury 1980, p. 52). Une formulation positive peut prendre la forme d'une recommandation (dès que vous le pouvez, utilisez une expression idiomatique) ou d'une obligation (entre plusieurs possibilités, optez toujours...). Une formulation négative peut aussi prendre la forme d'une recommandation ou d'une prohibition (essayez d'éviter les expressions ambiguës) ou (n'utilisez jamais...). De cette façon, Toury ne définit pas les normes elles-mêmes, mais plutôt les manifestations grâce auxquelles une certaine « awareness of the existence of norms and their significance » (Toury 1998, p. 16) est possible. Ces manifestations verbales serviront aussi de données dans l'étude d'un comportement traductif gouverné par les normes et partant, à l'étude des normes elles-mêmes<sup>72</sup> (*ibid.*, p. 16).

Le flou conceptuel autour de la notion de normes a non seulement donné naissance à quelques définitions directes ou indirectes du concept, mais également à diverses tentatives pour en repousser les frontières. Hermans par exemple, semble prendre les normes dans leur sens large, « include the entire range from strict rules down to conventions » (Hermans 1999, p. 2). Critiquant l'accent mis par Toury sur l'aspect contraignant<sup>73</sup> des normes, il propose de ne pas voir en ce concept un moyen de recherche de régularités de comportement, mais plutôt un instrument d'analyse pour une étude historique de la traduction et un moyen de mettre en relief certains aspects négligés jusqu'à maintenant dans les études qui ont recours aux normes traductionnelles. Les aspects négligés sont des options écartées par le traducteur durant le processus de prise de décision. L'analyse des options écartées rendra possible la compréhension de la signification des choix adoptés (Hermans 1999, p. 3). Mona Baker (1997, p. 164, citée dans Munday 2001, p. 113), qualifie les normes d'options dont le traducteur dispose dans un contexte socioculturel sur une base régulière. Elles rendent compte des conditions de réalisation d'une traduction dans un contexte historique et dans une situation en particulier. Gisèle Sapiro tente une qualification des normes. Elle traite des normes de « fidélité », de « respect du texte

---

<sup>72</sup> Remarquons que les normes ici servent à la fois d'outils et de finalité.

<sup>73</sup> Hermans propose plutôt de voir les normes comme un modèle « in offering ready-made solutions to particular types of problem » (Hermans 1999, p. 79).

original dans son intégralité » et de « la supériorité des traductions directes sur les traductions indirectes » (2001, p. 202). Elle va plus loin en opérant une différence entre les normes de traduction des textes spécialisés (juridiques, techniques ou scientifiques) qui obéissent à des contraintes spécifiques de précision au détriment de tout désir esthétique et les normes de traduction des textes littéraires pour lesquelles les considérations stylistiques et esthétiques sont importantes. Andrew Chesterman propose une reconfiguration des normes fondée sur les effets de celles-ci. Il met en place deux types de normes traductionnelles : les « expectancy norms » et les « professional norms ». Les premières renvoient à l'idée de ce qu'une communauté linguistique particulière se fait d'une traduction « regarding grammaticality, acceptability, appropriateness, style, textuality, preferred conventions of form or discourse and the like » (Chesterman 1993, p. 69). Ces normes englobent également des facteurs économiques et idéologiques. Chesterman attire l'attention sur l'idée que les « expectancy norms » puissent recevoir une forme de validation ou de critique d'une personne habilitée à le faire (professeur, critique par exemple), ce qui pourrait influencer la réception de la traduction parmi ses destinataires (ordinaires). Les « professional norms » gouvernent les méthodes et les stratégies acceptées au cours du processus de traduction. Elles se subdivisent à leur tour en trois catégories : « accountability norms », « communication norms » et enfin « relation norms ».

La place prédominante accordée au concept de normes en traductologie est contestée par certains traductologues. Lawrence Venuti (1998, p. 27) critique le caractère répressif des normes qu'il voit uniquement comme des contraintes imposées au traducteur. Les normes excluent la prise en considération de l'hétérogénéité d'une langue (*ibid.*, p. 30), d'une culture ou d'une société. Bien que le concept de normes reconnaisse le contexte socioculturel d'une traduction, la quête d'objectivité de la pratique traductionnelle à laquelle répond l'existence même des normes omet de prendre en considération la forte charge de valeurs qu'une traduction peut porter. De ce fait, une analyse des normes ne serait possible que si l'aspect culturel est mis en relief, car les normes, qu'elles soient linguistiques ou littéraires, comprennent « diverse range of domestic values, beliefs, and social representations which carry the ideological force in serving the interests of specific groups. And they are always housed in the social institutions where translations are produced and enlisted in cultural and political agendas » (*ibid.*, p. 29). Douglas Robinson (1991, p. 260) n'a consacré que quelques lignes à la question. Faisant de la

traduction une opération psychosomatique, il considère que le concept de normes n'est pas pertinent à la traduction, car son caractère régulateur empêche les traducteurs de se fier à leur intuition. Jean-Marc Gouanvic remet en cause la portée des normes sur les traducteurs. Selon ce traductologue, la traduction en tant que pratique « has little to do with conforming to norms through the deliberate use of specific strategies; in other words, it is not a question of consciously choosing from a panoply of available solutions. Norms do not explain the more or less subjective and random choices made by translators » (2005, p. 157-158).

Le concept de normes est fortement sociologique. Toury reconnaît que la perspective de recherche des normes est socioculturelle et que ce faisant, il est tout à fait naturel de puiser dans les sciences sociales (Toury 1998, p. 15). C'est ainsi que des termes comme « convention sociale » (Toury 1998, p. 14), « négociations » ou encore « validation » et « légitimation » viennent appuyer l'élaboration de la conception tourienne d'une théorie de la traduction. De plus, on trouve dans la définition tourienne du concept tous les éléments d'une définition générale d'une norme au sens sociologique. Il s'agit de comportements prescrits par la société, fondés sur les valeurs partagées par un groupe social. Le rôle de la socialisation de l'individu y est essentiel. Appliqué à la traduction, le concept de norme traductionnelle signifie, entre autres, que les comportements traductionnels sont intériorisés par les individus grâce à la socialisation. Le caractère collectif de la légitimation des normes exerce une pression sur le traducteur. Sous cette pression, le traducteur développe des stratégies pour répondre aux attentes « behaving as one should expect from a literary agent » (Even Zohar 1990, p. 40; cité dans Wolf 2007, p. 8). Le penchant sociologique chez Toury est remarqué par Gentzler qui note la place minoritaire allouée aux aspects stylistiques et linguistiques du processus de traduction dans la théorie tourienne. Il affirme que le choix tourien des textes est toujours idéologique, marqué par une « preference for social and even 'socialist' works, for certain subjects and topics ». (Gentzler 2001, p. 124). Un tel avis est partagé par Simeoni qui semble voir chez Toury une certaine tendance, de plus en plus marquée, vers des considérations sociologiques (2005, p. 5). En effet, dans *Descriptive Translation Studies and Beyond*, Toury explore davantage le côté social des normes, le rôle social du traducteur ainsi que les pressions sociales qui poussent constamment celui-ci à ajuster son comportement traductionnel (1995, p. 62 et suiv.).

Bien que la définition tourienne des normes traductionnelles soit grandement sociologique, ces dernières n'ont pas le même objectif que les normes dans le sens strictement sociologique. Elles ne constituent, du moins dans la perspective tourienne, qu'une tentative de catégorisation du processus traductionnel et de ce fait, elles ne nous éclairent pas sur la nature ni la fonction sociale des normes. Dans l'état actuel de la recherche, les normes semblent servir à expliquer le comportement du traducteur, ses choix et ses exclusions ainsi que sa réaction aux contraintes socioculturelles (Hermans 1999). Le concept sert également à présenter les motifs de la sélection des textes à traduire ainsi que la stratégie adoptée pour ce faire (Chesterman 1997). Les diverses applications pratiques des normes comportant une grande part de spéculation, il semble que la traduction ne soit pas encore débarrassée de l'indétermination qui l'a toujours caractérisée. À moins d'une conceptualisation claire de ce concept et du lien de cause à effet entre, par exemple, un texte et les normes qu'on peut y « déchiffrer », il est légitime de se poser des questions sur le véritable apport de ce concept à la traductologie<sup>74</sup> dont Toury lui-même déplore le « galvaudage » qui en a fait une sorte de « catch-phrase » (Toury 1998, p. 12) dans l'espace traductologique.

### 2.1.2 Le virage culturel en traductologie

Dans les années 1990, la traductologie a connu un « pervasive rise of culture » (Jackson 2008, p. 15) dans lequel le concept de culture tient à la fois lieu d'objet d'études et de méthodologie explicative de la pratique traductionnelle. Selon les tenants de ce virage, seul un accent sur l'aspect culturel permet de comprendre « how complex the manipulative textual processes take

---

<sup>74</sup> Notons que Toury lui-même n'arrive pas à produire une application pratique des liens entre les normes et le texte. Dans son article paru dans *Translation and Norms* (1999), « A Handful of Paragraphs on "Translation" and "Norms" », Toury se livre à un exposé théorique du concept sur plus de 19 pages, mais ne consacre qu'environ une page à l'étude d'un cas. L'objet de l'étude porte sur trois traductions vers l'hébreu de *The Killers* d'Hemingway. Toury soumet les traductions à un groupe hétérogène de participants (enseignants en traduction, traducteurs expérimentés ainsi que des personnes n'ayant aucun lien avec la discipline). Ces observateurs devaient placer les différentes versions en ordre chronologique. Toury remarque que l'ensemble des observateurs avait placé les traductions dans le même ordre en se basant sur « the same series of features », c'est-à-dire un « assortment of semantic, grammatical, syntactic, pragmatic and stylistic markers, as well as translation relationships, which the subjects seem to have associated with 'typical behaviour' of literary translators into Hebrew at the three different points in time (or at least of its gradual change along time) » (Toury 1999, p. 30). Le résultat du « pseudo-experiment » (*ibid.*) étant erroné, Toury conclut que la capacité des participants d'identifier les marqueurs et de les associer aux modes de traduction et partant, aux « norms which governed them » n'a pas permis aux protagonistes de livrer un résultat qui correspondait à la réalité. L'analyse tourienne omet de définir les normes sur lesquelles les sujets de l'expérience se sont fondés et omet également d'établir l'effet pratique du concept de normes lui-même dans cette expérience. De plus, l'analyse semble davantage porter sur l'observation du comportement des participants que sur la reconstruction des normes, objets de la théorisation.

place: how a text is selected for translation, [...], what role the translator plays in that selection, what role an editor, publisher or patron plays, what criteria determine the strategies that will be employed by the translator, how a text might be received in the target system » (Bassnett 2003, p. 434). Le virage culturel a enrichi la discipline traductologique avec plusieurs contributions, dont les plus connues sont sans doute *Translation, Rewriting and the Manipulation of Literary Fame* d'André Lefevere, publié en 1992 ainsi que *Constructing cultures : Essays on Literary Translation* de Susan Bassnett et André Lefevere publié quelque années plus tard (1998).

Interdisciplinaire, le virage culturel en traduction puise dans plusieurs domaines (l'anthropologie, l'ethnologie, l'histoire, la littérature et la sociologie, entre autres) à la recherche de méthodes et d'instruments d'analyse d'une traduction ou de tout ce qui s'en rapproche (rewriting). Dans ce dessein, certaines notions, sans être tout à fait nouvelles en traductologie, sont mises au-devant de la scène traductologique. Il s'agit entre autres des notions de pouvoir, de domination, d'opportunisme (traductif), de manipulation ou de culture minoritaire. Les concepts d'altérité, de représentation et d'appropriation culturelle ont particulièrement trouvé une place dans les études se réclamant de ce courant de pensée en traductologie.

Critiquant l'« evaluative position » (Bassnett 2003, p. 435) des approches linguistiques classiques à la traduction, laquelle limitait les études sur la traduction à des « painstaking comparisons between originals and translations » (Munday 2001, p. 127), les tenants du virage culturel ont opéré un double changement d'approche de l'objet traductologique. D'abord, ils ont adopté une perspective dans laquelle « neither the word, nor the text, but the culture becomes the operational 'unit' of translation » (Lefevere et Bassnett 1990, p. 8), où l'accent est mis sur les interactions entre la traduction et la culture (Munday 2001, p. 127) ainsi que sur la façon dont cette dernière influence la pratique de la traduction. Ensuite, ils ont élargi l'objet traductologique afin d'y inclure des textes autres que des traductions proprement dites, à savoir des anthologies, des commentaires, des critiques et des adaptations filmographiques des traductions.

André Lefevere est l'un des théoriciens qui ont marqué le virage culturel en traductologie. Ses travaux ont porté sur l'examen des facteurs concrets qui gouvernent la réception, l'acceptation

ou le rejet des textes littéraires (Munday 2001, p. 127) dans le système<sup>75</sup> littéraire. Lefevere élargit la façon d'observer une traduction et inclut des facteurs, autres que le texte source et le texte cible, qui sont susceptibles d'avoir des incidences sur le processus de traduction. Il se distancie de la perspective systémique, laquelle, bien qu'affirmant l'importance du contexte socioculturel, est demeurée centrée sur le texte. Lefevere inclut dans sa pensée les personnes, les institutions (maisons d'édition, partis politiques, classe sociale) et les relations de pouvoirs (patronage) qui peuvent intervenir dans le processus de traduction et qui peuvent influencer le résultat de celle-ci. Sur le plan des personnes, Lefevere ne se limite pas au traducteur, mais envisage également d'autres acteurs pouvant influencer la production et la circulation des traductions, notamment les critiques (rôle dans la réception d'une traduction), les réviseurs et les enseignants (modèle de texte à étudier ou pas), entre autres.

Le champ du virage culturel est très large. Il englobe des approches variées allant de la question féminine touchant à la traduction (Simon) à la domination socioculturelle (Brisset). Dans la présente section, nous traiterons d'un aspect particulier du virage culturel, celui de l'idéologie.

### **2.1.2.1 Apport fondamental du virage culturel : l'idéologie**

L'idéologie est un élément qui n'est pas étranger aux études descriptives. Selon Toury, c'est un des éléments qui « relativise » l'objectivité de ses normes (Toury 1980, p. 57). L'idéologie comprend une forme de manipulation des normes existantes de manière à les faire correspondre à certains objectifs notamment à « ce qu'une société doit être ou est permise d'être » (Lefevere 1992, p. 14). Dans la perspective culturelle, l'idéologie est une notion clé qui occupe une place de choix dans les travaux de bon nombre de chercheurs.

Lefevere n'a pas donné une définition précise de ce qu'il entendait par idéologie. Les éléments de définitions de ce concept qu'on peut réunir à la lecture de plusieurs de ses ouvrages sont très généraux. L'idéologie serait une vision du monde (cité dans Hermans 1999, p. 126) ou un « grillwork of form, convention and belief which orders our actions » (Lefevere 1992, p. 16). Dans un de ses derniers travaux (1998), fondé sur le concept du *capital culturel* du sociologue

---

<sup>75</sup> Bien que Lefevere emploie le terme « système », il se distancie de la vision qu'en donnent les systémistes comme Toury. Lefevere donne à ce concept un sens heuristique. Il le définit comme « a map to make sense of a territory » (Lefevere 1984, p. 91, cité dans Hermans 1999, p. 126).

Pierre Bourdieu (Bassnett 2003, p. 444), Lefevre définit l'idéologie comme un « conceptual grid that consists of opinions and attitudes deemed acceptable in a certain society at a certain time, and through which readers and translators approach texts » (Lefevre 1998, p. 48). L'idéologie dans la perspective de Lefevre sert d'instrument d'interprétation et d'explication du comportement des « rewriters » dont le traducteur fait partie. Elle est apparente et directe, surtout quand elle est imposée par les *patrons*. D'un point de vue sociojuridique, cette idéologie serait facilement observable dans l'histoire puisqu'elle sert de justification de la position d'une communauté donnée.

Un concept particulier chez Lefevre, le *patronage*<sup>76</sup>, porte en lui une forte charge idéologique. Pour Lefevre, la traduction est une forme de réécriture. Or, toute réécriture reflète une idéologie qui participe à la manipulation de la littérature dans une société donnée d'une manière donnée (Lefevre, 1992). La traduction constitue le « type de réécriture le plus reconnaissable dont l'effet est potentiellement très grand puisqu'elle est susceptible de projeter l'image de l'auteur ou de textes au-delà des frontières de la culture source » (Lefevre 1992, p. 9). Le traducteur est ici un « professionnel » qui a le monopole de compétence dans son champ particulier (Max Weber, cité par Lefevre 1992, p. 14) et qui peut accepter ou rejeter des œuvres (littéraires) parce qu'elles répondent ou ne répondent pas à l'idéologie dominante de son époque (Lefevre 1992, p. 12). Il peut également adopter une stratégie traductionnelle de manière à répondre aux exigences de cette dernière. La forme de pression que peut prendre cette idéologie est qualifiée de « patronage » par Lefevre. Le *patronage* constitue l'ensemble des pouvoirs et des moyens qui peuvent être détenus par des personnes ou des institutions qui peuvent permettre ou ne pas permettre la lecture, l'écriture et la réécriture de la littérature (Lefevre 1992, p.15). Plus intéressé par l'« ideology of literature than in its poetics » (Lefevre 1992, p. 15), le *patronage* est composé de trois éléments, à savoir un élément idéologique, un élément économique et un élément symbolique (*status*). L'élément idéologique est l'élément par lequel le *patronage* exerce des contraintes sur le choix et le processus de traduction. L'élément économique renvoie au fait que les traducteurs ont droit à une rémunération fournie par les

---

<sup>76</sup> L'idée de patronage est déjà évoquée par plusieurs chercheurs, dont Delisle et Woodsworth. En effet, ces derniers traitent dans *Les traducteurs dans l'Histoire* (2007) de cette forme de pouvoir exercé par « les personnes en autorité » (patrons selon Lefevre) sur la traduction.

*patrons* en contrepartie de leur travail. L'élément de *status* réfère à la reconnaissance du traducteur par le groupe social auquel il appartient.

Le concept de patronage présente quelques similitudes avec certains concepts dominants en traductologie. Par rapport au virage sociologique, il renvoie à certains aspects de la théorie sociale de Pierre Bourdieu. Par exemple, le concept de *status* renvoie à celui du « capital symbolique », défini selon le sociologue comme étant « le capital économique ou culturel lorsqu'il est connu selon les catégories de perception qu'il impose, les rapports de force symbolique tendent à reproduire et à renforcer les rapports de force qui constituent la structure de l'espace social » (Bourdieu 1987, p. 160). Le concept renvoie également à cette forme de sanction (positive : récompense, honneur ou titre) allouée par le groupe à ceux qui se conforment à ses exigences. Il y a un aspect de l'*illusio* bourdieusien dans le *patronage*, dans la mesure où l'acceptation de celui-ci renvoie à l'acceptation du traducteur de jouer le jeu d'adhésion au groupe et d'accepter les enjeux d'une telle adhésion (soumission aux *patrons*). L'aspect contraignant de la composante idéologique du *patronage* renvoie au concept de normes tourien. Toury voit essentiellement les normes comme des contraintes sur les comportements du traducteur (Toury 1998, p. 17; Hermans 1999, p. 79), ces contraintes correspondant aux paramètres plus ou moins imposés par les *patrons* au traducteur. Tout non-respect de ces paramètres entraînera des sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion du groupe (Lefevre 1992, p. 14). La différence entre les « paramètres » et les « normes » sont que ces dernières, telles qu'elles sont entendues par Toury, peuvent relever du conscient ou de l'inconscient du traducteur, tandis que pour Lefevre, il semble qu'elles soient clairement comprises dans les ordres donnés par les *patrons*. Chez Lefevre, le traducteur est conscient des « contraintes » exercées sur lui. Il peut choisir d'y adhérer ou de les rejeter, et d'accepter les conséquences de son choix.

Un des grands avantages que la traductologie doit au virage culturel est sans doute la valorisation du traducteur. Celui-ci est appelé à sortir de son invisibilité en apposant son empreinte sur le texte traduit au moyen de différentes techniques (étrangéisation ou minorisation). Sa place en tant qu'artisan dans la création de cultures (Delisle et Woodsworth 1995) ou de régulateur du système littéraire et social est mise en relief (Lefevre 1992).

Il est toutefois important de noter la place ambivalente du traducteur, notamment chez Lefevere. D'un côté, étant un agent de légitimation du statut et des pouvoirs de la classe dominante, c'est à travers lui que les *patrons* régulent les rapports entre le système littéraire et les autres systèmes, mettant ainsi de l'ordre dans toute la société (Lefevere 1992, p. 15). Le pouvoir de décision qui lui est dévolu fait de lui un agent dont les actes ont des effets sur la culture et la société auxquelles sa traduction est destinée. D'un autre côté, le traducteur étant un « *rewriter* », son rôle dans le processus de communication est minimisé au profit de celui des patrons qui lui imposent des textes conformes à leur idéologie. Il est vrai que Lefevere donne au traducteur la liberté de se soumettre ou de rejeter le patronage, mais comme le traducteur est un être qui doit travailler pour vivre, on se demande jusqu'à quel point il peut résister à l'idéologie ou à la culture dominante. D'autant plus que, souvent, la préservation de l'unité du système social ou de la culture dépend du respect de l'idéologie dominante à un moment et à une période donnée de l'histoire.

Dans le sillage de Lefevere, Lawrence Venuti s'est également intéressé à la dimension idéologique de la traduction, plus précisément l'aspect linguistique de l'idéologie. Affirmant que la traduction est en mesure de bâtir l'idéologie ou de critiquer cette dernière et partant « *affirming or transgressing discursive values and institutional limits in the target-language culture* » (Venuti 1995, p. 19). Étant une pratique aussi bien politique que culturelle, dont les ficelles sont tirées par des groupes et institutions sociaux (maisons d'édition, réviseurs, agents de commercialisation, entre autres)<sup>77</sup>, la traduction peut être porteuse d'une idéologie assimilatrice ou autonomiste (Venuti, 1995 p. 308). Une idéologie assimilatrice vise une sorte de « *cultural narcissism that is imperialistic abroad and conservative, even reactionary, in maintaining canons at home* » (*ibid.*). Une idéologie autonomiste poursuit un but de « *cultural diversity, foregrounding the linguistic and cultural differences of the source-language text and transforming the hierarchy of cultural values in the target language* » (*ibid.*). Prendre parti pour l'une ou de l'autre idéologie se traduit, sur le plan textuel, par l'adoption d'une politique de domestication ou d'étrangéisation. Une stratégie de domestication signifie que le traducteur peut

---

<sup>77</sup> Le rôle omniprésent des groupes de pression dans l'œuvre de Venuti n'est pas sans rappeler le concept de patronage de Lefevere.

choisir d'aligner son texte sur les normes de la culture cible (obéir au canon littéraire, aux normes de transparence et à la *fluency*). Il peut aussi résister à l'idéologie dominante et marquer sa traduction du sceau de l'étranger. C'est l'étrangéisation. La domestication est une réponse à l'idéologie de la transparence (Venuti 2008, p. 5), qui a longtemps dominé la traduction dans l'espace anglophone. Elle « emphasizes nonidiosyncratic, smooth transition, elimination of awkwardness » (Venuti 1995, p. 5). Par contre, l'étrangéisation ou la minorisation met en relief tout ce qui est exclu dans la culture cible.

### 2.1.2.2 Critique du virage culturel

Vu l'importance de l'élément de culture dans le virage culturel, certains chercheurs déplorent le manque de précision de la manière dont la culture est employée à la fois en tant que terme et en tant que concept. Dans l'approche descriptive, notamment chez Toury, ce concept englobe « the entire social context involved in the translation, along with norms, conventions, ideology and values of that society or 'receptor system' » (Snell-Hornby 2006, p. 49). Chez les culturalistes, ce concept semble prendre un sens beaucoup plus large. Influencé sans doute par la définition très large que donne Clifford Geertz de la culture dans *The Interpretation Of Cultures* (1973) comme des « webs of significance » ou un « system of symbols of meaning » (p. 267), Lefevere définit simplement la culture comme « the environment of literary system » (*ibid.*, p. 226). Sherry Simon critique l'emploi simpliste du concept « as if it referred to an obvious and unproblematic reality » (1996, p. ix, citée dans Munday, 2001, p. 13), ce qui lui donne un caractère statique. Une définition aussi générale fait de la culture un concept « potentially limitless and therefore limited as a means of understanding human action » (Jackson 2008, p. 160). Cette lacune constitue probablement une des raisons du virage sociologique que connaît actuellement la scène traductologique.

D'autres chercheurs mettent l'accent sur les frontières floues entre la culture et d'autres concepts voisins, notamment celui de société. La frontière entre ce qui est culturel et ce qui est social semble être parfois très mince dans les essais se réclamant du virage culturel. Cherchant à clarifier la situation, Pym (2006, p. 14) établit une distinction entre les facteurs culturels et les facteurs sociaux, tels qu'ils sont conçus dans l'état actuel de la recherche traductologique. Il affirme que les facteurs culturels semblent être ceux qu'on peut observer grâce à des techniques

puisées dans l'anthropologie, l'ethnologie, la sémiotique, entre autres. Les facteurs sociaux, qui proviennent majoritairement de la sociologie (Pym 2006, p. 15), seraient ceux qui expliquent les facteurs culturels. Dans le même ordre d'idées que Pym, Wolf affirme que la « society cannot be adequately described without culture nor culture without society » (2007, p. 4) et traite du niveau culturel et du niveau social. Le niveau culturel englobe des éléments comme le pouvoir, la domination ou la religion tandis que le niveau social touche aux agents du processus de traduction. Wolf toutefois reconnaît l'interaction entre les deux niveaux puisque les agents intériorisent les facteurs culturels, ce qui a des conséquences sur le texte traduit. Niranjana élargit le champ de culture pour y inclure non seulement l'art et la littérature, mais également « other practices of subjectification » (1992, p. 8).

Fortement interdisciplinaire, le virage culturel a inscrit la traduction dans un contexte socioculturel, d'une manière plus concrète que ne l'a fait le courant descriptif. Ce faisant, il a rendu plus évidente la prise en considération de facteurs extérieurs au texte traduit (idéologie, politique, pouvoir économique) pouvant influencer le comportement et le résultat traductionnel. Cette accentuation des facteurs extérieurs au texte traduit n'est pas sans danger. La tendance très marquée chez les tenants du virage culturel de mettre en relief le contexte de production des traductions a pour effet de reléguer au second plan le texte traduit lui-même. La nature explicative de la démonstration culturaliste de la pratique de la traduction domine les écrits dans l'état de la recherche traductologique. Les explications demeurent toutefois subjectives puisqu'elles peuvent différer selon le contexte de l'exploration du texte et selon l'angle de vision envisagé. Il reste à déterminer si les culturalistes n'exagèrent pas le rôle des prédispositions culturelles sur les stratégies de traduction (adapter un texte à la culture cible en procédant à son expurgation, par exemple<sup>78</sup>) au détriment des structures plus larges (directives extérieures, par exemple) pouvant conditionner le processus de prise de décisions. De plus, il est à noter que l'analyse des effets des stratégies traductionnelles dans la culture ou la société cible demeure

---

<sup>78</sup> Voir à ce propos le cas du Journal d'Ann Franck traité dans, *Translation, Rewriting, and the Manipulation of Literary Fame* (Lefevere 1992).

largement sous-exploitée. C'est cette dernière lacune que certains tenants du virage sociologique vont essayer de combler.

Dans un autre ordre d'idées, l'approche culturelle, à l'instar de l'approche descriptive, reste axée sur le texte littéraire (Bassnett, Lefevere, Venuti). Une telle situation rend légitime un questionnement sur l'applicabilité des stratégies traductionnelles à d'autres genres de textes, notamment le texte juridique. Saurait-on relever l'idéologie derrière la traduction d'un grand texte législatif, tel un code? Pourrait-on se permettre une étrangéisation d'un tel texte dont la nature même ne se plie que difficilement à ce genre de pratique? Dans le cas de notre corpus de recherche, une islamisation textuelle équivaldrait-elle à une domestication dans le sens entendu par Venuti?

Grâce à la prise en considération des facteurs socioculturels dans les études sur les traductions et à l'introduction sur la scène traductologique d'éléments comme l'idéologie, la domination, le pouvoir et la représentation de l'autre, le virage culturel a contribué grandement à élargir la perspective traductologique. Il a alimenté un autre virage en traductologie (Robinson 1997, p. 8), soit le virage postcolonial, virage sur lequel nous nous arrêterons dans la prochaine section. De plus, la dimension sociale de la perspective culturelle a pavé, notamment grâce à des concepts comme le patronage et l'idéologie (Snell-Hornby 2006, p. 49), le chemin vers un autre virage dans la pensée traductologique, soit le virage sociologique. Ce dernier sera présenté à la section 2.1.4 de ce travail.

### **2.1.3 Le virage postcolonial en traductologie**

La perspective postcoloniale n'est pas particulière à la traduction. Elle fait partie d'un large champ de réflexion qu'on nomme *postcolonialisme* ou *études postcoloniales*. Les études postcoloniales sont largement interdisciplinaires. Elles puisent dans l'anthropologie, la critique littéraire, l'histoire, les sciences politiques, le droit, entre autres. Elles proposent une lecture différente de l'histoire, notamment coloniale, dans laquelle une place dominante est consacrée à la perspective de l'ex-colonisé. Il s'agit d'une critique de l'occident colonial, de la pensée unilinéaire de l'évolution des peuples et d'une remise en question du « systematic knowledge in Europe about the Orient » (Said 1978, p. 39).

Si le terme *postcolonial* est apparu dans les années 70, il n'avait toutefois pas le même sens qu'il détient aujourd'hui (Lazarus 2004, p. 2). N'ayant pas la charge idéologique qu'il a prise ultérieurement dans les études postcoloniales, il ne servait qu'à placer une œuvre littéraire ou un auteur dans une époque ou un évènement historique. La portée du terme était alors historiquement et politiquement limitée à la période qui suivait immédiatement la décolonisation, période durant laquelle il y a eu transfert de pouvoirs des anciens colonisateurs aux nouveaux dirigeants du pays indépendant (Lazarus 2004, p. 2). À la fin des années 80, le champ sémantique du terme s'est élargi pour « montrer qu'il existe des points communs sur le plan culturel entre les sociétés qui ont traversé ou qui sont nées de l'expérience de la domination culturelle » (Sibeud 2004, p. 89). Par la suite, ce n'était qu'une question de temps avant que la perspective postcoloniale n'atteigne la traductologie (Simon 1997, p. 462), lui faisant faire un virage *politisé*.

La perspective postcoloniale a été mise au-devant dans les années 90 par quelques contributions qui ont eu un grand écho sur la scène traductologique. Citons, à titre d'exemple, *Post-colonial Translation. Theory and Practice*, de Susan Bassnett et Harish Trivedi (1999); *Sitting Translation. History, Post-structuralism, and the Colonial Context* de Tejaswini Niranjana; *Contracting colonialism: Translation and Christian society Under Early Spanish Rule* de Vicente L. Rafaël (1988), *The Poetics of Imperialism* (1991) d'Eric Cheyfitz. Douglas Robinson (1997) a produit un ouvrage de synthèse sur l'approche postcoloniale en traductologie, soit *Translation and Empire: Postcolonial Theories Explained; Translation in a postcolonial context: early Irish literature in English translation* (1999) de Maria Tymoczko.

En mettant l'accent sur le rapport de complicité entre la pratique de la traduction et la vision impérialiste (Niranjana 1992, p. 61), la perspective postcoloniale en traductologie place la traduction dans des époques coloniales à l'intérieur d'une aire géographique précise, le tiers-monde<sup>79</sup>. Elle rejette la vision classique de la traduction et lui alloue un rôle actif, notamment dans la diffusion de connaissances dont la perspective est souvent unilatérale. Les écrits

---

<sup>79</sup> Il faut relativiser cette affirmation. Michael Cronin s'est intéressé aux « colonisés de l'intérieur » (Cronin 1996, p. 3) au sein de l'Europe elle-même. Il critique la dichotomie simpliste adoptée par les auteurs postcoloniaux entre L'Europe et ses colonies ou entre le Nord et le Sud. Cronin explore le rôle de la traduction dans l'acculturation des Irlandais et le rôle de la langue dominante, l'anglais dans la colonisation britannique.

postcoloniaux en traductologie portent généralement sur des textes impliquant un rapport de domination et de résistance entre deux parties, appartenant généralement à deux peuples différents, dont l'un est dominé. Ils mettent en relief le rôle de la traduction dans la colonisation et la décolonisation (mission et évangélisation ou résistance), interrogent la construction des dominés par les dominants (stéréotypes et représentations) et préconisent des stratégies de résistances à cette domination (étrangéisation ou minorisation, déstabilisation ou déconstruction, *mistranslation*)<sup>80</sup>. Pour les tenants du virage postcolonial en traduction, ces stratégies sont seules aptes à construire un autre discours pour remplacer le discours colonial<sup>81</sup>.

En mettant en relief certains concepts déjà présents dans la perspective culturelle, mais d'un point de vue subversif (Hermans 1999, p. 155), le virage postcolonial a apporté un sang nouveau à la traductologie, opérant ainsi un changement dans la nature même de la traduction, jusque-là une pratique plus ou moins active<sup>82</sup>, mais pas engagée. D'une opération mécanique de transposition linguistique, la traduction est devenue une pratique qui « shapes, and takes shape within, the asymmetrical relations of power that operate under colonialism » (Niranjana 1992, p. 2). Elle est une arme à double tranchant, à la fois moyen de colonisation et moyen de décolonisation. Elle est également ce miroir qui reflète des inégalités culturelles latentes apparues une fois le transfert de pouvoirs entre colonisateurs et ex-colonisés opéré. Parmi le foisonnement des idées dans l'espace traductologique, un aspect en particulier semble être partagé par les nombreux écrits sur le sujet. Il s'agit d'une hégémonie particulière, celle des représentations.

### **2.1.3.1 Apport fondamental : l'hégémonie des représentations**

L'intérêt pour l'aspect hégémonique de la traduction a commencé dans les années 80, dès la prise de conscience voulant que la traduction ait été aussi un instrument de poids dans les enjeux

---

<sup>80</sup> Ces stratégies sont préconisées par Venuti, Niranjana et Rafael respectivement. La dernière n'a pas suscité beaucoup d'intérêt chez les traductologues.

<sup>81</sup> Pour Niranjana, le discours colonial englobe le « body of knowledge, modes of representation, strategies of power, law, discipline » et tout ce qui a été utilisé dans la construction et la domination des sujets coloniaux (Niranjana 1992, p. 7).

<sup>82</sup> La critique du caractère passif de la traduction a été alimentée, bien avant le virage postcolonial en traductologie, et ce, dès la prise en considération de l'élément de pouvoir dans le processus de traduction. L'idée de pouvoir ressort déjà dans l'ébauche tourienne sur les normes et plus tard dans le concept du patronage de Lefevre. Delisle et Woodsworth ont également exploré le rapport du traducteur et du pouvoir.

coloniaux (Robinson 1997, p. 10), dans les rapports inégaux entre les cultures (Niranjana 1992) et entre les langues (Venuti 1995). La définition dictionnaire de l'hégémonie renvoie à l'idée de pouvoir<sup>83</sup>, mais aussi à l'idée d'autorité et de suprématie. En contexte colonial, le concept indique toujours une idée de supériorité qu'elle soit militaire, politique, économique ou culturelle jumelée à une certaine notion d'autorité, c'est-à-dire la volonté de diriger l'évolution d'un peuple ou d'une nation. Quand il s'agit d'un pays anciennement colonisé, le concept d'hégémonie prend un caractère particulier qui s'étend dans le temps : l'influence du colonisateur continue même après son départ<sup>84</sup>. Ce concept serait même utile « to explain the continuing force of authority to shape the self-concept, values, political systems and personalities of whole populations long after the external source of that authority has been removed » (Robinson 1997, p. 22).

Le caractère hégémonique des représentations est un aspect qui est mis en relief par Edward Saïd dans son œuvre majeure *Orientalism* (1978)<sup>85</sup>. Saïd souligne que les effets de l'hégémonie symbolique sur les personnes sont aussi importants que ceux de l'hégémonie économique et politique. Il explore le rôle du transfert des connaissances dans la construction de l'image de l'étranger, notamment l'Oriental. Pour Saïd, l'Oriental est une construction occidentale; c'est une image fictive, souvent négative, qui est devenue réalité, aussi bien pour l'ex-colonisé que

---

<sup>83</sup> L'idée d'hégémonie comporte une grande part de pouvoir. Le concept de pouvoir chez les postcoloniaux n'est pas entendu de la même manière que chez les culturalistes. Par exemple, Lefevre (1992), influencé par la conception de Michel Foucault sur le pouvoir, appelle à dépasser l'aspect répressif de ce concept et de mettre plutôt l'accent sur son aspect productif. Il cite à ce propos Foucault « what makes power hold good, what makes it accepted, is simply the fact that it doesn't only weigh on us as a force that says no, but it traverses and produces things, it induces pleasure, forms knowledge, produces discourse » (Lefevre 1992, p. 15). En d'autres termes, le pouvoir n'est pas uniquement un facteur contraignant, mais également un élément de plaisir qui comporte une capacité de changement et de création. Pour Gentzler, il n'est pas important que le pouvoir soit positif ou négatif puisqu'il peut être facteur de répression comme un facteur de résistance (Gentzler et Tymoczko 2002, p. xix). Une telle perspective est partagée par Delisle et Woodsworth dans *Les traducteurs dans l'histoire* au cours de leur traitement des rapports entre le traducteur et le pouvoir (p. 138). Chez les postcoloniaux, le concept de pouvoir exclut toute idée de plaisir et apparaît surtout comme un élément de coercition et de domination. Gayatri Spivak (1988, p. 75) cite à cet effet la critique de Saïd de la conception foucauldienne du pouvoir qui lui permet de masquer « the role of classes, the role of economics, the role of insurgency and rebellion » (Saïd 1983, p. 243; cité dans Spivak, 1988, p. 75).

<sup>84</sup> Robinson, comme Niranjana et Saïd, fait appel au concept de l'hégémonie d'Antonio Gramsci. Celui-ci considère qu'il y a hégémonie lorsque certaines formes culturelles dominent les autres et qu'elles sont acceptées par la masse comme allant de soi. L'hégémonie selon Gramsci a ce quelque chose d'insidieux qui opère dans l'ombre et dans la durée, à travers une série de stratégies idéologiques au sein de la société civile, c'est-à-dire parmi l'ensemble de la population de l'État. En cela, il constitue un cadre idéal pour la conceptualisation de l'influence encore présente de la colonisation sur le sujet postcolonial (Saïd 1978, p. 6-7).

<sup>85</sup> Cet ouvrage est généralement présenté comme le point de départ des études postcoloniales (Lazarus 2007, Sibeud 2004).

pour l'ancien colonisateur<sup>86</sup>. Pour Niranjana, influencée fortement par les travaux d'Edward Saïd, les concepts traditionnels de la traduction (transparence, objectivité et fidélité) ont permis aux colonisateurs de produire une image du « non-Western other » (1992, p. 4) qui justifiait la colonisation de ce dernier (1992, p. 2). La traduction étant tributaire des notions occidentales philosophiques « of reality, representation and knowledge » (*ibid.*), elle a créé une image souvent péjorative du colonisé. Niranjana critique l'image de l'Indien paresseux, nonchalant, efféminé, inintelligent et passif<sup>87</sup>. Adoptant une approche poststructuraliste, elle propose de repenser la traduction à la lumière du « colonial practice of subjectification » (1992, p. 10) pour y relever essentiellement la construction de différence qui permet une représentation stéréotypée et hégémonique de l'Autre. Dans un article récent, Carcelen-Estrada relève l'image négative des Huaoranis, une population de l'Amazonie équatorienne, « traduite au monde extérieur » en tant qu'« ignorant savages », « primitive people » et « Stone Age people » (Carcelen-Estrada 2010, p. 73).

S'il est naturel de s'attendre à l'existence de ces représentations parmi les colonisateurs, il est étonnant de constater que les ex-colonisés continuent à s'identifier à ces représentations. Par exemple, les Indiens subjectivés par la culture hégémonique britannique ont intériorisé cette image et ont fini non seulement par ressembler à l'image que le colonisateur a brossée d'eux, mais continuent d'entretenir cette image. Niranjana affirme à cet effet que l'ex-colonisé est « still scored through by an absentee colonialism » (1992, p. 8) et cite à cet égard le cas de ces érudits indiens qui continuent à être « interpellés » par le discours de William Jones, un orientaliste britannique. Ces érudits appellent leurs compatriotes à essayer de préserver « accurately and interpret the national heritage » en suivant le chemin tracé par Jones (Niranjana 1992, p.13). Niranjana déplore l'influence encore persistante de Jones dans les écrits sur l'Inde (*ibid.*). Dans le cadre de la réflexion autour de notre corpus civiliste, une telle perspective semble constituer un syndrome postcolonial qui afflige certains juristes marocains,

---

<sup>86</sup> Saïd ajoute un élément important à la perspective postcoloniale. Les représentations se font dans un double sens. Elles ont des conséquences aussi bien sur les dominés que sur les dominants.

<sup>87</sup> En cela, Niranjana fait écho à Edward Saïd lorsqu'il analyse le discours d'Arthur James Balfour sur les Égyptiens. Ce discours répondait à l'idéologie de la justification de la présence britannique en Égypte. Pour Balfour, les Égyptiens ne sont pas si évolués pour comprendre les bienfaits de l'Empire sur leurs personnes. Il présente ceux-là comme « gullible "devoid of energy and initiative" much given to "fulsome flattery", "intrigue cunning", "liars", "lethargic and suspicious", and everything oppose the clarity, directness, and nobility of the Anglo-Saxon race » (Saïd 1978, p. 38-39). L'Européen est cependant présenté en des termes élogieux. Il est « rational, virtuous, mature, normal » (*ibid.*, p. 40).

chez lesquels le respect absolu de la lettre du code civil est une nécessité à défaut de laquelle, il y aurait inévitablement mauvaise interprétation. À preuve, aucune révision du code n'a eu lieu depuis son élaboration en 1912. S'agit-il d'une forme de sacralisation, intériorisée par la glorification, maintenant ancienne, de la forme codifiée et partant du code Napoléon lui-même? Se pourrait-il qu'il s'agisse d'une transposition de la sacralité du Livre (le Coran) au Code? S'agit-il d'une idéalisation du législateur étranger lui-même? Notons que la rédaction des textes législatifs de grande envergure, dont la constitution marocaine a toujours été effectuée par des juristes étrangers, notamment Français. Le code civil marocain est présumé être l'œuvre de Stéphane Berge, juriste français et tous les projets constitutionnels de 1962 à 1996 ont été partiellement rédigés par des professeurs de droit français de notoriété publique, dont Maurice Duverger, Georges Vedel, Jacques Robert et Michel Rousset. Ils étaient assistés en cela par des conseillers marocains (Ahmed Reda Guédira de 1962 à 1996, Driss Slaoui, Mohamed Moatassime en 1996) et quelques hauts fonctionnaires (le secrétaire général du gouvernement Abdesadiq Rabi'i en 1996) ou plus rarement des ministres (Abdellatif Filali, alors premier ministre, en 1996), le Roi Hassan II, juriste de formation, avait le dernier mot sur le contenu de la constitution ou des révisions proposées. Il semble que la situation a changé en ce qui concerne la dernière constitution. La révision de celle-ci a été déclenchée dans les circonstances qui ont accompagné le Printemps arabe. Les membres de la commission de révision sont tous des Marocains (juristes et professeurs d'université). Dans le même sens, la révision du *Code des obligations et des contrats* tunisien a été menée en 2005 par des juristes tunisiens uniquement<sup>88</sup>. L'élite maghrébine commence-t-elle à se considérer capable de gérer ses propres lois?

Les représentations sont tellement fortes qu'elles interviennent au stade de la sélection des œuvres qui font l'objet de traductions massives. Les cultures hégémoniques choisissent celles des auteurs qui correspondent à l'image que les Occidentaux se font de la culture ou de la société étrangère (Robinson 1997, p. 34). Dans ce sens, le choix du texte « and the particular mode of representation create an image which readers across the word take metonymically to stand for that culture as a whole » (Tymoczko 1995, citée dans Hermans 1999, p. 128). Les traductions

---

<sup>88</sup> Cette révision est malheureusement très limitée. Une certaine sacralisation semble toujours planer sur toute réforme législative. Sur les modifications apportées à la version originale tunisienne, voir la page 185 de cette thèse.

ultérieures ont alors une fonction précise, celle de corroborer les stéréotypes déjà existants sur les peuples concernés. C'est le cas par exemple des œuvres de l'écrivain égyptien Naguib Mahfouz, titulaire d'un prix Nobel dont le choix a été acclamé en Occident, mais critiqué dans le monde arabe. Il y a aussi le cas de l'écrivain marocain Mohammad Choukri, dont les œuvres ont été traduites vers plusieurs langues européennes et dont le rayonnement en Occident dépasse de loin celui au Maroc. Les œuvres de ces écrivains répondent aux attentes du lecteur occidental en confirmant les représentations déjà construites des sociétés dont elles proviennent : les œuvres de Naguib Mahfouz portent sur une Égypte pauvre et misérable, dominée par le pouvoir patriarcal et l'injustice sociale; celles de Mohammed Choukri traitent d'érotisme et d'homosexualité dans un environnement marginalisé et extrêmement pauvre.

### **2.1.3.2 Intérêt et limites du virage postcolonial**

La perspective postcoloniale marque une rupture plus précise que les autres virages traductologiques avec la fonction idéaliste et abstraite de la traduction<sup>89</sup>. La traduction n'est plus considérée comme un « noble task of bridging the gap between peoples, as the quintessential humanistic enterprise » (Niranjana 1992, p. 47) ou comme ce désir sur fond ethnographique abstrait de faire connaître l'autre. Elle partage avec bien des disciplines cette « historical complicity in the growth and expansion of European colonialism in the nineteenth and twentieth centuries » (Niranjana 1992, p. 47-48). L'aspect « dialogue » de la pratique traductionnelle s'est effacé devant son aspect « domination » entre des cultures dont les niveaux économiques et sociaux sont inégaux.

À la lecture des ouvrages clés qui ont influencé le virage postcolonial en traductologie, une idée d'ensemble s'impose d'elle-même. La traduction est vue négativement. Elle se joint à d'autres disciplines, comme le droit ou la littérature, pour exercer une violence réelle sur ses destinataires. Elle est la source des malheurs qui se sont abattus sur les nations et les peuples des pays anciennement colonisés. Dans le sens propre comme dans le sens figuré, elle est « one of the key tools by which the Europeans stole the Indian's land, turned some of them into

---

<sup>89</sup> En comparant entre l'approche postcoloniale et l'approche systémique (polysystème), Robinson avance que « from a postcolonial viewpoint, polysystems theory seems bland and abstract, very lightly grounded in actual political engagements » (Robinson 1997, p. 104).

pseudo-Europeans and killed the rest » (Robinson 1997, p. 106)<sup>90</sup>. Niranjana ne va pas jusqu'à une telle affirmation, mais sa démonstration ne réussit pas à broser un tableau plus reluisant de la traduction. La traduction est la source d'une domination symbolique<sup>91</sup> dont les effets sont aussi importants que la domination physique (Niranjana 1992, p. 34). C'est un discours qui a servi à légitimer la colonisation (*ibid.*, p. 20) et qui a donné autorité à certaines représentations, pour la plupart péjoratives, de l'Oriental. Ce dernier vit d'ailleurs encore dans des représentations dont les effets sont tellement négatifs que seule une retraduction de l'histoire est en mesure de rétablir la vérité.

La figure du traducteur dans la pensée postcoloniale est double. Elle oscille entre deux extrêmes dans lesquels le traducteur est soit colonisateur, soit décolonisateur. Le traducteur-colonisateur est l'outil même de la colonisation. C'est le cas par exemple de William Jones, juriste et traducteur des lois indiennes qui, ne trouvant pas la traduction des érudits indiens du sanskrit fiable, estima qu'il était mieux placé pour traduire ces lois pour eux. Prétendant connaître les Indiens mieux qu'ils ne se connaissent eux-mêmes<sup>92</sup>, il s'est prévalu du statut de législateur pour donner aux Indiens « their own laws » (Niranjana 1992, p.18). Sur ce point, nous pourrions établir un parallèle avec les codificateurs du code civil tunisien qui, estimant que les Arabes (Tunisiens en l'occurrence) manquaient d'esprit de synthèse, entreprirent non seulement de leur confectionner un droit, mais de le traduire pour eux. L'action du traducteur-décolonisateur s'opère généralement après le départ du colonisateur. Il est surtout question de revalorisation du sujet colonial et d'effacement du passé colonial. Dans ce sens, le « retraducteur » doit se réapproprier la traduction et combattre sur deux fronts : le discours du colonialisme et le discours essentialiste des anticolonialistes, complice du discours impérialiste. Cette retraduction

---

<sup>90</sup> Il faut placer cette citation en contexte. Robinson traite, dans sa critique de la manière dont la traduction est perçue chez les auteurs postcoloniaux, de l'apport d'Eric Cheyfitz dans ce sens. La citation ci-dessus est plutôt une tentative humoristique de résumer la négativité extrême de la traduction comme moyen de colonisation.

<sup>91</sup> Niranjana fait appel ici au concept de domination symbolique de Pierre Bourdieu, et à la violence qu'elle exerce sur l'individu. À cause de sa participation dans les pratiques discursives de tous les jours, le sujet postcolonial participe au maintien des rapports asymétriques qui caractérisent le colonialisme (Niranjana 1992, p. 32).

<sup>92</sup> Il est à noter que cette question a été soulignée par Toury. La traduction étant un fait de la culture cible, elle est destinée à remplir un vide dans cette culture. En contexte colonial, un vide présumé peut être créé par le colonisateur « who also purports to "know better" », la manière dont il faut pallier ce vide. Ce raisonnement explique le cas d'importation de connaissances étrangères au lieu d'en créer localement, car « the more persuasive rationale is not the mere existence of something in another culture/language, but rather the observation that something is "missing" in the target culture which should have been there and which, luckily, already exists elsewhere » (Toury 1995, p. 27.)

signifie une sorte de relecture contradictoire des traductions existantes de manière à mettre l'accent sur la différence et la résistance<sup>93</sup> dans le but de reconquérir l'espace occupé par l'Autre et de redéfinir le sujet postcolonial moderne.

En misant sur le traducteur en tant que valeur pouvant inverser les rapports de domination qui ont assujetti les peuples colonisés, le virage postcolonial a grandement modifié le rôle du traducteur. Plus visible que dans les autres perspectives traductologiques, celui-ci est appelé à réécrire l'histoire (Tymoczko 2010, p. 17) et à réhabiliter l'image de l'ex-colonisé (Niranjana 1992, p. 172). Si l'espoir placé dans le traducteur de renverser les pouvoirs est très grand, le poids des responsabilités (pourvu qu'il en soit conscient) engendrées par cet espoir doit l'être lui aussi. On se demande si le traducteur n'est pas perdu dans les oppositions binaires absolues : colonisé/colonisateur, dominant/dominé, colonie/métropole, minorité/majorité<sup>94</sup>, s'il ne traîne pas la mission de retraduire l'histoire des colonisés comme un boulet. De plus, quels sont les moyens et outils dont il dispose pour mener cette entreprise colossale? Sa figure elle-même n'échappe pas à cette vision binaire et quelque peu simpliste, elle varie entre le traducteur manipulateur (Jones) ou traducteur subversif résistant. Souvent perçu comme sujet monoculturel, on omet d'envisager la complexité identitaire dont il pourrait se prévaloir. Notons également que le rôle de résistance et de retraduction/réécriture de l'histoire est alloué par procuration au traducteur qui n'a pas nécessairement vécu la période *traumatisante* de l'histoire de son pays ou de sa culture.

Bien qu'elle revendique un intérêt prononcé pour les effets de la traduction, la perspective postcoloniale reste ancrée dans l'analyse du texte lui-même. En dehors du postulat voulant que les sujets postcoloniaux vivent encore dans l'image d'eux-mêmes créée par le dominant, peu d'effets sociaux ou politiques de la traduction sont traités dans les ouvrages postcoloniaux. De plus, la recherche est limitée aux textes littéraires. L'analyse de textes de grande envergure, comme les codes juridiques, est ignorée. En traitant de Jones, Edward Saïd reconnaît le rôle du droit en tant qu'« occupation with symbolic significance for the history of Orientalism » (1978,

---

<sup>93</sup> L'appel à la résistance envoyé au traducteur n'est pas sans rappeler celui de Venuti (1995, p. 312). Il est à noter que le côté résistant du traducteur est beaucoup moins exploré dans les écrits postcoloniaux que son côté manipulateur.

<sup>94</sup> Ces thèmes sont d'ailleurs repris dans nombre d'ouvrages sur la traduction (Tymoczko, Venuti), pour ne citer que ceux-là.

p. 78), mais ne va pas jusqu'à citer des exemples juridiques. Niranjana, comme Edward Saïd, cite bien le cas du juriste et traducteur William Jones ainsi que des lois indiennes, mais réserve son analyse à un poème sacré, un texte d'ailleurs très court<sup>95</sup>. La plus grande contribution en ce sens demeure « the translation of the Treaty of Waitangi: A Case of Disempowerment » de Sabine Fenton et Paul Moon, publié dans *Translation and Power* de Edwin Gentzler et Susan Bassnett en 2002. Fenton et Moon traitent du rôle de la traduction dans la colonisation britannique des Maoris. Pour ce faire, ils examinent le contexte historique et idéologique, le processus de traduction ainsi que les effets de la traduction du Traité de Waitangi sur les Néo-Zélandais. Selon eux, la manipulation de la part du traducteur, un missionnaire anglican du nom de Henry Williams, de la version de ce document juridique présentée aux Maoris a conduit ces derniers à l'accepter, cédant ainsi leur souveraineté et du même coup leur territoire aux Britanniques. Williams, conscient des buts d'une « colonizing translation », a produit une version en langue autochtone très différente de la version anglaise (Fenton et Moon 2002, p. 26). Afin de s'assurer l'accord des Maoris, il a non seulement converti le langage juridique du traité en un langage simplifié susceptible d'être compris par ceux-ci, mais il a aussi donné un sens différent à certains termes de manière à ce qu'ils renvoient à des concepts « other than the sense in which they were used » (Fenton et Moon 2002, p. 33)<sup>96</sup> dans la version anglaise. De plus, il a choisi des termes « obscure and ambiguous », en a omis d'autres<sup>97</sup> et n'a pas rendu les termes dans leurs équivalents maoris le plus proches, mais dans ceux employés par les Maoris « to convey meaning in the missionary translations of the Bible » (*ibid.*).

Il semble pertinent de s'arrêter sur les deux stratégies les plus visibles en traduction, notamment celle préconisée par Venuti, pour ce qui est du virage culturel et celle de Niranjana, pour ce qui est du virage postcolonial. La stratégie de Venuti, aboutissement de la pensée culturaliste, est l'étrangéisation ou minorisation, selon l'angle de vision qu'on adopte. Elle consiste à perturber le style de la traduction de manière à la rendre non transparente et empêcher son absorption par

---

<sup>95</sup> L'analyse de Niranjana porte majoritairement sur le paratexte, ce qu'elle qualifie de « outwork » (1992, p. 13), c'est-à-dire préfaces, lettres et poèmes de Jones, entre autres.

<sup>96</sup> Par exemple, le terme « sovereignty » a été traduit par un terme qui signifie « governance » en langue locale. Juridiquement parlant, la différence est très grande entre les deux concepts.

<sup>97</sup> À ce sujet, Henry Williams affirme que « in this translation it was necessary to avoid all expressions of English for which there was no expressive term in Maori, preserving entire the spirit and tenor of the treaty » (Fenton et Moon 2002, p. 26). Notons également qu'il ne disposait que d'une nuit pour traduire l'ensemble du traité.

la culture cible. Une traduction étrangéïsante serait une « disruption of target-language cultural codes, so that its value is always strategic, depending on the cultural formation into which it is translated » (Venuti 1994, p. 42). Sur le plan pratique, la stratégie de Venuti consiste à introduire délibérément des éléments d'étrangeté dans le texte traduit (Munday 2001, p. 147). Il adopte pour ce faire une approche littérale, c'est-à-dire, respecte fidèlement la structure et la syntaxe du texte source. Venuti donne l'exemple de sa propre traduction d'un écrivain italien du 19<sup>e</sup> siècle (Tarchetti). Il insère, dans le but de rappeler sans cesse au lecteur le statut de traduction du texte qu'il est en train de lire et de l'initier à une lecture hétérogène, quelques éléments perturbateurs dans le texte traduit. Il recourt ainsi au calque (*sojourn/soggiorno*), aux archaïsmes (*scapegrace*) ou à des néologismes (*funk, con artist*) et utilise des graphies différentes de mots (britanniques comme *offence, demeanour*)<sup>98</sup>. Niranjana s'inscrit également dans cette « attack against homogenizing and continuous narratives » (Niranjana 1992, p. 185), mais va encore plus loin que Venuti. S'il est important pour elle de rester le plus près possible du texte source, il est essentiel que le traducteur puisse révéler l'instabilité du texte original (Niranjana 1992, p. 156) afin de comprendre « the specific significance inherent in the original which manifests itself in its translatability » (Benjamin 1969, p. 71, cité dans Niranjana 1992, p. 180) et d'interrompre la transparence et la fluidité (*smoothness*) d'un « totalizing narrative » (*ibid.*, p. 185). Dans sa *retraduction* d'un poème indien sacré du 12<sup>e</sup> siècle, Niranjana produit une traduction littérale et étrangéïsante selon une stratégie qu'elle qualifie de « speculative, provisional, and interventionist » (p. 173). Elle va dans le sens contraire de l'évolution traductionnelle et opère un retour au mot comme « operational 'unit' of translation » (Bassnett et Lefevere 1990, p. 8). Après avoir accusé deux autres traductions de l'objet de son analyse de constituer des versions romantisées ou christianisantes, elle opère une série d'interventions dans le texte de manière à y replacer quelques éléments, signifiants de son point de vue, pour saisir le contexte religieux et spirituel dans lequel le poème a été créé<sup>99</sup>. Parmi les interventions qu'elle entreprend dans le texte, Niranjana restitue le nom de la divinité religieuse (Guhesvara), absente dans la version « christianisée » (*Lord of the cave*). Elle enlève l'interjection *ô*, sans doute trop chrétienne ou

---

<sup>98</sup> Les exemples sont tirés de Jeremy Munday, *Introducing Translation Studies. Theories and applications*, 2001, p. 147.

<sup>99</sup> L'appréciation de la version de Niranjana comme de son interprétation reste relative dans l'impossibilité de comprendre la langue d'origine, le Kannada. De plus, le projet de Niranjana étant de très grande envergure, soit décoloniser l'Inde et par ricochet, déconstruire le discours colonial, il est difficile, comme l'énonce Robinson « to see how any one of these translations is "better" or "worse" than any of the others for the project of decolonizing India » (Robinson 1997, p. 110).

orientaliste à son avis. Elle insère le terme *linga* et opte pour la première acception dictionnaire du terme *heresari* qui est *drew back* puisqu'elle indiquait mieux le contexte, selon Niranjana. La « deliberate roughness » (1992, p. 185) de la traduction permet, affirme Niranjana, au texte d'« affecter », dans le sens de Benjamin, la langue dans laquelle il a été traduit.

Il est légitime de demander jusqu'à quel point les stratégies préconisées par les tenants des théories postcoloniales seraient ouvertes au traducteur juridique<sup>100</sup>, connaissant les contraintes dont ce dernier fait l'objet. Ces contraintes sont à la fois liées à la nature du texte lui-même et au contexte culturel, social et politique de la création des textes juridiques. Le recours aux calques ou à la création de néologismes est une technique courante dans la traduction des textes législatifs *légus* par le colonisateur. Par contre, l'adoption d'une stratégie perturbante (ou corruptive) du point de vue de la syntaxe ou de la grammaire ou encore la préservation des éléments étrangers dans un code semble tout à fait impossible, dans la mesure où c'est justement ces éléments étrangers qu'on veut faire *oublier* aux destinataires du texte. La traduction « officielle » des textes législatifs semble répondre à une logique très différente de celle des textes littéraires, en particulier dans un contexte colonial ou postcolonial.

#### **2.1.4 Le virage sociologique en traductologie**

La réflexion sur la traduction semble prendre depuis quelques années un virage de plus en plus sociologique. Par « virage sociologique », nous entendons le champ d'intérêt de la traductologie selon lequel la traduction est présentée comme un phénomène social, dont les acteurs sont insérés dans un système social et subissent les contraintes de ce système. Sous cet angle, le processus de traduction semble être géré par des facteurs sociaux, depuis la sélection du texte à traduire, jusqu'à la réception du public.

L'intérêt pour les aspects sociologiques de la traduction n'est pas nouveau. Déjà, en 1988, Holmes évoquait l'avantage d'une sociologie de la traduction. Les normes, concept sociologique, ont permis d'insérer le texte traduit dans un contexte social, élargissant ainsi la

---

<sup>100</sup> Ce questionnement ne concerne pas uniquement le traducteur juridique. Les stratégies littérales et perturbatrices ne semblent pas recevoir application dans les textes pragmatiques. Elles restent limitées en pratique à la haute sphère des traductologues ou à ceux et celles, provenant d'autres disciplines, qui se penchent sur la traduction (Niranjana et Raphael) (Robinson 1997, p. 1).

portée de l'investigation dans l'espace traductologique. Les virages culturel et postcolonial ont permis la prise en considération de certains aspects sociaux de production et de réception des traductions, qui étaient présents en arrière-plan, mais qui n'étaient pas mis en relief comme l'idéologie et les logiques hégémoniques.

De nombreux traductologues s'entendent pour dire que les théories de la traduction ont toujours eu une certaine conscience de la nature sociale de cette pratique (Wolf 2007, p. 13). L'« idée sociale » (Gouanvic 1999, p. 16) serait même présente, plus ou moins visiblement, dans plusieurs courants en traductologie, notamment au sein des études culturelles<sup>101</sup>, des théories systémiques et des approches sociocritiques. Il n'y a simplement pas eu de théorisation étendue de ces questions ou même débroussaillage afin de mettre en relief les aspects sociologiques d'une traduction : « there is quite a difference between a more or less vague consciousness of research deficits and systematic research on social aspects of translation » (Wolf 2007, p. 13).

Depuis une vingtaine d'années, la dimension sociale de la traduction a gagné en visibilité, notamment grâce à une multitude de publications faisant appel à des concepts ou à des méthodologies sociologiques. Citons à titre d'exemple : *Sociologie de la traduction : La science-fiction américaine dans l'espace culturel français des années 1950* (1999) et *Pratique sociale de la traduction : le roman réaliste américain dans le champ littéraire français, 1920-1960* (2007) de Jean-Marc Gouanvic; le colloque « Translating and Interpreting as a Social Practice » (2005) organisé par Michaela Wolf et Alexandra Fukari; des publications de la revue *The Translator* « Sociocultural Aspects of Translation and Interpreting (2003), édité par Anthony Pym; « Bourdieu and the Sociology of Translation and Interpreting » (2005), un numéro spécial consacré à la réception de la théorie de Pierre Bourdieu en traductologie, dirigé par Moira Inghilleri; « Constructing a Sociology of Translation » (2007) dirigé par Michaela Wolf et Alexandra Fukari et plus récemment « Applied Sociology in Translation Studies » (2010) édité par Oscar Diaz Fouces et Esther Monzo dans lequel quelques figures du virage sociologique sont apparues (Michaela Wolf et Jean-Marc Gouanvic).

---

<sup>101</sup> Selon Michaela Wolf, l'aspect de la traduction en tant que pratique sociale est central aux travaux d'André Lefevere. La notion de réécriture, par exemple, traduit par excellence la manipulation sur deux plans, celui du texte et celui de la culture qui le reçoit. Ce concept renvoie également à des notions bourdieusiennes comme le capital symbolique ou culturel (Wolf 2007, p. 10).

Les motifs qui ont conduit au virage sociologique en traductologie sont nombreux. Les tenants de ce virage évoquent par exemple l'insuffisance des moyens fournis par les modèles systémiques, culturels ou des sous-modèles comme la sociocritique (Brisset) ou le postcolonialisme à sortir d'une « problématique intertextuelle, centrée sur le rapport entre un texte et sa traduction » (Heilbron et Sapiro 2002b, p. 2) ou à saisir la complexité de la traduction (Wolf 2007, p. 6). On évoque également l'urgence de la prise en considération de tous les aspects de production d'un texte, qui déterminent les stratégies de traduction (Gouanvic 1999) ou cette volonté d'observer les effets sociaux d'une traduction et du traducteur sur la société. C'est aussi le désir de se distancier des conceptions traductologiques axées sur les langues et « pas assez sur les faits de société » (Gouanvic 1999, p. 141).

Le virage sociologique semble élargir la portée de la recherche traductologique. Il permet d'englober le marché de la traduction, les maisons d'édition, entre autres. Le traitement réservé à la traduction comme phénomène social permet une vision globale qui commence bien avant l'ordre de traduire et va jusqu'à la commercialisation du produit, en prenant en considération, au passage tous les agents qui interviennent et interagissent dans le processus de traduction. Enfin, les instruments empruntés à la sociologie permettent de visualiser les rapports entre les différentes parties (personnes physique, morale ou symbolique). C'est un moyen de parer la dépersonnalisation de la pratique de traduction au sein de laquelle la figure du traducteur était plus ou moins présente.

#### **2.1.4.1 Intérêt de l'approche sociologique à la traduction**

Michaela Wolf (2010, p. 34) se pose des questions sur les avantages d'une approche sociologique et sur les gains que l'application des outils sociologiques aux différentes étapes de la traduction pourra apporter à la discipline. Pour répondre à cette question, elle met l'accent sur deux points, soit les décisions relatives à l'éthique qui gouvernent la pratique de la traduction et le comportement du traducteur ainsi que l'aspect socio-politique comme élément clé dans la compréhension de la traduction comme pratique sociale. La responsabilité éthique et sociopolitique du traducteur constitue, selon Wolf (*ibid.*), un défi à l'approche traductionnelle du rôle du traducteur dans la société. Se posant des questions sur l'éthique de la traduction et faisant appel à plusieurs notions (fidélité, loyauté), elle finit par conclure que la reconnaissance

de la traduction « in shaping cultures and societies reveals the importance of its ethical and political agenda and challenges traditional views on translation concepts » (*ibid.*, p. 43). Dans ce sens, une approche sociologique permettra au traducteur de bénéficier des mêmes droits que les autres agents sociaux dans le processus de communication. Pour Gisèle Sapiro, une approche sociologique doit mettre fin à la perspective réductrice des normes qui met en place deux systèmes différents pour la culture source et la culture cible. Elle « doit prendre pour objet l'hétérogénéité de ces deux espaces, régis par des logiques et des contraintes différentes et parfois contradictoires, selon les instances et les enjeux sociaux impliqués dans le processus de transfert. Elle s'intéressera à la variation des normes selon au moins deux variables : la position sociale du texte et la position sociale des importateurs » (Sapiro 2008, p. 200).

Dans *Sociologie de la traduction. La science-fiction américaine dans l'espace culturel français des années 1950*, paru en 1999, Gouanvic propose une réflexion sur la traduction « en des termes qui rendent compte des enjeux sociaux de cette pratique culturelle » (Gouanvic 1999, p. 13). Pour ce traductologue, il manquait aux autres courants traductologiques, en particulier les approches systémistes, une composante centrale, à savoir une sociologie des productions symboliques (1994, p. 119). Il évoque le besoin d'une théorie sociale, notamment celle de Bourdieu. Pour Gouanvic, une sociologie de la traduction est un exercice de « double réflexivité » (*ibid.*, p. 16) par lequel le sociologue de la traduction<sup>102</sup> s'inclut dans le jeu social en tant que sujet connaissant et objet de connaissance. Dans *Pratique sociale de la traduction. Le roman réaliste américain dans le champ littéraire français (1920-1960)* publié en 2007, Gouanvic met l'accent sur la théorie sociologique de Pierre Bourdieu, laquelle permet d'intégrer une « théorie des genres littéraires au modèle heuristique des champs » (2007, p. 10). Pour Hélène Buzelin (2004, p. 732), une sociologie de la traduction permettra d'étudier le processus de la traduction de l'intérieur. Une approche scientifique, basée sur la pensée du sociologue français Bruno Latour « could help overcome the limits of the polysystemic model »,

---

<sup>102</sup> La distinction de Gouanvic entre « traductologue » et « sociologue » de la traduction est étonnante. Le traductologue est un agent qui lutte pour imposer les classements théoriques de la discipline ainsi que la problématique légitime dans le champ de la traductologie. En revanche, le sociologue de la traduction s'engage, dans un exercice de double réflexivité, dans le jeu social, à la fois comme sujet et objet de connaissance. Cette approche est fortement influencée par la perspective bourdieusienne sur la sociologie scolastique. Puisque Gouanvic semble reprocher aux traductologues leur approche scolastique (en l'espèce, observer l'opération de traduction de haut, sans en faire partie) à la discipline, devrait-on comprendre que le traductologue devrait se faire sociologue de la traduction afin de « entrer dans le jeu » traductologique?

notamment le peu d'accent mis par ce modèle sur le processus de *production* de traduction (2007, p. 135). Une sociologie de la traduction d'aspect latourien apportera la lumière sur la manière dont les traductions littéraires, en terrains commerciaux, sont produites (*ibid.*, p. 138). Johan Heilbron et Gisèle Sapiro envisagent la traduction comme un bien culturel (Bourdieu). Une approche sociologique « doit prendre en compte plusieurs aspects des conditions de circulation transnationale des biens culturels, à savoir la structure de l'espace des échanges culturels internationaux, le type de contraintes – politiques et économiques – qui pèsent sur ces échanges, les agents de l'intermédiation et les processus d'importation et de réception dans le pays d'accueil » (2007, p. 2).

#### **2.1.4.2 Les champs d'intérêt : agent, processus, produit**

Dans « emergence of a sociology of translation » (2007), Michaela Wolf établit une typologie des champs d'intérêt dans les approches sociologiques. Ces champs se chevauchant, il n'est pas facile d'établir des frontières claires entre eux. Selon Wolf, le virage sociologique semble être divisé en trois courants qui mettent l'accent sur l'agent, le processus ou le produit. Nous traiterons respectivement ces trois courants dans les lignes qui suivent.

La place du traducteur dans le processus de traduction commence, depuis quelques années, à monopoliser la traductologie<sup>103</sup>. Un grand changement s'est opéré dans la façon dont on perçoit le traducteur, plus seulement comme un médiateur entre deux textes, mais comme un intervenant majeur dans le phénomène de la traduction. Certains traits personnels du traducteur sont pris en compte pour expliquer les stratégies adoptées au cours de la traduction. Une telle perspective n'est toutefois pas particulière au virage sociologique. En 1995, Delisle et Woodsworth, sans se réclamer explicitement du virage sociologique, exploraient des éléments biographiques de certains traducteurs afin de mettre en relief le rôle de ces agents dans la formation des littératures, dans le transfert du savoir ou la propagation de religion, entre autres. Le courant postcolonial a mis en relief le rôle activiste, résistant et nationaliste du traducteur. Dans ce cas,

---

<sup>103</sup> Jeremy Munday trouve étrange que ce « virage » vers le traducteur ait pris longtemps à avoir lieu puisqu'une traduction ne peut avoir lieu sans traducteur (2001, p. 157).

quel est l'élément nouveau qui distingue le virage sociologique des autres tentatives de mise en relief du traducteur?

D'après la lecture des contributions d'inspiration sociologique, l'explication au traducteur du sens de ses actes semble constituer la visée même d'une sociologie de la traduction. Le virage sociologique apporte un « focus on translators as people » (Pym 2003, p. 3), lacune dont on semble reprocher particulièrement l'absence aux études descriptives, bien qu'il existe dans d'autres approches traductologiques. Des concepts comme l'*agent*, l'*habitus* et l'*illusio* fournissent des prismes d'études de l'histoire du traducteur et permettent de justifier les stratégies traductionnelles. Le concept « agent » sera défini dans les lignes qui suivent, à côté du « processus » et du « produit ». L'*habitus* et l'*illusio* le seront à la section portant sur les théories prédominantes dans le virage sociologique en traductologie (2.1.4.3).

L'agent traductionnel est mis en avant dans de nombreuses études. Wolf explore les pratiques de la traduction féministe dans les pays germanophones. Elle s'est intéressée au rôle et à la position de la traductrice en tant qu'agente sociale dans le champ de la traduction (2007, p. 14) et à la place de celle-ci dans ce champ. Grâce à des analyses de l'*habitus* et de l'*illusio*<sup>104</sup> du traducteur, Gouanvic explore les apports d'agents dans l'implantation d'un nouveau genre, notamment celui de la science-fiction dans le champ littéraire français. Hélène Buzelin s'inspire de la théorie de l'acteur-réseau de Bruno Latour et propose de tenir compte de la pluralité des agents participants au processus traductionnel (2004, p. 740). Dans ce sens, elle suit de très près l'opération de traduction dans des maisons d'édition afin de mieux comprendre le rôle des acteurs<sup>105</sup>, autres que le traducteur, qui participent à la mise au point du texte traduit, auxquels peu d'intérêt était accordé jusque-là dans la recherche traductologique. Cet intérêt mettrait fin à « l'invisibilité légendaire » (2007, p. 141) du traducteur.

Le traducteur est bien inscrit dans un « social system » (Wolf 2007, p. 1), mais il n'est plus l'« agent privilégié » (Gouanvic 1999, p. 17) du processus traductionnel. Il fait désormais partie

---

<sup>104</sup> Les concepts d'*habitus* et d'*illusio* seront discutés dans les pages qui suivent.

<sup>105</sup> En sciences sociales, les termes « agent » et « acteur » ne sont pas interchangeables. Le concept d'agent, très fréquent chez Bourdieu et dans la pensée traductologique d'inspiration bourdieusienne, semble comporter une certaine charge de déterminisme et peut référer à des individus ou à des groupes, tandis que le concept d'acteur semble indiquer une certaine liberté d'action chez l'individu. Sur la distinction entre acteur et agent (et langage), voir Claude Dubar, « Les sociologues face au langage et à l'individu », *Langage et société*, vol. 3, 2007, n° 121-122, p. 29-43.

d'une multitude d'autres agents aussi actifs que lui dans ce processus (auteur, éditeurs, réviseur, vendeur, critique, lecteur, médias de masse, entre autres). Il est à noter que les agents peuvent être des individus (traducteur, critique ou éditeur) ou des entités (marché de traduction, médias). Dans les recherches sociologiques, inspirées de Bruno Latour, les agents, ou plus précisément actants ne sont pas limités aux humains, mais englobent également les machines<sup>106</sup>.

Dans son article « La traductologie, l'ethnographie et la production de connaissances » (2004), Buzelin critique la manière dont les recherches d'orientation sociologique abordent le processus traductionnel. Elle affirme que les perspectives sociologiques, notamment celles inspirées de Pierre Bourdieu, approchent le texte dans une « reconstruction *a posteriori* » (2004, p. 739), négligeant en chemin d'autres éléments qui ont contribué à la naissance même du texte traduit. Ces éléments (négociations entre agents, imprévus, stratégies de persuasion, orientation des agents, etc.) ne sont pas apparents dans le produit fini et risquent de disparaître une fois le texte produit (*ibid.*). Buzelin déplore également le manque d'études de terrain et propose d'approcher la traduction *in situ* (une maison d'édition par exemple) (Buzelin 2004, p. 740) pour observer des facteurs centraux comme la gestion de risque, les contraintes juridiques, financières ou temporelles ainsi que les ressources (humaines et matérielles) (2004, p. 739).

Dans « Pour une sociologie de la traduction : bilan et perspectives » (2007), Gisèle Sapiro et Johan Heilbron mettent l'accent sur l'aspect « transfert culturel » de la traduction. S'inspirant de la pensée bourdieusienne sur les conditions sociales de la circulation internationale des biens culturels, ces chercheurs voient en la traduction un « produit culturel » qui fait l'objet d'un « inter – and transnational transfer » (Wolf 2007, p. 16), placé au sein d'un marché mondial de la traduction. Ils explorent la traduction dans un cadre de « résultat » dans lequel des questions comme la rentabilité ou la construction d'un fonds (valeur littéraire) sont traitées.

Dans son ouvrage *Sociologie de la traduction : la science-fiction américaine dans l'espace culturel français des années 1950* (1999), Gouanvic s'intéresse au « flux international de la traduction » (2007, p. 10). Il fait appel à la sociologie bourdieusienne pour affirmer que les textes étrangers traduits et mis sur le marché entrent dans la logique du marché des biens

---

<sup>106</sup> Dans l'état actuel de la recherche d'inspiration latourienne sur la traduction, l'aspect non humain n'est toutefois pas très exploité.

culturels. Une traduction est motivée par la loi du marché où un « éditeur » cherche à imposer un produit vecteur d'un nouveau système de goûts et animé par l'esprit de profit (Gouanvic 1999, p. 18)<sup>107</sup>.

Bien que voulant rompre avec l'aspect économique de l'opération de traduction (Heilbron et Sapiro 2007), le courant axé sur le produit fait ressortir des éléments plus économiques que sociaux. La lecture de certaines contributions fait ressortir des termes plus proches de la politique ou des relations internationales que de la traductologie proprement dite.

#### **2.1.4.3 Les théories prédominantes dans le virage sociologique de la traduction**

Dans l'état actuel de la recherche traductologique, deux théories sociologiques<sup>108</sup> semblent attirer l'intention des traductologues. La théorie de Pierre Bourdieu et la théorie de Bruno Latour. La première est plus visible dans l'espace traductologique, ce dont témoigne le recensement des nombreux ouvrages et articles faisant appel aux idées bourdieusiennes. Nous allons consacrer une grande partie de la présente section à présenter la pensée bourdieusienne appliquée à la traduction. Nous traiterons sommairement de l'autre apport sociologique à la traduction, soit la théorie de Bruno Latour.

##### **2.1.4.3.1 Pierre Bourdieu : *champ, habitus et illusio***

Si le recours à la sociologie de Pierre Bourdieu est fréquent dans plusieurs disciplines, à savoir le droit, les sciences politiques, l'économie, l'histoire, entre autres, il est sans aucun doute le sociologue dont la pensée est la plus présente dans l'approche sociologique à la traduction. S'il n'est pas simplement cité dans les publications portant sur la traduction, ses idées sont adoptées

---

<sup>107</sup>À la distinction classique entre le produit et le processus, Gouanvic (2007, p. 13-14) propose une approche de la traduction en termes de production. Considérer la traduction en tant que production signifie que la traduction est considérée « dans le moment même de sa genèse, dans l'instant de son émergence » selon l'*habitus* du traducteur. Elle n'est qu'accessoirement envisagée en tant que produit (Gouanvic 2007, p. 22). Ce « possible théorique » ajoutera une « dimension spécifique » à la recherche axée sur le processus et le produit. Gouanvic n'explique pas toutefois ce qu'il entend par « dimension spécifique ».

<sup>108</sup> Il y en a bien une troisième, celle de Niklas Luhmann, qui semble intéresser Théo Hermans au point où ce dernier lui a consacré quelques articles. L'intérêt de Hermans ne semble pas être partagé par d'autres traductologues. Ce qui peut s'expliquer par le fait que, dans une sociologie de la traduction fondée sur les idées de Luhmann, les traducteurs ne feraient pas partie du système social. Selon Luhmann, le système n'est pas constitué d'individus, mais de communications (Hermans 1999, p. 137-150 et 2007, p. 55-75).

par de nombreux chercheurs en tant qu'outils exploratoires de la pratique traductionnelle. Citons à titre d'exemple, Daniel Simeoni, Jean-Marc Gouanvic, Moira Inghilleri et Michaela Wolf.

Parmi ces chercheurs, Jean-Marc Gouanvic est sans doute le chercheur qui s'est le plus penché sur l'application des concepts sociologiques de Bourdieu à la traduction. Critiquant les constructions binaires (source/cible, fond/forme, domestication/étrangéisation) qui dominent la pensée traductologique et qui voilent « la nature de ce qui est à l'œuvre dans la traduction » (2006, p. 123), il propose d'objectiver la traduction (connaissance scientifique) afin d'y intégrer le sujet (le traductologue) (2006, p. 125). Analysant l'importation et la réception d'un genre littéraire, soit la science-fiction au moyen de la traduction, il affirme que la théorie de Pierre Bourdieu permettrait d'analyser le phénomène de la traduction dans tous ses états, du texte traduit à la pratique de la traduction (1999, p. 20). Selon Gouanvic, c'est un modèle heuristique grâce auquel il sera possible de « rendre compte de ce qui est au principe des transformations et des manipulations que subissent les textes dans le processus de la traduction » (1999, p. 141). Il serait également possible, grâce aux concepts bourdieusiens, en particulier ceux de *champ*, d'*habitus* et d'*illusio*, de rendre compte de toute la complexité de l'opération de traduction à la fois en tant que production et produit et du traducteur en tant que producteur (Gouanvic 2007, p. 22) et créateur de nouveaux espaces/champs. Pour Gouanvic « l'enjeu d'une sociologie de la traduction réside dans l'articulation de ces concepts avec la traduction » (2006, p. 125). Dans les pages qui suivent, nous procéderons à la présentation des trois concepts les plus utilisés en traductologie, soit le *champ*, l'*habitus* et l'*illusio*. Nous verrons également leur application à la traduction.

Le concept de champ est venu répondre à l'insuffisance des deux modes dominants de lectures sociologiques de la modernité (Voyé 1999), à savoir la classe et la strate. Le concept de classe, qu'on doit au marxisme, établit des rapports de conflit entre deux classes, celle des bourgeois et celle des prolétaires. Le concept de strates est d'origine américaine. Comme sa connotation géologique l'indique, il exprime une idée de « couches » dans laquelle l'individu n'est pas enlisé, contrairement à l'idée de classe sociale. Une strate est plutôt vue comme « une échelle sur laquelle chacun a la possibilité de monter pourvu qu'il fasse des efforts dans ce sens » (*ibid.*, p. 84). Le concept de classe n'était plus pertinent à l'étude de sociétés dans lesquelles les termes « révolution » et « aliénation économique » n'avaient pas de sens. Celui de strate a vu son

importance réduite par la prise de conscience que l'ascension sociale « facile » à laquelle il référait n'était pas aussi aisée (*ibid.*, p. 85). C'est alors que le concept de champ a fait son apparition.

Le champ est un concept fondamental à la théorie sociale de Bourdieu dans lequel s'insèrent tous les autres concepts (*habitus, capital, illusio*)<sup>109</sup> et qui permet de tenir compte du changement social. Dans le sens bourdieusien, ce concept renvoie à la manière dont « un “produit social” déterminé est mis à la disposition d'une certaine demande sociale à travers l'organisation légitime (c'est-à-dire généralement admise) d'un ensemble de rôles, d'objectifs et de moyens » (*ibid.*, p. 86). C'est un espace où « les agents ou les groupes d'agents sont définis par leurs positions dans le champ » (Bourdieu 2001, p. 294) et où « les rapports de forces objectifs s'imposent à tous ceux qui entrent dans ce champ » (*ibid.*). La définition à laquelle on a le plus souvent recours dans les contributions d'inspiration bourdieusienne veut que le champ soit un système de « dispositions durables et transposables, structures structurées prédisposées à fonctionner comme structures structurantes, c'est-à-dire en tant que principes générateurs et organisateurs de pratiques et de représentations qui peuvent être objectivement adaptées à leur but sans supposer la visée consciente de fins et la maîtrise expresse des opérations nécessaires pour les atteindre [...] » (Bourdieu 1980, p. 88, cité dans Gouanvic 2007, p. 82).

Gouanvic distingue le champ de la traductologie de l'espace de la traduction. Le champ de la traductologie, un champ scientifique « au plein sens du terme » (Gouanvic 2007, p. 81) possède toutes les caractéristiques d'un champ dans le sens bourdieusien. Sa raison d'être est de se faire reconnaître « en tant que champ autonome du savoir » (Gouanvic 1999, p. 146) et de mettre fin à la subordination du « champ » de la traduction par rapport à d'autres champs apparentés (la linguistique ou la littérature<sup>110</sup> par exemple). Il repose sur l'existence d'agents qui lui sont propres (traducteurs, réviseurs, éditeurs, entre autres). Il a des industries (maisons d'édition, cabinets et agences de traduction et de révision) ainsi que des moyens techniques en perpétuelle

---

<sup>109</sup> Les concepts bourdieusien ne sont pas à prendre dans une définition figée ou unique. Bourdieu a défini ses concepts de plusieurs manières au fil de l'évolution de sa théorie sociale.

<sup>110</sup> Les champs ne sont pas égaux. Ils sont hiérarchisés les uns par rapport aux autres en fonction de plusieurs facteurs, dont le poids (ou le capital) accordé au produit qu'ils diffusent. Le statut de texte traduit ayant toujours vécu dans l'ombre du texte original, il est facile de comprendre que le champ traductologique ait eu de la difficulté à se positionner en tant que champ distinct.

évolution pour accompagner l'essor de ce domaine (logiciels informatiques, outils d'aides à la traduction). Il se prévaut de lieux de formation (universités, écoles de formation). Il s'est doté d'institutions, de revues et d'associations (OTTIAQ, Association des traducteurs littéraires, de réviseurs entre autres) et son thème fait l'objet de conférences et de rencontres nationales et internationales. C'est un champ qui existe parce qu'il y a des agents qui ont des intérêts matériels et symboliques qui prennent position sur le thème de la traduction (Gouanvic 1999, p. 144). Par contre, la traduction n'est qu'un espace qui relève de la nature des textes traités d'un champ en particulier<sup>111</sup>. Par exemple, la traduction littéraire appartient au champ littéraire et la traduction juridique au champ juridique<sup>112</sup>. Une traduction aura les mêmes enjeux que ceux du champ source « dont certains traits se communiquent aux champs ciblés par la traduction » (*ibid.*) Gouanvic estime que le traitement des traductions au sein d'un champ permet de saisir les enjeux de ces traductions dans le champ en question. Ces enjeux seraient mesurables, pour ce qui est de la littérature française, objet d'intérêt de Gouanvic, grâce à l'analyse de la manière dont les traducteurs font bouger les « hiérarchies de légitimités socio-esthétiques dans le champ » (Gouanvic 2006, p. 126) en question.

L'*habitus* est le concept le plus fréquemment employé dans les études sur la traduction. Bourdieu définit ce concept comme suit :

Produit de l'histoire, l'*habitus* produit des pratiques, individuelles et collectives, donc de l'histoire, conformément aux schèmes engendrés par l'histoire; il assure la présence active des expériences passées qui, déposées en chaque organisme sous la forme de schèmes de perception, de pensées et d'action, tendent, plus sûrement que toutes les règles formelles et toutes les normes explicites, à garantir la conformité des pratiques et leur constance à travers le temps. (Bourdieu 1980, p. 91)

---

<sup>111</sup> Selon Michaela Wolf (2007, p. 21), l'appartenance de chaque traduction au domaine dont elle relève rend difficile la conceptualisation d'un champ dans le sens bourdieusien. D'abord parce qu'il existe des différences fondamentales entre les mécanismes opérant dans la production des textes originaux et celle des traductions. Ensuite, la position des agents dans ce champ est éphémère vu la nature temporaire de leurs contrats, ce qui entraîne une reconstitution constante des circonstances de la traduction. Enfin, les instruments destinés à la consécration des traducteurs et de leur produit sont beaucoup moins établis que ceux des auteurs et du produit source, ce qui conduit à un partage inégal du capital symbolique.

<sup>112</sup> Bourdieu n'a pas pensé sa théorie pour le droit et encore moins pour la traduction. Ses écrits concernant le champ juridique et les actions de ses agents (dont le traducteur ne fait pas partie) sont peu nombreux. Dans « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986), il définit le champ juridique comme « le lieu de concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (*nomos*) ou le bon ordre, dans laquelle s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la capacité socialement reconnue d'*interpréter* (de manière plus ou moins libre et autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social » (Bourdieu 1986, p. 4).

Bourdieu traite ici d'une sorte d'*habitus*<sup>113</sup> *générique*, qu'en est-il de l'*habitus* du traducteur? Présente-t-il des spécificités?

Appliqué à la traduction, le concept d'*habitus* prend une dimension beaucoup plus large et complexe. Selon Munday (2001, p. 158), Gouanvic met l'accent sur l'*habitus* comme étant une partie intégrante de l'histoire, de l'éducation et de l'expérience personnelle des traducteurs. Ce traductologue affirme que les choix lexicaux et esthétiques révélant la voix du traducteur ne sont pas des choix stratégiques conscients, mais l'effet d'un *habitus* particulier acquis dans le champ littéraire cible. Étant « le social incorporé » (Bourdieu 1992, p. 103, cité dans Gouanvic 2007, p. 86), l'*habitus* du traducteur se forme « dans les luttes antérieures menées dans les champs, il se définit dans la relation avec les enjeux du présent et est tourné vers l'à-venir qui se dessine dans les comportements qui s'offrent à lui » (Gouanvic 2006, p. 127). La traduction résulte de la « rencontre entre un *habitus* socialement constitué et une certaine position déjà instituée ou possible dans la division du travail de production culturelle » (Bourdieu 1984, p. 210).

Gouanvic distingue l'*habitus* primaire de l'*habitus* spécifique. L'*habitus* primaire est formé à l'apprentissage d'une seconde langue et serait une condition de l'acquisition de la pratique de la traduction. Il n'est toutefois pas suffisant pour *faire* le traducteur. L'*habitus* spécifique se construit à partir de la rencontre de deux cultures, l'indigène et l'étrangère. La culture indigène est celle de l'*habitus* primaire du traducteur, celle vers laquelle il traduit. Pour Gouanvic, l'*habitus* primaire conditionne le processus de traduction, ce qui peut créer des traductions ethnocentriques. S'il traduit vers la « seconde langue-culture », il sera plus porté, par son *habitus*, à aller vers le champ source que vers le champ cible et à conserver les marques d'étrangeté du texte source dans la traduction.

Dans « Objectivation, réflexivité et traduction » (2007), Gouanvic analyse les *habitus* de trois « agents traducteurs » français (p. 84) de littérature américaine, notamment Maurice-

---

<sup>113</sup> Il semble judicieux d'insister sur le fait que Bourdieu sépare l'*habitus* de l'habitude. Celle-ci est répétitive et mécanique, tandis que l'*habitus* comporte un côté créateur et non servile et « quelque chose de puissamment générateur » (Bourdieu 1980, p. 134). Le concept d'*habitus* est créatif en ce sens que bien qu'il soit ancré dans l'agent, il ne l'empêche pas de produire des stratégies ou d'avoir une capacité d'ajustement à des situations données. Dans ce sens, il est « [...] à la fois principe générateur de pratiques objectivement classables et système de classement (*principium divisionis*) de ces pratiques. C'est dans la relation entre les deux capacités qui définissent l'*habitus*, capacité de produire des pratiques et des œuvres classables, capacité de différencier et d'apprécier ces pratiques et ces produits (goût), que se constitue le monde social représenté, c'est-à-dire l'espace des styles de vie » (Bourdieu 1979, p. 190).

Edgar Coindreau, Marcel Duhamel et Boris Vian. L'*habitus* étant lié à la trajectoire sociale de chacun de ces traducteurs, il permet d'expliquer les raisons qui poussent ces derniers à apprécier ou à rejeter un auteur. Il cite le cas de Coindreau dont l'appréciation de Faulkner (et par ricochet le rejet de Hemingway) résulte du fait qu'il établissait un parallèle entre les personnages brossés par cet auteur du sud des États-Unis et les chouans, contre-révolutionnaires vendéens auxquels il s'identifiait parce qu'il était originaire de la même contrée qu'eux. Gouanvic évoque plusieurs types d'*habitus*. Coindreau possède un *habitus* qui le pousse vers la littérature sérieuse, Duhamel a un *habitus* plébéien dont le trait principal est « une conception eudémonique, ludique et jubilatoire » et Vian possède un *habitus* de *taupin*<sup>114</sup> possédant un réel talent littéraire (2007, p. 85). L'*habitus* peut être individuel ou collectif. Dans *Sociologie de la traduction* (1999, p. 142), Gouanvic traite d'un *habitus* collectif, celui de la bourgeoisie française dont la crainte de la science et de la technologie perçue comme productrice de mutations sociales risquant de renverser les rapports de force dans la société explique la difficile implantation de la science-fiction en France au début du siècle dernier.

Daniel Simeoni (1998) établit un lien entre le concept d'*habitus* et le concept de « normes ». Par rapport au concept tourien, le concept d'*habitus* présente l'avantage d'inclure un « caractère structurant et structuré ». Pour Simeoni, si tous les individus disposent d'un *habitus* social, peu d'entre eux disposent d'un « specialized professional *habitus* ». Il distingue entre l'*habitus* général (social) et l'*habitus* spécialisé (professionnel). L'apprentissage de la traduction transforme l'*habitus* général en un *habitus* spécialisé. Simeoni évoque l'idée d'un *habitus* traductionnel et encourage les traductologues à chercher à savoir « whether the differential of stylistic choices distinguishing different translators can be shown to be a function of the differences in their specialized *habitus* » (1998, p. 21). Pour Simeoni (1998, p. 18), le « modèle social » constitue une tentative d'interpréter les rapports entre l'*habitus* général ou restreint « within the context of the society at large, in a reasoned manner » (*ibid.*). Avant d'adhérer à un champ, le traducteur doit posséder un *habitus* compatible avec ce champ, ce qui renvoie à l'idée bourdieusienne « d'intérêt dans le jeu », reprise par Gouanvic grâce au concept de l'*illusio*.

---

<sup>114</sup> Accent par l'auteur.

Le troisième concept qui intéresse Gouanvic est celui de l'*illusio*. L'*illusio* est « le fait d'être pris au jeu » (Bourdieu 1997, p. 25). C'est un élément nécessaire au fonctionnement d'un champ dans la mesure où « pour qu'un champ marche, il faut qu'il y ait des enjeux et des gens prêts à jouer le jeu, dotés de l'*habitus* impliquant la connaissance et la reconnaissance des lois immanentes du jeu, des enjeux, etc. » (Bourdieu 1984, p. 114-116). Pour Gouanvic, l'enjeu d'une *sociologie de la traductologie* consiste à « faire apparaître les ressorts de l'*illusio*, l'adhésion au jeu traductologique, à savoir les intérêts pour un agent à prendre position sur un thème et s'efforcer de "dire le vrai" de ce thème » (1999, p. 145). Se penchant sur « le discours littéraire de la traduction dans sa pluralité socialement hiérarchisée » (2007, p. 10), Gouanvic place sa pensée dans le champ spécifique de la traduction littéraire et de ses genres. Il a choisi la définition de l'*illusio* littéraire, soit l'« adhésion originaire au jeu littéraire qui fonde la croyance dans l'importance ou l'intérêt des fictions littéraire, est la condition, presque toujours inaperçue, du plaisir esthétique qui est toujours, pour une part, plaisir de jouer le jeu, de participer à la fiction, d'être en accord total avec les présupposés du jeu » (Bourdieu 1992, p. 455, cité dans Gouanvic 2007, p. 87).

Le traducteur (littéraire) est un agent qui s'investit dans le jeu que lui offre le champ traductologique « selon des dispositions ajustées à ce jeu, elles-mêmes acquises dans le champ » (Gouanvic 2007, p. 87). De quelle manière le traducteur concrétise-t-il son intérêt à entrer dans le jeu? Selon Gouanvic, il « s'efforce de » transporter « en quelque sorte » les traits « du texte source dans la culture cible » (Gouanvic 2007, p. 87). Ce sont ces traits qui sont les producteurs de l'*illusio* (littéraire). La mission du traducteur consiste à trouver les moyens d'exprimer les traits génériques et discursifs du texte source de façon à ce que le lecteur cible prenne part au type d'*illusio* d'un champ, de la même manière que le lecteur du texte source. Le lecteur sera amené par cet *illusio* à classer les textes traduits dans des catégories génériques (policier ou science-fiction). Chaque *illusio* d'un texte reflète l'*illusio* d'un champ en particulier. Gouanvic donne l'exemple de *Fondation* du célèbre auteur de science-fiction Isaac Asimov. Cette œuvre exprime l'*illusio* du champ de la science-fiction. En revanche, *A Farewell to Arms* d'Hemingway exprime celle du champ du roman réaliste.

L'importation des concepts bourdieusiens semble répondre à un certain besoin du champ traductologique. Le concept de « champ », bien qu'il présente des similitudes avec celui de

« système », semble être moins soumis à la détermination présente dans ce dernier (Munday 2001, p. 158). Il permet d'intégrer la présence et l'action d'agents, peu explorée par les autres théories traductologiques, ainsi que la notion de lutte et de positions, approchées d'un point de vue plus objectif que dans l'approche postcoloniale. Plus généralement, les idées bourdieusiennes fournissent des moyens pour conceptualiser un cadre théorique sur le traducteur et sa pratique, grâce à l'*habitus* et à l'*illusio*, afin de leur faire acquérir la visibilité qui leur manquait.

#### 2.1.4.3.2 *Bruno Latour*

Contrairement à Pierre Bourdieu, Bruno Latour n'est pas un chercheur à qui il est fait énormément référence en traductologie. Hélène Buzelin s'est penchée sur l'application des idées de ce sociologue, notamment la théorie de l'acteur-réseau à la traduction<sup>115</sup>. La traductologue fonde son analyse sur l'idée que la conception latourienne de la traduction renvoie à un aspect de transformation et de mouvement qui est proche de la conception des chercheurs poststructuralistes en traductologie (2007, p. 138). Trouvant les approches traductologiques qui font appel à la sociologie de Bourdieu insuffisantes au traitement d'une opération aussi complexe que la traduction, Buzelin propose la manière dont la théorie sociale de Latour pourra compléter la perspective bourdieusienne adoptée par nombre de traductologues. La théorie latourienne permet de mettre davantage l'accent sur le processus de traduction « in the making » (Buzelin 2007, p. 135). Elle permet également de dépasser les questions de transfert et d'équivalence pour aborder des questions d'hybridité et de métissage qui demeurent sous-exploitées en traductologie. Grâce à cette théorie, la multiplicité des agents traductionnels « translation agent » (Buzelin 2005, p. 214) serait pleinement reconnue, évitant ainsi les

---

<sup>115</sup> La notion de traduction, affirme Michel Callon (2006, p. 41), un des fondateurs de la théorie de l'acteur-réseau, à côté de Bruno Latour, constitue le fondement même de la théorie de l'acteur-réseau. Empruntée à Michel Serres, cette notion servait initialement de moyen de comprendre la manière dont se déroule la circulation des connaissances scientifiques en évitant les notions scolastiques de champ ou de sphère sociale. Michel Callon et Michel Ferrary, « Les réseaux sociaux à l'aune de la théorie de l'acteur-réseau », *Sociologies pratiques*, 2006, vol. 2, n° 13, p. 37-44, p. 41. La notion de traduction chez Latour constitue « l'ensemble des négociations, des intrigues, des actes de persuasion, des calculs, des violences grâce à quoi un acteur ou une force se permet ou se fait attribuer l'autorité de parler ou d'agir au nom d'un autre acteur ou d'une autre force ». Michel Callon et Bruno Latour, « Le grand Léviathan s'appriivoise-t-il? » *Sociologie de la traduction : textes fondateurs*, École des mines de Paris, Paris, 2006, p. 12. Callon et Latour établissent également un rapport entre le contrat social et les opérations de cette traduction « ce que le contrat social montre en termes juridiques, à l'origine de la société [...], les opérations de traduction le démontrent empiriquement, de façon réversible, tous les jours dans les négociations multiples et parcellaires qui élaborent peu à peu le corps social » *ibid.*, p. 13.

perspectives réductionnistes qui mettent uniquement l'accent sur le traducteur. La sociologie de Latour permet une meilleure reconnaissance du caractère imprévisible<sup>116</sup> de la pratique de la traduction (Buzelin 2005, p. 205), ce qui est susceptible d'atténuer la recherche excessive de régularité chez les systémistes que justifie l'existence même des normes. D'ailleurs, la collecte de documentation selon la méthode ethnographique de Latour est susceptible d'aider à identifier les normes qui gouvernent les pratiques de la traduction, tout en évitant le déterminisme des études systémiques (2007, p. 143). Buzelin inscrit la traduction dans une « logique de réseau<sup>117</sup> » (*ibid.*) grâce à laquelle il est possible de saisir toute la complexité des interventions des actants humains (interventions, négociations) ou non humains (aspects techniques : logiciels, imprimantes, etc.) dans le processus de traduction.

L'aspect de « recherche sur le terrain » de la sociologie de Latour constitue, selon la traductologue (2007, p. 140), l'originalité de l'approche latourienne. En effet, Latour s'intéresse à la « manufacture » d'un objet d'étude, ce qui « allows for more specifically documenting from within two interdependent realities: the selection and promotion of foreign texts [...] and the work of translation and editing strictly speaking » (Buzelin 2007, p. 140). C'est un avantage majeur de cette approche puisqu'elle permet de combler une lacune dans l'état actuel des recherches, soit celle de mener uniquement des études de textes *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le texte traduit. Une approche *a priori* ouvrira donc la voie à un « more process-oriented kind of research » (2007, p. 142). Dans ce sens, le processus de traduction sera observé *in situ* (Buzelin 2004, p. 740), de manière à rendre possible le suivi de l'ensemble des étapes du processus traductionnel et la prise en considération des « multiples mains » (*ibid.*) ainsi que des données souvent ignorées ou perdues une fois le texte traduit.

Adoptant une approche ethnographique et critiquant le fait que le « process of making » en traduction littéraire, contrairement au processus scientifique ou artistique, n'ait pas fait l'objet d'études approfondies sur le terrain, le projet de Buzelin consiste à effectuer une étude sur la

---

<sup>116</sup> Buzelin affirme à cet égard que théoriquement, « actor-network theory does not give much consideration to norms. On the contrary, going a step further than Bourdieu in the recognition of agency, it claims that behaviour is somewhat unpredictable » (Buzelin 2005, p. 205).

<sup>117</sup> La prise en considération de l'action des objets dans le réseau différencie cette notion de la notion de « champ » ou de « système ». Latour considère la notion de réseau « plus souple que la notion de système, plus historique que celle de structure, plus empirique que celle de complexité » (Latour 1997, p. 10, cité dans Buzelin 2005, p. 197).

traduction « en laboratoire » (De Sutter et Gutwirth, 2004, p. 2), c'est-à-dire de suivre toutes les étapes du processus de traduction. Ce faisant, elle suit à la trace l'opération de traduction ainsi que le texte traduit dans toutes les phases de sa production : de la négociation des droits de traduction à la commercialisation du produit fini, en suivant au passage les acteurs et les actes de traductions selon une méthodologie empirique. Elle réunit des données de types discursifs, c'est-à-dire qu'elle réunit, au moyen d'entretiens, des informations de la part d'un large éventail d'acteurs participant au projet de traduction (gestionnaire du projet, éditeur, traducteur, réviseur, agent de presse, représentant, entre autres). Elle procède ensuite à la collecte de données écrites, notamment les différentes versions du texte traduit durant les phases de sa production et la documentation de nature administrative comme les contrats, la correspondance entre les participants, des brochures promotionnelles à distribution limitée. La troisième catégorie de données consiste en la consignation de notes prises durant tout le processus de production (à la suite des entretiens, des rencontres ou après observation des participants en action).

Cette approche est certainement très avantageuse dans une recherche portant sur un texte codifié. Toutefois, une analyse ethnographique de codes historiques serait-elle possible? On pourrait se demander si elle serait applicable à un champ/espace/réseau/système aussi fermé que le droit. Aurait-on été autorisé à suivre à la trace le processus de traduction d'un texte juridique d'une aussi grande envergure qu'un code civil, dans une aire géographique où le droit relève pratiquement du sacré? D'un autre côté, il y a fort à parier qu'une collecte d'informations auprès des codificateurs et des traducteurs de notre corpus de recherches (le C.O.C. et le D.O.C.), notamment au cours des travaux préparatoires, aurait été d'une grande aide, ne serait-ce que pour expliquer la méthode de rédaction adoptée, les choix syntaxiques et lexicaux adoptés au cours du processus de traduction ainsi que certaines tendances observées dans les textes cibles, difficilement insérables dans une case traductologique.

#### **2.1.4.4 Critique du virage sociologique**

Dans l'état actuel de la recherche sociologique sur la traduction, il semble qu'on n'ait pas encore dépassé l'interrogation sur ce qu'un virage sociologique pourrait apporter à la traduction (Hermans, Pym, Simeoni, Wolf, entre autres). La dénomination même du virage ne semble pas faire l'unanimité chez les chercheurs qui s'intéressent à la question. C'est ainsi qu'il y a

« sociologie de la traduction » (Gouanvic, 1999), « socio-traductologie »<sup>118</sup> (Gambier, 2007), « sociology of translation studies » (Wolf, 2007) et « Sociology Applied to Translation » (Diaz Fouces et Monzo, 2010). Les tenants de cette dernière dénomination justifient leur choix par la nécessité de tirer profit des différentes théories sociologiques sans nécessairement en privilégier une en particulier. Dans tous les cas, il semble s'agir d'un champ en construction qui est encore à l'étape d'expérimentation de cadres théoriques et de méthodologies de recherche. Dans les lignes qui suivent, nous allons nous pencher sur quelques écueils du virage sociologique.

#### **2.1.4.4.1 Une approche (trop) interdisciplinaire?**

L'emprunt de cadres théoriques ou de modèles heuristiques ou épistémologiques à la sociologie n'est pas toujours perçu comme un enrichissement du champ sociologique. Dans « Y a-t-il une place pour une socio-traductologie? » Yves Gambier s'interroge sur la place éventuelle d'une socio-traductologie. Il se demande si les virages fréquents en traductologie constituent des « hésitations épistémologiques » (Gambier 2007, p. 205), des « essais méthodologiques » ou des « virages opportunistes » (*ibid.*, p. 205-206). Le recours à des concepts sociologiques tient-il lieu de « bridging role », comme semble le penser Chesterman (2007, p. 172) dont l'utilité est d'arriver à une sorte de « consilience » dans l'espace traductologique et de mettre fin à la fragmentation, déjà considérable, de la discipline? Wolf (2007, p. 22), discutant du recours massif aux concepts bourdieusiens, estime qu'il est grand temps de passer outre l'aspect heuristique<sup>119</sup> emprunté à la théorie bourdieusienne et de chercher « more closely into the theorising potential of his framework for a more comprehensive understanding of translation ». Un tel saut ne serait possible que si un « critical questioning of the limits of his theoretical and analytic work for the development of a sociologically oriented translation studies » (*ibid.*) est entrepris.

Les perspectives sociologiques semblent opérer une sorte d'application partielle des concepts empruntés. Une « certaine vulgarisation » (Gambier 2007, p. 207) semble avoir transformé les concepts bourdieusiens en termes fétiches (*ibid.*) qui ne sont pas exploités en profondeur. Le

---

<sup>118</sup> Graphie adoptée par l'auteur cité.

<sup>119</sup> Citant Bernard Lahire (Le travail sociologique de Pierre Bourdieu, 1999), Michaela Wolf semble s'adresser aux traductologues pour leur demander de cesser l'« endless repetition of these concepts and prefabricated arguments » et de se livrer à une relecture critique de ses travaux en entamant un dialogue constructif avec le sociologue (Wolf 2007, p. 22).

concept d'*habitus* en particulier semble faire partie de ces *bridge concepts* « which capture overlaps between other notions, and thus enable us to cross borders and set up new viewpoints » (Chesterman 2007, p. 172) dont le courant sociologique est très fécond. Il pourrait être considéré comme la réaction du traducteur aux normes et aux contraintes que ces normes lui imposent, consciemment ou inconsciemment. Sans remettre en question la pertinence de *l'importation* de ce concept dans l'espace traductologique, on gagnerait mieux à en définir les frontières, de manière de permettre la pleine saisie de sa signification et de pouvoir l'appliquer en connaissance de cause au cas traductologique en particulier. Il faudra également décider de la part de déterminisme qu'il comporte. Est-il toujours vrai que les choix lexicaux et esthétiques du traducteur ne sont pas des choix stratégiques conscients (Gouanvic 2006), ce qui l'empêche d'être « complètement le sujet de ses pratiques » (Bourdieu 1997, p. 166)? Ou à l'inverse peut-il adopter des stratégies propres selon un certain « objectif » qu'il se fixe?

Il semble que les concepts sociologiques empruntés à la sociologie de Pierre Bourdieu ne soient pas suffisants (Gouanvic 2006, p. 131 et 2007, p. 169) pour mener à bien une recherche traductologique ou pour « construire un discours théorique sur la traduction » (Gouanvic 2007, p. 169). Par conséquent, il est fait appel à des notions purement traductologiques pour pouvoir mener à bien une analyse de traductions. On assiste alors à des alliages entre des concepts sociologiques et des concepts traductologiques, à des comparaisons et à des tentatives de rapprochement entre certains concepts. Gouanvic (2007, p. 82) par exemple fait appel au concept d'*habitus* pour reconceptualiser la « pulsion de traduire » de Berman en « *libido translalandi* », à la manière bourdieusienne (*libido sciendi*, par analogie) (Bourdieu 2003, p. 25). Selon Gouanvic, Bourdieu va au-delà de la constatation bermanienne voulant que les traducteurs soient motivés par une telle pulsion : toute la théorie sociale de Bourdieu est construite pour expliquer le rôle de l'agent et ses pratiques. Gouanvic va encore plus loin en établissant un certain parallélisme entre les notions bourdieusiennes et bermaniennes : l'expérience bermanienne ressemble à la pratique bourdieusienne et la réflexion bermanienne équivaudrait au concept de réflexivité chez Bourdieu. Dans une autre contribution (2007, p. 88) et pour relativiser l'idée du « transport homologique » parfait opéré par la traduction, Gouanvic fait appel au concept de *décentrement* de Meschonnic, tout en lui conférant un sens sociologique. Un autre concept de Meschonnic employé par Gouanvic (2006, p. 129-130) est celui de la

*signifiante* qu'il associe à l'*illusio* bourdieusienne. Le traductologue affirme que c'est par la *signifiante* que serait possible l'évaluation du transfert de l'*illusio* d'un texte à un autre (*ibid.* p. 131). Gouanvic emploie la signifiante de Meschonnic pour traiter le « matériau textuel » (2007, p. 39), notamment des éléments comme, la ponctuation, la rythmique ou la prosodie des textes qui font l'objet de son analyse.

Gouanvic n'est pas le seul à recourir à la pensée bermanienne. Pierre Lassave (2006, p. 150) considère que le projet bermanien rejoint la sociologie dans sa recherche de détermination de la position explicite ou implicite du traducteur au sein de « l'horizon traductif » et permet d'analyser, sur le plan traductologique, l'analyse de la réception et des effets d'une traduction, notamment à travers la critique, à la fois sur le public et sur le traducteur. Dans son article « The location of the 'translation field': Negotiating borderlines between Pierre Bourdieu and Homi Bhabha », Wolf estime également que la théorie sociale de Bourdieu est insuffisante pour rendre compte de tous les enjeux du transfert culturel (2007, p. 114), puisqu'elle ne met pas la lumière sur le phénomène de médiation, lequel « generates the actions of the agents involved in the translation enterprise » (p. 110). Pour ce faire, Wolf fait appel au concept du « Third Space » d'Homi Bhabha, qui présente des analogies avec ce qu'elle dénomme « mediation space » mettant l'accent sur ce qui est « in between », hybride ou qui constitue une « zone de contact » elle-même productrice d'une forme de vie. La prise en considération de cette zone de contact est seule capable de rendre compte des renégociations continues qui accompagnent le processus de traduction et que le concept de champ, tel que perçu par Bourdieu, ne met pas en relief (2007, p. 22).

#### **2.1.4.4.2 Une pensée axée sur le texte littéraire**

La contribution sociologique à la traduction reste profondément axée sur le texte littéraire et dans la sphère littéraire (Lassave 2006, p. 137) malgré le fait que la traduction littéraire ne représente qu'une fraction minime des traductions réalisées au quotidien (Gambier 2007, p. 206). Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le nombre de publications se réclamant du virage sociologique. Un tel état de choses est sans doute lié au domaine de spécialité des chercheurs dont la plupart ont une formation littéraire. Dans tous les cas, très peu d'intérêt est accordé à la traduction utilitaire, c'est-à-dire au type de traduction qui fait vivre la majorité

écrasante des traducteurs dans le monde. Qu'en est-il des autres types de traduction, notamment la traduction juridique?

En dehors de l'espace traductologique, les concepts sociologiques comme l'*habitus* ou le *champ* ou encore celui du *système social* de Niklas Luhmann sont souvent employés par les juristes ou les sociologues juridiques (Baudouin Dupret, Bernard Botiveau, entre autres). Par contre, en traductologie juridique, très peu de contributions se sont intéressées à l'application de concepts sociologiques à la recherche sur la traduction juridique. À notre connaissance, il n'existe qu'une seule tentative d'application dans ce sens<sup>120</sup>. Il s'agit d'un article de Carmen Africa Vidal Clarmonte, « Re-presenting the 'Real': Pierre Bourdieu and Legal Translation ». Cet article s'inscrit dans le cadre d'une recherche doctorale et a été publié dans *The Translator* en 2005. L'auteure fait appel aux notions bourdieusiennes de *capital*, d'*habitus* et de *champ* afin d'explorer deux concepts, celui de « re-présentation » et celui de « reality » en traduction juridique. Ces concepts, dit-elle, sont des constructions théoriques qui n'échappent pas à des influences idéologiques et culturelles et qui conditionnent la vision qu'a une société du monde (2005, p. 260). Elle affirme que les approches à la traduction juridique doivent comprendre que le « real » dépend de l'interprétation et à la représentation qu'on en fait au moyen du langage (*ibid.*, p. 262). Le traducteur juridique quant à lui doit être un agent « who speaks to the other, on behalf of the other, not as strangers but as neighbours » (*ibid.*, p. 271). Abordant la traduction juridique « as a cultural and historical phenomenon » et cherchant à explorer « its contexts and its conditioning factors, to search for grounds that can explain why there is what there is » (Hermans 1999, p. 5, cité dans Vidal Clarmonte 2005, p. 261), elle fait appel aux concepts de Pierre Bourdieu pour saisir non pas le pouvoir du langage lui-même, mais le type d'autorité ou de légitimité qui se cache derrière lui (*ibid.*, p. 261). L'*habitus* des acteurs joue un grand rôle dans la structuration de la réalité et de sa représentation ultérieure en fonction d'une série de pressions fondées sur la position qu'occupent les acteurs dans la société (*ibid.*, p. 263). Le texte juridique ne serait pas neutre parce qu'il est déterminé par le *capital symbolique* du locuteur, de l'auteur ou du récepteur.

---

<sup>120</sup> Quelques contributions liées à l'interprétation, forme orale de la traduction, existent. Ces contributions cherchent à appliquer différents concepts sociologiques à l'interprétation et la pratique des interprètes en milieu judiciaire. Quelques concepts sont explorés : *champ*, *capital symbolique*, *habitus*, entre autres. Voir *Applied Sociology in Translation Studies*, 2010.

#### 2.1.4.4.3 *Une approche extratextuelle*

L'insuffisance des concepts sociologiques appliqués à la traduction apparaît particulièrement lorsque vient le temps d'analyser le texte traduit. La pensée sociologique, qu'elle appartienne à Bourdieu ou à Latour, permet une conceptualisation du processus et des agents/acteurs, mais ne fournit pas d'outils d'analyse textuelle, ayant été beaucoup plus construite pour s'appliquer à l'environnement du texte qu'au texte proprement dit. En effet, l'approche sociologique à la traduction a rarement pour objet le texte lui-même. Si l'importance d'une approche textuelle ou sémiotique n'est pas niée en théorie, il est à remarquer que la traduction proprement dite a peu de place dans les écrits d'aspect sociologique.

L'accent sur le hors-texte est particulièrement marqué dans les travaux de Heilbron et Sapiro (2002). Ces chercheurs estiment que l'un des apports importants du virage sociologique réside dans le fait de « sortir le texte de la problématique intertextuelle, centré entre le rapport entre un original et sa traduction » mettant ainsi fin, entre autres, à la « mise entre parenthèses » (*ibid.*, p. 1) de la pluralité des agents impliqués dans le processus de la traduction, des conditions sociales de possibilités de la traduction ainsi que sur les fonctions des traductions pour le traducteur, les médiateurs et les récepteurs « dans leurs espaces historiques et sociaux de réception » (*ibid.*). Ils procèdent à l'analyse de quelques aspects économiques de la pratique de la traduction (système mondial des traductions, statiques sur les langues utilisées, entre autres). Une approche textuelle ne fait pas partie de leur analyse.

#### 2.1.4.4.4 *Une « survisibilité » du traducteur?*

Les travaux de Lawrence Venuti sur l'invisibilité du traducteur ont marqué la conceptualisation traductologique. À l'état actuel de la recherche traductologique, peut-on affirmer que le traducteur est toujours invisible? Tout pousse à croire le contraire. Il est loin le temps où les études en traductologie portaient uniquement sur le texte ou son environnement, mais très rarement sur le traducteur. Grâce à des concepts comme l'*habitus* ou l'*illusio*, celui-ci occupe désormais une place importante dans les études sur la traduction. C'est là un aspect important

qui sans être tout à fait particulier à l'approche sociologique<sup>121</sup>, constitue sans doute l'apport le plus visible de ce virage.

Le désir d'en savoir davantage sur « who is doing the mediating, for whom, within what networks, and with what social effects » (Pym 2003, p. 4) laisse craindre une survalorisation du traducteur au détriment de l'intention accordée au texte traduit. L'intérêt accordé aux traducteurs « as people » (*ibid.*, p. 3) et partant à la présentation d'éléments biographiques des traducteurs ou à son *habitus* mènera-t-il à ce que Pym (*ibid.*, p. 2) nomme une « sociologie du traducteur »? Selon Lassave « une éventuelle sociologie de la traduction ne devrait pas se réduire à une sociographie des traducteurs ni rester l'annexe d'une sociologie des champs culturels en cause » (Lassave 2006, p.149). Pour ce sociologue, il faut faire la différence entre une « sociologie des traducteurs » et une « sociologie de la traduction » (*ibid.*, p.150). La première ne peut remplacer la seconde si elle ne tient pas compte des modalités mêmes de transfert interlinguistique de la traduction.

Le virage sociologique semble être partagé entre une survalorisation du traducteur et la minimisation du rôle de ce dernier. D'une part, l'exploration de l'*habitus* du traducteur tend à surreprésenter celui-ci dans les recherches récentes en traductologie (Gouanvic, Wolf, entre autres). D'autre part, l'insertion de celui-ci dans un ensemble d'acteurs ayant un rôle aussi important que lui dans le processus de la traduction semble atténuer sa « priorité » sur les autres. Pour constater cette affirmation, il suffit de calculer le nombre de pages accordées à la présentation du traducteur, à son *habitus* ou à d'autres acteurs du processus de la traduction (maisons d'édition, par exemple) dans un ouvrage ou article appartenant au répertoire sociologique traitant de la traduction. La prise en considération de la figure du traducteur n'est pas sans intérêt pour notre recherche. Dans le cadre d'analyse de textes législatifs dont la traduction a enclenché un changement juridique, la figure du traducteur est peu présente, mais

---

<sup>121</sup> Le rôle du traducteur pouvait se voir en filigrane dans bon nombre de virages, notamment le virage descriptif à travers l'analyse de la subjectivité du traducteur et du processus de socialisation de celui-ci. En effet, Toury traitait déjà de cette question dans *Descriptive Translation Studies and Beyond* en 1995 sans lui accorder toutefois une grande partie de sa thèse. Si le traducteur est un peu plus visible dans le virage culturel, son rôle dans le processus traductionnel est quelque peu occulté par la place prédominante accordée à l'environnement et au contexte des traductions.

jamais loin. Autour d'elle orbitent d'autres figures dont la présence est plus ou moins importante dans le paysage de traduction.

#### **2.1.4.4.5 *Peu d'intérêt dans les effets sociaux de la traduction***

Une condition *sine qua non* d'une approche sociologique de la traduction est, selon Gouanvic (2007, p. 20) la nécessité de placer l'activité de traduction au sein de son milieu social et de mettre l'accent sur les interventions de ses agents ainsi que sur les conditions structurelles et institutionnelles qui produisent la traduction. Dans son analyse de l'importation de la science-fiction américaine en France, Gouanvic (1999, p. 87), après avoir affirmé qu'une des causes de l'importation de la science-fiction serait un appel au changement social (*ibid.*, p. 142) évoque les effets de la traduction de ce nouveau genre dans le champ littéraire français, notamment la mythification de la culture américaine, la consécration des modèles littéraires français déjà existants de manière à rendre la traduction agréable au lectorat français, la production d'une vision du monde dominé par les valeurs américaines et les développements techno-scientifiques sur lesquelles est fondée une grande partie de l'hégémonie américaine.

Malgré le fait que plusieurs chercheurs du virage sociologique revendiquent une plus grande place à l'étude des effets de traduction dans la société réceptrice, il ne semble pas qu'il y ait encore d'études sur les effets sociaux de la traduction (Wolf 2007, p. 6). Dans « pour une sociologie de la traduction » (2006), Heilbron et Sapiro affirment que l'analyse des « flux de traduction à la lumière des rapports de force entre les langues permet de mieux comprendre les effets des changements historiques ». Ils ne s'intéressent nullement aux effets de la traduction elle-même dans la société réceptrice. Dans un article récent, Wolf (2010, p. 34) se questionne sur les effets d'une approche sociologique à la traduction. Bien que Wolf affirme que l'analyse des effets sociaux de la traduction aidera dans l'identification du traducteur et du traductologue comme un « constructing and constructed subject in society » (Wolf 2007, p. 1), l'état actuel de la recherche en ce sens ne dit pas la manière dont cette double structuration se réalise ni la façon dont on peut l'observer dans la pratique.

#### 2.1.4.4.6 *Trois concepts, une seule réalité : entre champ, réseau et système*

L'espace traductologique est reconnu par la multiplicité de ses concepts, dont les similitudes sont grandes, mais les différences ne sont pas prononcées. En prenant en considération leur caractère hautement abstrait, il est légitime de se poser des questions sur la pertinence de la pluralité de ces concepts dans la mesure où ils décrivent une même réalité, soit un espace structuré qui possède ses propres règles de fonctionnement (Hermans 1999, p. 132) et grâce auquel une visualisation de l'espace de traduction « into its internal structure and evolution, and its relations with the outside world » (Hermans 1999, p. 103) est rendue possible. Nous nous posons des questions sur la pertinence d'accorder l'exclusivité (Grutman 2009) à un concept plutôt que l'autre.

La critique qui semble être adressée à la conception formaliste du paradigme « système » est qu'il semble souffrir de rigidité et ne considère que très peu l'aspect actif de l'élément humain dans le processus de la traduction, insistant davantage sur le fonctionnement du système en tant que tel et sur les contraintes ou les pressions engendrées par celui-ci sur le traducteur et sur les circonstances de traduction. Le paradigme champ vient apporter une autre perspective qui satisfait ceux qui veulent mettre l'accent sur le traducteur en tant qu'individu « à responsabilité sociale ou culturelle » (Wolf, Gouanvic). Mettant l'accent sur le côté « champ de forces », une des caractéristiques qui qualifient un « champ littéraire » selon Bourdieu, ce paradigme offre le moyen de conceptualiser les luttes<sup>122</sup> des agents (ou entre les agents) afin de se créer une position, qu'ils ont acquise par *habitus* et qu'ils poursuivent par *illusio*, pour eux-mêmes ou pour leur produit dans le champ traductologique. Le champ apporte son lot de concepts qui permettent de discuter de nombreux aspects relatifs à la personne et à la pratique du traducteur, soit l'*habitus*, l'*illusio*, le *capital* (culturel, économique ou symbolique).

---

<sup>122</sup> Grutman (2009, p. 147) offre un point de vue intéressant : l'aspect conflictuel (ou agonistique selon les termes de l'auteur) existe aussi dans la pensée systémique. Selon cet auteur, l'absence d'accent mis sur les agents dans le paradigme « système » à travers notamment cette notion de « combat » (*ibid.*) justifie l'intérêt à le compléter par le recours à la notion de « champ » (*ibid.*).

Le paradigme « champ » mettant un accent démesuré sur le traducteur, le paradigme du réseau<sup>123</sup> fait son entrée sur la scène traductologique. Le réseau présente les mêmes caractéristiques que le champ, mais il comporte un élément de plus : non seulement le traducteur n'est plus le centre du processus de la traduction, mais il partage sa place dans ce même processus avec une multitude d'autres individus « actants » (réviseurs, éditeurs, relecteurs d'épreuves, agent de communication, agent commercial) ou d'objets<sup>124</sup>.

Pour conclure ce chapitre, nous reconnaissons que depuis l'avènement d'une réflexion sociologique sur la traduction, l'espace traductologique ne cesse de s'enrichir, permettant un élargissement de la perspective traductionnelle et attirant même « the attention of scholars outside of it » (Venuti 2013, p. 6). Il est indéniable que la présentation de la traduction comme un phénomène social apporte un nouvel éclairage à la discipline. La prise en considération d'éléments comme les rapports de force lors d'un transfert culturel, l'inscription du traducteur dans un système social, l'intervention d'autres acteurs dans le processus de traduction ainsi que l'appel à réfléchir sur les « enjeux sociaux » (Gouanvic 1999, p. 13) a affranchi la discipline d'une approche uniquement linguistique ou culturelle. Bien qu'elle soit axée sur le texte littéraire, l'approche sociologique permet un questionnement sur les conditions sociales de la production d'une traduction d'envergure, marquée par un langage et un style particulier et qui partage certaines caractéristiques avec le texte littéraire : le code civil.

La pensée sociologique, surtout celle de Bourdieu, permet une conceptualisation du processus et des agents/acteurs, mais l'accent mis sur les rapports conflictuels dans le champ (littéraire)

---

<sup>123</sup> Dans un entretien accordé au Centre de sociologie de l'innovation de l'École des mines de Paris, Michel Callon cite quelques avantages de la « catégorie » de réseau. Cette catégorie permet de dépasser la distinction entre microstructures et macrostructures puisqu'elle circule entre les deux, biffant au passage la distinction entre le local et le global et réfutant l'idée d'un « cadre dans lequel les acteurs seraient plongés ». Elle apporte également un éclairage nouveau sur la notion de pouvoir en y incluant « les rapports de faiblesse ». Ce faisant, elle permet de voir comment un point isolé devient un point qui est en contrôle bien d'autres points. Cette catégorie permet également d'établir des liens entre des points éparpillés (path dependency), ce qui permet le suivi d'un enchaînement d'événements et l'observation de la prise en forme finale. Enfin, la catégorie de réseau permet d'aller au-delà du concept de contexte, lequel ne constitue qu'une « catégorie fourre-tout qui permet aux esprits paresseux d'expliquer sans avoir à expliquer quoi que ce soit » (Michel Callon 2006, p. 37-38). Il est difficile de ne pas établir de liens entre les avantages cités par Callon et certaines notions traductologiques relatives au concept de système comme le centre et la périphérie. Le système est un modèle qui permet de voir des liens (ou points) qui, sans un tel concept, n'auraient probablement pas été observés et partant, décrits.

<sup>124</sup> L'observation de l'aspect « comment les choses agissent-elles ? » (Callon 2006, p. 40) n'est pas encore exploré dans l'espace traductologique. Or c'est un aspect fondamental à la théorie de l'acteur-réseau dans la mesure où « on ne peut ignorer les non-humains, ne serait-ce que pour des raisons quantitatives. Pas une action qui ne les prend comme relais, comme amplificateurs, qui ne s'en remette à eux, qui ne leur délègue une partie de nos réflexions et de nos comportements. Comme le dit Latour, on ne peut faire sans faire faire; et nos délégués sont massivement des non humains (*ibid.*, p. 41).

constitue un frein à notre perspective laquelle se place en terrain juridique. D'ailleurs, Bourdieu ne s'est pas vraiment intéressé au champ juridique. Ses contributions sont limitées dans ce domaine. La plus connue est sans doute « la force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique » rédigé en 1986, « La codification » (dans *Choses dites* 1987, p. 98) ou encore ses notes dans *Ce que parler veut dire* (1982, p. 27). Dans ces contributions, Bourdieu s'intéresse à la formalisation du discours du droit et aborde la notion de codification. Sa pensée reste toutefois axée sur les mécanismes de production du discours juridique que sur le discours lui-même. Par conséquent, il n'offre que peu d'instruments à celui ou à celle qui voudrait aborder, d'un point de vue empirique, la « singularité formelle » (Caillosse 2004, p. 27) du texte législatif et la « polysémie textuelle » (Ricœur 1995, p. 107, cité dans Caillosse 2004, p. 31) que celui-ci peut engendrer dans un cas d'une double traduction, comme c'est le cas de notre corpus.

C'est pour cette raison que, sans faire abstraction des apports juritraductologiques (Harvey, par exemple) qui sont à même de permettre une lecture traductionnelle comparative d'un corpus de textes, nous puiserons dans la pensée sociologique sur le droit. Jean Carbonnier (1978) définit la sociologie du droit (ou sociologie juridique) comme une branche de la sociologie générale qui « traite de cette espèce de phénomènes sociaux qui sont les phénomènes juridiques ». Nous considérons que la traduction législative fait partie de ces phénomènes. Nous nous intéressons même à une forme plus précise de cette sociologie : la sociologie de la législation<sup>125</sup> dans la mesure où cette forme de « sociologie appliquée » (Carbonnier, 1967)<sup>126</sup> s'intéresse à « l'art de légiférer » (Perrin 2007, p. 403). Elle « englobe toutes les manières qu'a la sociologie juridique de se mettre au service du législateur, par aide et conseil, non seulement pour élaborer les lois nouvelles, mais aussi, une fois élaborées, pour les faire accueillir de la population » (Carbonnier, 1967). Appliquée à une analyse traductologique, cette approche ne se limiterait pas à observer l'environnement d'une traduction législative (circonstances et conditions historiques, études de faisabilité préalables, présence de l'élément religieux, choix du rédacteur/législateur/traducteur), mais

---

<sup>125</sup> L'expression « sociologie de la législation » ou « sociologie législative » a probablement été inventée par Jean Carbonnier dans les années 1960. La définition de cette forme de sociologie est la suivante : « Expression employée pour désigner la fonction pratique de la sociologie juridique dans la partie qui concerne l'aide au législateur » (Arnaud 1993, p. 571; cité dans Perrin 2007, p. 403). Il s'agit des moyens dont le législateur peut se servir dans la création des lois. Ces moyens sont pluriels. Ils englobent la sociologie générale, la linguistique et la psychologie sociale, entre autres (Perrin 2007, p. 405).

<sup>126</sup> Cette communication a fait l'objet d'une nouvelle publication en 2017, dans *L'Année sociologique*.

cherchera aussi à faire ressortir la manière dont les traducteurs ont tenté de faire accueillir cette traduction par son public cible (adoption d'un langage technique ou d'un langage simple), en se soumettant (ou non) aux normes (linguistiques ou sociales) régissant la société source ou cible. Étant aussi un questionnement sur le style des lois (pourquoi le style d'une loi est plus abstrait que celle d'un autre, par exemple)<sup>127</sup>, elle nous permet de mettre l'accent dans le cas qui nous intéresse sur les particularités, mises en relief par le rapport dialogique entre deux droits et deux langues, d'un style législatif particulier, celui du code civil. C'est dans ce sens que notre recherche, loin de prendre les textes sources comme une donnée figée, les soumet au contraire à une étude de style dont l'aboutissement révèle l'importance de leur apport dans le processus traductionnel, ce qui les place sur le même pied d'égalité avec les textes sources. L'apport de la composante sociojuridique à notre analyse permet de prendre conscience, avant d'aborder toute analyse textuelle, des limites du traducteur au cours du processus de traduction. Normatif et contraignant, le texte législatif n'offre pas une grande liberté de mouvement au traducteur juridique comme peut l'être le texte littéraire. La perspective particulière d'une sociologie législative permet l'insertion du texte du traducteur dans un espace social particulier, rendant possible d'aborder les mécanismes constitutifs (analyse comparative des concepts par exemple) de choix terminologiques du traducteur, au-delà du déterminisme d'un *habitus* socialement acquis, ainsi que les effets de ces choix sur l'espace juridique cible (changement de registre, langage artificiel, nouveau langage et compréhension de ceux-ci de la part du public cible).

Placer notre analyse au sein d'une approche sociojuridique rend possible l'explication empirique et objective des facteurs qui pourraient faire pencher le traducteur vers un système juridique en particulier, ou son va-et-vient d'un système à un autre ainsi que les raisons qui peuvent le pousser à sélectionner une norme linguistique relevant d'un répertoire juridique dans une quête légitimante ou identitaire potentielle. Nous espérons qu'elle nous permette de comprendre les raisons du choix du législateur de traduire un droit étranger alors qu'un autre droit existait déjà. Nous espérons également qu'elle nous permettra de savoir si une réflexion qualitative et

---

<sup>127</sup> Carbonnier (1978) posait la question en ces termes : « pourquoi en effet, le style des lois est plus abstrait en Allemagne qu'en suisse? »

quantitative a eu lieu sur les effets sociaux qu'un changement de registre à la fois juridique et linguistique pourrait avoir sur la société réceptrice.

### **CHAPITRE 3 Le *Dahir formant code des obligations et des contrats* : histoire d'une codification civiliste**

Le présent chapitre a pour objet de présenter le code civil marocain, connu sous le nom de *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C.). Dans un premier temps, nous situerons ce texte législatif dans son contexte historique général de manière à détecter les rapports existant entre les éléments extratextuels et les éléments textuels qui composent notre corpus. Après un bref survol de l'histoire du Maroc, nous traiterons du contexte juridique et judiciaire dans lequel ce pays vivait avant et pendant l'élaboration du D.O.C. Cette mise en contexte nous permettra de cerner les fondements idéologiques, politiques et sociologiques qui ont donné lieu au processus de traduction du code civil marocain. Elle nous servira également à dégager certains concepts et institutions susceptibles d'être problématiques lors de l'opération de traduction proprement dite vers l'arabe de notre corpus (par exemple, les noms d'institutions, certains concepts typiques du droit musulman et de l'État marocain). Dans un deuxième temps, nous situerons ce texte législatif dans le contexte immédiat de son élaboration pour en présenter les sources, plurielles et variées. À ce stade, le D.O.C. sera confronté aux sources législatives (islamiques et européennes) et doctrinales dont les rédacteurs se sont inspirés. L'étude du contexte d'élaboration du D.O.C. est importante non seulement pour cerner les facteurs ainsi que les personnes qui ont contribué à sa naissance, mais elle servira également à mettre en relief les éléments (chassé-croisé entre le droit musulman et les droits européens, démarche du rédacteur/traducteur concernant la pluralité des référents législatifs, justification des choix terminologiques, entre autres) qui seront présents ultérieurement dans l'analyse de la version arabe du D.O.C. L'étude exhaustive des codes et des sources doctrinales en présence aurait nécessité beaucoup de temps et dépasserait la portée de notre recherche. Nous avons, par conséquent, mis l'accent sur des dispositions de deux natures : celles illustrant le rapport de *parenté* entre un texte législatif donné et notre corpus, et celles qui présenteront ultérieurement de l'intérêt dans l'analyse de notre corpus. Nous expliquerons plus loin les modalités de sélections de ces dispositions.

### **3.1 Le contexte historique de l'élaboration du Dahir formant code des obligations et des contrats**

Si l'on prend comme point de départ l'élaboration du *Dahir formant code des obligations et des contrats*, nous pouvons distinguer trois étapes : avant le protectorat, pendant le protectorat et après le protectorat. Dans le présent chapitre, il ne sera question que des deux premières étapes. La troisième période, au cours de laquelle la traduction vers l'arabe du *Dahir formant code des obligations et des contrats* a eu lieu, sera abordée dans le quatrième chapitre.

#### **3.1.1 Le Maroc avant le protectorat**

La période antérieure au protectorat au Maroc a fait l'objet de bien des recherches : politiques, économiques, géographiques et sociales. Devant la quantité impressionnante d'écrits sur cette période, il fallait circonscrire le champ d'études, car le risque de nous égarer dans des informations trop pointues était très grand. Nous nous limiterons donc dans les pages qui suivent à un bref survol historique destiné à situer le Maroc dans une sphère historique pertinente à notre analyse. Cette sphère commence au début du 17<sup>e</sup> siècle, période durant laquelle les signes du déclin politique et économique de ce pays en tant qu'État souverain et autonome avaient commencé.

##### **3.1.1.1 Quelques repères historiques**

Deux événements en particulier vont laisser des marques indélébiles sur l'histoire du Maroc, pays séculaire de l'Afrique du Nord : la conquête arabo-musulmane au VII<sup>e</sup> siècle et la colonisation française au début du 20<sup>e</sup> siècle. Si l'instauration du protectorat français dans le pays a officialisé la perte de son autonomie politique, le déclin du Maroc avait déjà commencé deux siècles avant l'arrivée des Français. Au 17<sup>e</sup> siècle, l'ère de prospérité et de stabilité politique qu'il a connues pendant le 16<sup>e</sup> siècle prend subitement fin à la mort d'Ahmed Al-Mansour, souverain de la dynastie des Saadiens (Benzakour et coll. 2000, p. 27). Divisé entre les fils du défunt souverain, le pays vit une ère d'instabilité politique causée par la déchirure entre les régions soumises au sultan (*Bled Makhzen*) et les régions insoumises (*Bled Siba*) (Gruner 1984, p. 14). Les guerres intérieures et la crainte de toute ingérence extérieure,

notamment de la part des Ottomans<sup>128</sup> poussent le Maroc à se replier farouchement sur lui-même. Ce repli n'a pas que des inconvénients, il permet au pays de se protéger des grandes puissances de l'époque qui le convoitaient pour des raisons géopolitiques et économiques. Par exemple, la Grande-Bretagne convoite le pays pour préserver la sécurité du détroit de Gibraltar; la France veut étendre son emprise sur l'ensemble des pays de l'Afrique du Nord après la conquête de l'Algérie et de la Tunisie; l'Espagne veut faire revivre les vestiges de la reconquête de l'Andalousie et enfin l'Allemagne nourrit un désir d'expansion et d'hégémonie à l'instar des puissances européennes de l'époque (Espagne, France et Grande-Bretagne). Par contre, l'isolement volontaire dans lequel le Maroc s'est confiné, pour se protéger de la menace ottomane, l'a placé dans un état de faiblesse technique. Ainsi, au moment où les pays européens connaissent un développement industriel sans précédent, le Maroc stagne dans des systèmes de production et de développement désuets (de Peretti 2007, p. 21). C'est alors un État faible et sous-développé que les États coloniaux vont tenter de se partager. Très vite, la France va occuper le devant de la scène et prendre le dessus sur les autres puissances coloniales. Un événement en particulier provoque cette situation : la colonisation de l'Algérie, État limitrophe du Maroc, par la France en 1830. En tant que pays musulman, faisant partie de la grande nation de l'Islam (Oumma), le Maroc se doit de porter assistance à l'Algérie. Le sultan de l'époque, Moulay Abderrahmane envoie une grande armée au secours des Algériens. Il essuie une défaite cuisante à la frontière de l'Algérie et est forcé de signer le Traité de Tanger le 10 septembre 1844 dans lequel il s'engage à ne porter assistance à aucun ennemi de la France (Benzakour et coll. 2000, p. 28)<sup>129</sup>. Une autre défaite en 1860 finit par entériner la faiblesse de l'armée et du pouvoir central marocains. Le pays connaît une période de calme dans les deux décennies du règne du sultan Hassan I (1873-1894) qui réussit à contenir l'ingérence française (Alaoui 2007, p.15) et à repousser toute autre convoitise étrangère. Malheureusement, les réformes de l'appareil étatique enclenchées par ce monarque et poursuivies à sa mort par son fils Abdelaziz ne réussissent pas à relever le pays affaibli par les guerres contre les Français et les Espagnols et par l'insoumission des tribus. La tentative de modernisation du système d'imposition grâce à laquelle on voulait mener « d'une traite le Maroc du moyen âge aux temps modernes » (*ibid.*,

---

<sup>128</sup> Notons qu'à cette époque, à l'exception du Maroc, les autres pays du Maghreb (Libye, Tunisie, Algérie) comme beaucoup d'autres régions arabes étaient dominés par l'Empire ottoman.

<sup>129</sup> Certains auteurs voient dans ce traité le début de l'ingérence française au Maroc.

p.16) se heurte à une « grève des contribuables » (*ibid.*) qui finit par vider le trésor marocain. Pour contrer le déficit budgétaire, le sultan s'endette auprès de la France, l'Angleterre et l'Espagne (*ibid.*, p.16-17).

L'Acte d'Algésiras (1906) permet à la France et à l'Espagne de s'immiscer davantage dans les affaires intérieures du pays (organisation de la police, gestion de la trésorerie marocaine). Cette convention ratifiée par le Sultan est vue par la population marocaine comme un « acte de vente » (Benzakour et coll. 2000, p. 29) du pays aux puissances étrangères. Plusieurs révoltes se déclenchent partout dans le pays par ceux qui reprochent au sultan sa faiblesse devant les pressions étrangères. La situation intérieure du pays se dégrade de plus en plus. Le pays subit des attaques sur tous les fronts. Sur la scène extérieure, les pressions de la France, de l'Allemagne, de l'Angleterre et de l'Espagne se font de plus en plus fortes. Sur la scène intérieure, des querelles domestiques affaiblissent le pouvoir central.

L'aube du 20<sup>e</sup> se lève sur un Maroc faible et endetté, placé sous la tutelle financière de ses créanciers (*ibid.*, p. 16). Grâce à plusieurs accords bilatéraux, la France se démarque du lot des créanciers. Le Maroc voit peu à peu l'emprise française s'étendre sur son territoire<sup>130</sup>.

### **3.1.1.2 Le contexte juridique antérieur au protectorat : prépondérance du droit musulman et pluralisme juridique**

Avant l'avènement du protectorat, le Maroc est régi par le droit coutumier et le droit musulman. Le droit coutumier est confiné à certaines sphères de la vie rurale (eau, terres, pâturages). Par contre, le champ d'application du droit musulman est très large. Il régit les matières de statut personnel et familial, les contrats, le droit commercial, pénal, foncier, social, administratif, judiciaire, etc. Parallèlement à ces deux droits (coutumier et musulman), le Maroc accorde aux fidèles d'autres religions monothéistes la possibilité d'appliquer leur propre droit (Messaoudi 1995, p. 149). C'est ainsi que les membres de la communauté juive vivant en territoire marocain appliquent le droit hébraïque, et les ressortissants de pays chrétiens peuvent

---

<sup>130</sup> La France réussit à écarter les autres pays grâce à une série d'accords bilatéraux. Elle laisse le champ libre à l'Italie en Libye et reconnaît l'emprise de l'Espagne sur le nord du pays. Des concessions envers l'Angleterre réussissent à calmer les ardeurs politiques de celle-ci (Alaoui 2007, p. 16).

invoquer leurs lois en matière de statut personnel et successoral. Malgré ces concessions, accordées selon le principe du respect des gens du Livre<sup>131</sup>, le droit musulman a prépondérance sur les autres droits; les immunités judiciaires et fiscales accordées aux Européens qui séjournent au Maroc n'inquiètent pas le gouvernement central, tant que leur nombre est limité (Monéger 1984, p. 27)<sup>132</sup>. Le droit musulman régit le droit interne et s'applique aux litiges entre les musulmans ainsi qu'aux différends entre les musulmans et les non-musulmans (Abboud 1968, p. 12). La justice est rendue par un juge musulman (qadi), nommé par le sultan et rendant la justice en son nom.

Cette situation changera rapidement. L'augmentation du nombre d'Européens sur le territoire marocain, la prolifération des tribunaux consulaires et des privilèges de législation qui leur sont accordés d'une part et l'affaiblissement du gouvernement central (makhzen) d'autre part vont miner petit à petit le statut prépondérant du droit musulman sur le territoire marocain (Azziman 1993, p. 5) tant et si bien qu'au début du 19<sup>e</sup> siècle, l'ordre juridique marocain est fortement marqué par une situation de pluralisme juridique. Le droit est désormais appliqué selon la religion, l'appartenance culturelle et ethnique et la nationalité de la personne. À côté des Marocains musulmans, régis par le droit musulman, des juifs, régis par la loi judaïque, et des Berbères, régis par la coutume (en conformité avec le droit musulman), les étrangers sont régis par leurs lois respectives même en cas de conflit avec un musulman. Ainsi naissent les capitulations, un régime qui s'est imposé peu à peu au Maroc pour être corroboré par des accords bilatéraux conclus entre le pays et certaines puissances étrangères (Allemagne, Grande-Bretagne, États-Unis, Autriche, etc.). Sur le plan judiciaire, le pluralisme juridique que connaît le pays pendant la période des capitulations se traduit concrètement par la multiplicité des tribunaux. Avant l'avènement du protectorat, la justice est administrée au Maroc par quatre

---

<sup>131</sup> L'expression « gens du Livre » qualifiait les juifs et les chrétiens. Le livre en question signifiait la Torah et la Bible. Le respect des droits étrangers a toujours été une composante essentielle du droit international privé du Maroc. Voir à ce sujet J. Deprez, « Droit international privé et conflit de civilisations, Aspects méthodologiques », Académie de Droit international, recueil des cours (T.211-1988-IV).

<sup>132</sup> À ce sujet, dans un discours de rentrée de la Cour d'appel de Rabat, le 3 octobre 1932, son président Pierre Lérès déclarait, faisant référence à la situation juridique antérieure à l'établissement du protectorat au Maroc : « L'ancien Makhzen, qui se désintéressait de quelques poignées de chrétiens disséminés sur le rivage barbaresque, avait abandonné à leur égard le pouvoir juridictionnel aux consuls des nations dont ils étaient ressortissants. Chaque Européen conservait ses juges et ses lois » (dans Kettani 1984, p. 119).

juridictions principales<sup>133</sup>. Il s'agit des tribunaux du qadi (juge musulman), juridictions de droit commun, qui appliquent le chraâ (droit musulman et coutumier); des tribunaux du gouverneur (pacha et caïd), qui jugent en équité; des tribunaux rabbiniques, qui statuent en matière de statut personnel et successoral des juifs marocains; et enfin, des tribunaux consulaires, établis en vertu de traités conclus entre le Maroc et certains États étrangers, qui donnent aux consuls de ces pays le droit de juger, d'après leurs propres lois, leurs ressortissants défendeurs dans un procès (Abboud 1988, p. 14).

Les capitulations portent le coup de grâce à un État déjà affaibli. La situation devient de plus en plus grave. Le désordre consécutif aux privilèges juridiques et judiciaires accordés prive non seulement l'État marocain de toutes ses ressources, mais crée également une véritable cacophonie juridique (complexité de la détermination de la loi applicable en cas de litige), ce qui pose problème sur les plans national et international. Une telle situation appelle des mesures d'urgence pour mettre un terme aux irrégularités. La conférence de Madrid, tenue en 1880 pour remédier à ce problème, ne fait que renforcer l'emprise étrangère sur le pays (reconnaissance aux étrangers du droit de propriété au pays). Ce n'est qu'avec l'avènement du protectorat français que cette situation de pluralisme juridique et judiciaire prendra fin.

### **3.1.2 Le Maroc pendant le protectorat**

L'aspect historique de la pénétration française dans le pays a suscité et suscite encore beaucoup d'intérêt de la part des historiens (Alaoui, de Peretti, entre autres). Un tel intérêt est facile à comprendre si l'on sait que la « blessure coloniale » (Laâbi 2001, p. 50) a longtemps alimenté la littérature marocaine. Selon François-Paul Blanc (2001, p. 141), juriste comparatiste, spécialiste des systèmes juridiques maghrébins et auteur de plusieurs ouvrages sur le droit marocain, c'est dans l'Accord franco-allemand du 4 novembre 1911 qu'il faut chercher les prémises de l'ingérence française en territoire marocain. Dans l'article premier de ce document, l'Allemagne abandonnait toute visée impériale sur le Maroc en ces termes :

---

<sup>133</sup> D'autres formes de justice se sont développées dans le pays. À titre d'exemple, les zones rurales berbères étaient régies par une forme de justice coutumière.

Le gouvernement impérial allemand déclare que, ne poursuivant au Maroc que des intérêts économiques, il n'entravera pas l'action de la France en vue de prêter son assistance au gouvernement marocain pour l'introduction de toutes les réformes administratives, judiciaires, économiques, financières et militaires dont il a besoin pour le bon gouvernement de l'Empire<sup>134</sup>, comme aussi pour tous les règlements nouveaux et les modifications aux règlements existants que ces réformes comportent.

L'article 9 de cet accord prévoit la suppression des juridictions consulaires au profit d'un système judiciaire unifié inspiré des modèles européens (Monéger 1984, p. 24). À partir de cette date, la France commence à étendre son emprise sur les affaires internes du Maroc, aidée en cela par l'instabilité de la scène intérieure, l'état désastreux du Trésor public et les pressions extérieures.

Les livres d'histoire évoquent certains faits qui ont servi de prétexte à l'intervention progressive militaire française sur le territoire marocain. Le plus important parmi ces faits demeure l'assassinat du docteur Mauchamp le 19 mars 1907, un Français qui dirigeait un dispensaire à Marrakech, soupçonné d'être un agent à la solde de la France venu dans le but de cartographier le territoire marocain (de Peretti 2007, p. 61). En guise de représailles à cet assassinat, des troupes françaises occupent la ville d'Oujda, à la frontière de l'Algérie. Des bateaux de guerre sont envoyés à proximité des eaux marocaines. L'occupation d'Oujda attise l'esprit populaire à se lever contre les étrangers. Des émeutes contre les étrangers éclatent dans tout le pays et durent quelques années durant lesquelles la guerre sainte est prêchée dans les mosquées. En représailles aux émeutes, les Français bombardent plusieurs villes marocaines. Le 24 mars 1912, les troupes françaises pénètrent davantage dans le territoire marocain et arrivent à Fès, capitale nationale de l'époque et siège du sultan Moulay Hafid. Cerné de toute part, celui-ci est contraint de signer le traité du protectorat le 30 mars 1912<sup>135</sup>. L'article premier de ce traité énonce que le « gouvernement de la République française et Sa Majesté le Sultan sont d'accord pour instituer

---

<sup>134</sup> La référence au Maroc comme empire chérifien est apparue dans les premiers bulletins officiels. Dès 1957, quelques mois après la fin du protectorat français au Maroc, cette dénomination a été abandonnée au profit de « Royaume du Maroc ».

<sup>135</sup> Vu l'importance de ce document historique, il est étonnant de constater qu'il s'agit d'un document très court. Ne comprenant que neuf articles, il reprend les dispositions clés des conventions tunisiennes de Bardo (1881) et de la Marsa (1883) (Alaoui 2007, p. 29). Notons que la version arabe manuscrite portant le seau du Général Lyautey ne comporte aucune mention du traducteur, mais porte la mention en français « traductions certifiées conformes ». Les soussignés, des Marocains probablement, certifient que « l'arabisation susvisée est valide et correspond lettre par lettre au texte français » (notre traduction). Nous nous pouvons que deviner le statut de la version arabe à partir de deux éléments, l'un historique (la nature du traité lui-même soumettant un pays à un autre); l'autre linguistique (le texte comporte une multitude de calques, ainsi qu'un manque flagrant d'idiomaticité).

au Maroc un nouveau régime comportant les réformes administratives, judiciaires, que le Gouvernement<sup>136</sup> français jugera utile d'introduire sur le territoire marocain ». Cette disposition annonçait une véritable « révolution juridique » (Deprez 1979, p. 315 et s.) et judiciaire au sein du nouveau pays *protégé*.

### **3.1.2.1 Le contexte juridique pendant le protectorat : cantonnement du droit musulman et dualisme juridique**

Une des premières conséquences de l'établissement du protectorat français au Maroc est de mettre fin au pluralisme juridique et judiciaire. Les concessions juridiques et judiciaires accordées en vertu du régime des capitulations sont les premières à être abolies. Cette abolition est non seulement nécessaire à la nouvelle réorganisation du pays puisqu'elle met un terme à la pluralité des droits et des tribunaux nationaux (Renault, préface Berge 1917, p. xxvii), mais elle consacre également la suprématie de l'ordre juridique français. Les réformes entreprises par le protectorat aboutissent à une organisation juridique et judiciaire dualiste qui sépare les Français des Marocains. Les Marocains relèvent des tribunaux du *chraâ* (tribunaux des *qadis*), des tribunaux du *Makhzen* créés en 1918 (tribunaux des Pachas et *Caïds*, Haut tribunal chérifien statuant en appel et tribunaux de juges délégués), des tribunaux rabbiniques et des tribunaux coutumiers (tribunaux de première instance et tribunaux d'appel) (Abboud 1988, p. 15). Il est à remarquer que ces tribunaux sont organisés à la manière moderne. Le protectorat préfère *tolérer* les pratiques judiciaires internes, mais en les réorganisant selon le modèle français.

Pour leur part, les Français et les Européens relèvent des tribunaux modernes créés par dahir dès 1913. Ces juridictions se composent de tribunaux de paix, de tribunaux de première instance et d'une cour d'appel (Abboud 1988, p. 16). La magistrature est française et les tribunaux dépendent largement de la jurisprudence française. Le clivage entre les juridictions modernes et les juridictions traditionnelles n'est toutefois pas absolu. La compétence des tribunaux modernes doit être limitée au départ aux litiges, dont les parties ou l'une d'entre elles est étrangère, finit par s'étendre aux litiges entre les Marocains, dans la mesure où l'option de renoncer au statut personnel traditionnel est ouverte à ces derniers. De plus, il suffit aux autorités du protectorat

---

<sup>136</sup> En majuscule dans la source citée.

d'invoquer la notion d'ordre public pour se débarrasser des situations jugées aberrantes du point de vue colonial. Cette situation crée un état de concurrence entre les institutions modernes et les institutions traditionnelles qui n'a pas tardé à tourner à l'avantage des nouvelles juridictions (Azziman 1993, p. 6).

Si la nouvelle organisation judiciaire a fait passer le Maroc d'une situation de pluralisme juridique à une situation de dualisme juridique, la caractéristique la plus importante de cette nouvelle organisation est sans doute le cantonnement du droit musulman à une sphère unique de la vie juridique. Les juges musulmans, sous l'œil vigilant du protectorat, voient leur compétence limitée aux questions touchant au mariage, au divorce, à la filiation, à la capacité et à la représentation légale ainsi qu'à certaines questions d'ordre foncier (Messaoudi 1995, p. 149)<sup>137</sup>. Cette limitation de compétence est bien illustrée dans le D.O.C., réservé initialement aux Français et aux Européens, mais appliqué de nos jours aux Marocains également. Or, ce code ne traite que d'une sphère du droit civil, la plus importante économiquement pour le protectorat, soit le droit des obligations et des contrats. L'aspect objectif de ce droit se pliait particulièrement bien à une codification moderne et laïque (Charfeddine 1996, p. 425).

### **3.1.2.2 La politique du protectorat en matière civile : la codification du droit des obligations et des contrats**

L'élaboration d'un code civil qui se limite au droit des obligations et des contrats vient mettre un terme aux difficultés connues par les juges français dans une matière fondamentale pour la nouvelle organisation judiciaire, précisément celle des contrats. Avant le protectorat, les contrats étaient régis par l'article 13 du *Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers*<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Il s'agit des immeubles non immatriculés et des *Habous* (biens immobilisés, c'est-à-dire qu'ils ne seront ni vendus ni donnés, à des fins de charité), dont les règles, ont été écartées de la codification en raison de leurs liens trop étroits avec le droit musulman (Charfeddine 1996, p. 425). Une autre raison de cette exclusion serait le désir d'éviter toute confrontation avec les nationaux, en raison du caractère sacré que présentent ces matières à leurs yeux (Chaabane 2006, p. 31, texte en arabe). C'est ce qui ressort de l'article 1 du Traité, en date du 13 mars 1912 : « Le régime (du protectorat) sauvegardera la situation religieuse, [...], l'exercice de la religion musulmane et des institutions religieuses, notamment de celles des habous ». Publié au B.O., n° 1, du 1<sup>er</sup> novembre 1912. Même ces matières échappaient parfois à la compétence des juges musulmans, notamment quand l'ordre public ainsi que certaines infractions économiques étaient invoqués (Azziman 1993, p. 6).

<sup>138</sup> L'article énonce ce qui suit : « les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer. Si la détermination de la loi applicable, dans le silence des parties, ne ressort ni de la nature de leur contrat, ni de leur condition relative, ni de la situation des biens, le juge aura égard à celle de leur domicile commun; à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune, et, si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi du lieu du contrat ».

Les obligations « nées au Maroc sans convention » tombaient sous la règle de la loi locale, c'est-à-dire le droit musulman. Pour le nouveau régime, cette situation pose problème, car ce droit était non seulement à déterminer, mais il « se présentait entouré d'obscurité » (Berge 1914, p. 291). Le droit des obligations, fondé sur le droit musulman, n'est pas *colligé* et présente le grand inconvénient de ne pas être connu des contractants. La codification se présente comme la seule solution pour mettre fin à cette incertitude juridique et procédurale.

### **3.1.2.2.1 Facteurs et fonctions de la codification du droit des obligations et des contrats au Maroc**

Une codification n'est jamais une œuvre fortuite. Elle est souvent la réponse à un besoin imposé par un changement de régime ou au passage à une nouvelle économie (Papachristos 1975, p. 50). Elle traduit une recherche de solutions à des besoins immédiats et à la protection d'intérêts spécifiques. Selon le Traité de Fès, le Maroc était désormais un pays sous protectorat, représenté politiquement par la France sur la scène internationale. L'industrialisation de son économie menait directement à un modèle capitaliste. Seul un droit moderne pouvait garantir un mode de fonctionnement adapté aux besoins d'une société capitaliste et active sur le plan international.

À part des raisons civilisatrices et réformatrices de la justice et du droit marocains, les rédacteurs du *Dahir formant code des obligations et des contrats* au Maroc ne se sont pas étendus sur les facteurs justifiant l'introduction d'un droit codifié dans l'ordre juridique marocain. On ne relève dans les écrits de Stéphane Berge (1914, p. 291-294), membre de la commission de rédaction du *Dahir formant code des obligations et des contrats* ni dans les écrits coloniaux (bulletins officiels du Royaume du Maroc, rapports au Dahir des obligations et des contrats et au Code tunisien des obligations et des contrats, préfaces d'œuvres rédigées par les rédacteurs du D.O.C.), que des motivations administratives ou des considérations techniques. Il fallait hâter l'entreprise codificatrice pour faciliter le fonctionnement de la justice. Il fallait également faciliter l'installation des *colons*<sup>139</sup>. Sur le plan technique, on expliquait le plan du code, la nouvelle réorganisation de la justice et ses avantages en comparaison à la situation *anarchique* d'avant le protectorat. On citait quelques cas de jurisprudence relative à l'application du

---

<sup>139</sup> Cette double terminologie trahit une différence de perspective chez les juristes français et marocains. Chez les Français, le terme « colon » n'est jamais utilisé, il est plutôt remplacé par celui « immigrant » ou de « nouveau venu ». Par contre, chez les Marocains ou autres auteurs arabo-musulmans la tendance est d'appeler ces « nouveaux venus » par le terme « colons » ou « occupants ».

nouveau code. Ce n'est que beaucoup plus tard que d'autres considérations d'ordre politique et économique ont été évoquées par des juristes comparatistes comme Moussa Abboud et Omar Azziman. Une nouvelle lecture de ce texte à la lumière des circonstances historiques qui ont mené à son adoption au Maroc permet de conclure que l'instauration d'un droit codifié selon le modèle occidental ne relève pas uniquement d'un désir abstrait et idéaliste de civiliser les *indigènes*, mais répond en grande partie à des impératifs d'ordres politique et économique. En l'absence d'études approfondies sur le sujet, nous avons procédé par déduction pour faire ressortir les facteurs de la codification dans le paratexte du code marocain. Dans les pages qui suivent, nous allons présenter, dans un premier temps, les facteurs de la codification marocaine, notamment le facteur politique et économique. Nous présenterons, dans un deuxième temps, les fonctions de ce jalon important dans l'histoire du droit marocain.

Le facteur politique joue un rôle important dans l'émergence de l'idée même de la codification du droit des obligations et des contrats au Maroc. Il suffit à cet effet d'évoquer la coïncidence entre l'instauration du régime du protectorat avec le déclenchement de l'opération de codification. En effet, le changement politique au pays nécessite la mise en place d'une nouvelle législation, plus adaptée à la nouvelle situation du pays. De plus, la codification d'un pan important de la vie juridique rime avec l'idée de stabilité politique et d'unification du droit substantiel, ce qui met un terme à l'application de régimes et de droits relevant d'États différents.

Sur le plan interne, la codification est motivée d'un côté par l'urgence de doter le Maroc d'une législation garantissant de *bons* rapports avec les Marocains. Riche de ses expériences algérienne et tunisienne, le protectorat ne veut pas de conflits avec les autorités locales. Ce faisant, il leur laisse la sphère la plus importante à leurs yeux, à savoir la composante religieuse du système. De plus, la nature essentiellement transitoire du protectorat rend inutile la création de conflits avec les nationaux. D'un autre côté, la codification est motivée par la nécessité de faciliter l'installation des colons français et étrangers qui viennent s'installer au pays. La mise en place d'un droit codifié en matière civile est un élément de sécurité juridique garantissant une stabilité politique sur le territoire marocain. Une nouvelle législation codifiée, sur le modèle européen, fournit aux colons un cadre juridique familier pour leurs transactions juridiques quotidiennes, mais moins étouffant et structuré que celui qu'ils venaient de quitter (Monéger 1984, p. 36).

Sur le plan international, la codification est motivée par le souci de se protéger contre les revendications extérieures<sup>140</sup> à la suite de l'abolition du régime des capitulations. De plus, le nouveau régime doit tenir les promesses faites aux puissances étrangères quant à leurs intérêts économiques. L'élaboration du *Dahir formant code des obligations et des contrats* a permis à la France de soumettre « en toute confiance » un texte codifié « aux pays étrangers intéressés dans les affaires marocaines et en demander une appréciation impartiale » (Renault 1917, p. xviii). Un code établi « sur le type des Codes français », mais qui s'inspire également d'autres codes européens, affirme l'hégémonie française tout en offrant aux autres nationalités « toutes les garanties désirables » (*ibid.*, p. xlviii) à un bon établissement au sein du protectorat français du Maroc quant à leurs personnes et leurs biens.

Les visées économiques de la France ressortent dès le préambule du traité du protectorat de 1913 : « le Gouvernement<sup>141</sup> de la République française et le gouvernement de Sa Majesté Chérifienne, soucieux d'établir au Maroc un régime régulier [...], qui permette l'introduction des réformes et assure le développement économique du pays »<sup>142</sup>. Le Maroc constitue une excellente affaire industrielle et commerciale pour la France et l'Europe, mais pour pouvoir en tirer tout le potentiel économique, une modification des structures traditionnelles est nécessaire (Monéger 1984, p. 28). Cette modification entraîne un changement radical de la situation économique du pays. D'un mode de production agraire, le Maroc passe à un mode de production capitaliste. Cela ne veut pas dire que le protectorat s'est lancé dans une entreprise massive de développement du Maroc. Il s'est contenté de développer quelques secteurs comme le textile, les conserveries, les petites métallurgies ainsi que les nouvelles infrastructures destinées à faciliter les déplacements et le transport dans le pays (*ibid.*, p. 43). L'économie et le droit allant de pair, ce changement ne tarde pas à engendrer des effets juridiques importants : la prolifération des contrats et l'augmentation des conflits entre les parties. Le développement des transports apporte son lot de problèmes (accidents). La gestion d'une telle situation a très vite imposé la mise en place de procédures et d'institutions inexistantes auparavant, modelées sur celles de la société d'origine.

---

<sup>140</sup> En effet, d'autres pays, comme l'Angleterre, par exemple, voyaient d'un mauvais œil la prééminence française sur le Maroc.

<sup>141</sup> En majuscule dans la source citée.

<sup>142</sup> B.O., n° 46, 12 septembre 1913, p.78-112.

D'un point de vue traductionnel, une telle situation ne manque pas d'intérêt. On pourrait s'interroger par exemple sur les stratégies du traducteur pour pallier le vide notionnel et terminologique créé par l'implantation des nouveaux concepts et des nouvelles institutions dans le cadre juridique marocain. D'un autre côté, y a-t-il eu tentative de réinsérer les institutions traditionnelles dans le *Dahir formant code des obligations et des contrats*? C'est ce que nous tenterons d'examiner dans la partie réservée à la traduction du D.O.C.

Au-delà de ces facteurs, la codification répond, pour ce qui est du cas marocain, à trois fonctions : une fonction théorique (mission civilisatrice), une fonction de synthèse, c'est-à-dire réussir un tour de force juridique et créer une synthèse entre le droit musulman (immuable, dogmatique et *archaïque*) et les droits européens *modernes* et une fonction technique, à savoir la création d'un droit rationnel et accessible.

Dans les pages qui suivent, nous laisserons de côté la fonction de synthèse. Nous verrons dans la deuxième partie du présent chapitre que le D.O.C., à l'instar de son antécédent le *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C.), est marqué par l'esprit de synthèse prôné par David Santillana. Cette synthèse, réelle ou théorique, entre des droits qui se voulaient antagonistes, fait encore l'objet de discussions et de débats.

En plus des facteurs politique et économique, la codification au Maroc répond également à une fonction qui semble commune aux circonstances de la colonisation : apporter la civilisation aux peuples colonisés. En créant un droit à leur image, les rédacteurs du D.O.C. trouvent un mode d'expression et un instrument de réalisation de cet idéal. L'instauration d'un nouvel ordre juridique, selon l'idéologie coloniale, ferait avancer la mission civilisatrice et accélérer « l'évolution moderne du Maroc » (Lyautey 1913, p. 423). De ce fait, ce n'est pas un hasard si la codification va de pair avec la civilisation et que la première est l'instrument de la seconde. La France était capable de mettre un terme à « l'anarchie séculaire où se débattait l'empire (chérifien) [...] tout en ouvrant largement les voies économiques et sociales » (*ibid.*). Il était de son devoir de faire évoluer rapidement les « indigènes » d'un droit qui a « tendance à l'anarchie » (Santillana 1899, p. xi) à un droit ordonné, seul en mesure de faire passer le pays « au premier rang » (*ibid.*) des pays civilisés. Il fallait également mettre un terme à l'incapacité d'organisation et de discipline du système, laquelle avait empêché ce dernier de se développer

comme système rationnel. Ces idées n'étaient pas nouvelles. Elles ressortaient déjà des écrits de Santillana lors de l'élaboration de l'ancêtre du D.O.C., le *Code des obligations et des contrats tunisien* (C.O.C.). Déjà, en 1899, David Santillana écrivait : « Cette œuvre de haute civilisation dont la France a pris l'initiative et dont elle aura l'honneur devant l'histoire, lorsque bien d'autres triomphes, plus retentissants, seront ensevelis dans l'oubli que l'avenir réserve à tout ce qui ne relève que de la force » (Santillana 1899, p. xiii)<sup>143</sup>. Plus tard, dans le pays nouvellement conquis, un droit codifié sera une condition incontournable à la poursuite de la lancée civilisatrice de la France afin d'instaurer une « bonne justice » (Renault 1917, p. xxvi). Il n'est donc pas étonnant que l'on ait fait appel aux mêmes « hommes compétents » (Berge 1914, p. vi) qu'en Tunisie. Hubert Lyautey, premier résident général de la France, énonçait en 1912, dans une circulaire<sup>144</sup> adressée aux commandants de régions et aux consuls, la « nécessité d'une politique qui tend à associer les deux races dans une même œuvre de civilisation et de progrès ».

L'entreprise de codification véhiculait également une certaine idée d'universalisme juridique : n'est-elle pas, dans l'esprit de ses acteurs, l'aboutissement de l'évolution d'un peuple, le seul moyen d'accéder à la modernisation? Les membres de la commission n'étaient-ils pas motivés par « l'universel désir d'aboutir à un résultat de nature à faire honneur à la France, en établissant au Maroc un régime d'ordre et de justice » (Berge 1914, p. xxx)? Ces idées ont exercé une grande influence sur le Code Napoléon (ancêtre des deux versions de notre corpus) et ressortent d'ailleurs d'une manière très précise du premier projet de ce code qui définit, dans son premier article, le droit naturel : « il existe un droit universel, immuable, sources de toutes les lois positives. Il n'est que la raison naturelle, en tant qu'il gouverne tous les hommes » (cité dans Berge 1914, p. xxx). Le recours à la technique codificatrice française répondait à la vocation civilisatrice et universelle de la Révolution quelque peu ternie par les préoccupations politiques et économiques du régime dans le pays conquis. Le Code civil des Français illustre à l'extrême cette aspiration à l'universel, car grâce à ce texte législatif, selon Fenet (1827, T.1, p. 3), c'est

---

<sup>143</sup> Cette affirmation du juriste italo-tunisien n'est pas sans rappeler la déclaration de Napoléon Bonaparte : « *Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil* » (De Montholon 1847, p. 401; cité par Charfeddine, p. 422).

<sup>144</sup> Publié au Bulletin officiel du 23 novembre 1912, n° 4, p. 22.

aux Français que reviendra « l'honneur de donner les premiers ce grand exemple aux peuples, d'épurer et d'abrégé leur législation ».

L'empreinte des idéologies napoléoniennes paraît clairement dans ces affirmations imprégnées des théories jusnaturalistes du 19<sup>e</sup> siècle. Hegel affirmait que la codification est une « élévation à l'universel » (Maurie 1997, p. 182). L'exaltation des vertus du Code Napoléon était encore présente à l'aube du 20<sup>e</sup> siècle, prête à influencer les codes des pays nouvellement conquis. L'établissement d'un code sur le modèle français faisait écho en 1913 aux aspirations des rédacteurs du Code Napoléon convaincus que leur œuvre pourrait « répondre aux aspirations de l'univers entier » (Arnaud 1973, p. 17). Cet esprit n'est pas étranger à la doctrine juridique du 19<sup>e</sup> siècle qui véhiculait un droit universel et humaniste (Arnaud 1973, p. 96). Le code était garant de la validité universelle (Lasserre-Kiesow 2002, p. 94). L'entreprise de codification du C.O.C. répondait, de l'avis de son rédacteur, à l'idée d'un « droit civil universel » (Sakrani 2009, p. 95). Cette idée semble avoir guidé Santillana à inscrire son œuvre dans « le grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit » (Santillana 1899, p. i), à dégager le « principe commun » (*ibid.*) qui régissait les différentes sources, aussi antagonistes qu'elles pussent paraître, et à leur trouver une « racine commune » (*ibid.*) qui expliquerait une certaine similitude de concepts et d'institutions. Selon lui, il y a eu un moment, à l'origine de l'histoire, où les hommes « ne formaient qu'un seul peuple » (Coran 11/2, 209). Il n'est donc pas étonnant de « voir combien les idées des grands jurisconsultes de Médine, de Koufa, de Cordoue, offrent d'étroites analogies avec les nôtres » (Santillana 1899, p. xii). Ces analogies ne viendraient pas seulement de « l'identité essentielle de l'esprit humain, à laquelle il faut assurément faire une très large part », mais « elles tiennent aussi de ce que les deux systèmes de Droit, l'arabe et le nôtre, ont tous les deux un principe commun, la bonne foi, et qu'ils procèdent en partie du moins d'une commune racine, le Droit Romain » (*ibid.*).

Parmi les nombreuses fonctions (clarté, cohérence, etc.) d'une codification, la rationalisation du droit semble être la première en importance. Max Weber affirmait que la raison d'être d'un code est la rationalisation (Weber 1986, p. 185; cité dans Maurie 2007, p. 181). Pour ce sociologue, la structure du droit européen, caractérisée par la systématisation logique, représente le type par excellence d'un ordre juridique purement rationnel (Coutu 1995, p. 65). De plus, pour lui « le droit de type logico-rationnel était une des bases essentielles du développement de la société

industrielle capitaliste » (cité dans Rocher 1982, p. 66). Or c'est justement la non-tendance à la rationalisation, caractéristique de nombreux droits sacrés selon Weber (Coutu 1995, p. 64), qu'on reproche au droit musulman. Il était nécessaire de mettre un terme à l'irrationalité qui caractérisait le droit local. De plus, selon les tenants du nouveau régime, seul un droit rationnel était en mesure de mettre fin à l'arbitraire<sup>145</sup> qui caractérisait l'ancien système juridique au Maroc et de minimiser l'importance accordée aux droits coutumiers, source de confusion et d'instabilité juridique. La rationalisation du droit signifiait le rejet de tout ce qui était jugé comme matériellement irrationnel par le protectorat, notamment « la justice de Qadi, conditionnée par l'arbitraire politique ou le sentiment d'équité » (Coutu 1992, p. 93) et l'absence de « référence à des règles générales » (*ibid.*). L'entreprise de rationalisation avait des retombées économiques. Le nouveau cadre juridique rationnel contenait les concepts fondamentaux des sociétés capitalistes (Papachristos 1975, p. 52) et permettait l'évolution du nouveau mode de production<sup>146</sup>.

Outre sa tendance à la non-rationalisation, le droit marocain souffrait également, selon les tenants du nouveau régime, d'un autre handicap de taille : l'inaccessibilité de la solution juridique. L'existence d'un droit écrit, mais qui n'était pas codifié d'une manière rationnelle et ordonnée était synonyme d'incertitudes et d'insécurité judiciaire. Par conséquent, il fallait « rendre commode la connaissance » (Maurie 1997, p. 179) en organisant la matière civile d'une manière logique selon un plan systématique dans un souci extrême de clarté. Cette façon de procéder ne semblait pas être celle adoptée par les juristes marocains. La matière des sources juridiques n'était pas groupée dans une même rubrique. L'absence de pagination et d'indexation ou de tables de matières qui caractérisait les ouvrages musulmans rendait difficile l'accès à des solutions recherchées, à moins de lire un ouvrage (souvent très volumineux) en entier (Buskens 1997, p. 65). Pour s'y retrouver, il fallait faire appel aux érudits musulmans

---

<sup>145</sup> Cette situation n'est pas spécifique au Maroc. Une des caractéristiques de la Révolution française et de la codification française du Code civil en 1804 était de rompre avec l'incertitude et l'arbitraire de l'Ancien Régime (Rocher 1982, p. 66). La même volonté motive la codification tunisienne en 1899 (Larcher 1907, p. vi). Les juristes, écrivait Bourdieu (1986, p. 7), « par le travail de rationalisation et de formalisation qu'ils font subir au corps des règles [...] offrent le moyen d'arracher le verdict à l'arbitraire trop visible d'une *Kadijustiz* ».

<sup>146</sup> Selon le discours du protectorat, le droit local était inadapté à la nouvelle réalité socio-économique. De plus, il était hostile à certains des concepts importés. Par exemple, le droit musulman prohibe toute forme d'intérêt (prêt à intérêt) et rejette l'aléa et l'indétermination dans les contrats. Or, ces concepts sont fondamentaux pour le développement socio-économique des colons.

(Oulémas). On peut comprendre que dans une « culture de la référence » (*ibid.*)<sup>147</sup>, l'idée d'un code s'est imposée d'elle-même, surtout dans le contexte d'urgence qui caractérisait l'installation du protectorat et de ses institutions au Maroc.

Le code est par définition un ouvrage accessible. Ses règles seraient faciles à trouver et à connaître « de telle sorte qu'en s'y référant, juges et citoyens puissent déduire aisément de quelle manière telle ou telle difficulté concrète doit être résolue. » Ce qui renvoie à l'idée que le droit est avant tout une question d'accessibilité. Un droit qui n'est pas accessible équivaldrait à un droit inexistant puisque l'on ne sait pas où le trouver (Braibant 1997, p. 165). Il faut noter que cette accessibilité n'était que partielle : le code était destiné aux colons français et aux étrangers uniquement. Sa rédaction en langue française, langue non comprise par la majorité des Marocains ne le rendait pas accessible à la population locale. Malgré l'importance du choix de la langue dans une codification, cette question ne semble pas avoir été traitée par les rédacteurs du code marocain.

### **3.2 La genèse du Dahir formant code des obligations et des contrats (1913)**

L'histoire de la naissance du *Dahir formant code des obligations et des contrats* a fait l'objet de recherches détaillées de la part de juristes et des juristes comparatistes (Azziman 1995, Blanc 2001, Hassen 2006, Monéger 1985, entre autres). S'il n'y a pas de divergences connues quant aux facteurs de sa rédaction, les circonstances de celle-ci ainsi que la multiplicité de sources de ce document historique soulèvent un bon nombre de questions. Nous consacrerons dans les pages qui suivent à la présentation du « précédent » législatif de ce document, à savoir le *Code des obligations et des contrats* (C.O.C.) tunisien ainsi qu'à son auteur et rapporteur, David Santillana. Nous procéderons ensuite à la présentation des différentes sources juridiques du code tunisien, sources qui sont communes au D.O.C.

Aux fins de notre analyse, le *Code des obligations et des contrats* (C.O.C.) tunisien sera confronté aux sources législatives avec lesquelles il partage une communauté de dispositions, notamment le *Code Napoléon* de 1804, le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch für das*

---

<sup>147</sup> Cette culture de la référence est liée, selon Buskens (1997, p. 56) à un type particulier de sociétés dont certains traits sont la forme centralisée du gouvernement, un taux élevé de personnes pouvant lire et écrire et une division spécialisée du travail.

*Deutsche Reich*) de 1896, le code civil ottoman (*Medjella*) de 1876<sup>148</sup>, entre autres. Un travail de comparaison systématique entre les sources riches et variées de notre corpus aurait été colossal. Aussi, nous avons ciblé certaines dispositions pertinentes aux besoins de comparaison ou utiles à notre analyse ultérieure du corpus, notamment celles qui présentent un lien substantiel ou formel avec le droit musulman.

La pluralité des sources de notre corpus pose des questions importantes pour ce qui est de la méthode législative et rédactionnelle du codificateur (énoncé juridique, structure et terminologie). Cette méthode ayant une incidence directe sur la traduction ultérieure de notre corpus, nous avons jugé pertinent de procéder à une analyse de la méthode législative de Santillana. Au cours de la recherche, un élément important s'est ajouté à ces considérations : la part, que nous pensons considérable, qu'a prise la traduction dans le processus de codification.

### **3.2.1 Un précédent tunisien : Code des obligations et des contrats**

L'élaboration d'un code étant, par nature, une opération d'envergure qui, pour aboutir à un résultat satisfaisant, doit prendre des années<sup>149</sup>, la hâte<sup>150</sup> avec laquelle s'est déroulée l'opération de codification marocaine est étonnante. Les délibérations de la commission n'ont duré que quelques semaines (24 délibérations étalées du 7 mai au 25 juin 1913)<sup>151</sup> (Grünebaum-Balin 1913, p. 3) dans des circonstances qu'on peut qualifier d'expéditives. Il est par conséquent légitime de se demander par quel miracle les membres de la commission ont pu rédiger un code réunissant la matière portant sur les obligations et les contrats, volet important du droit civil, en quelques semaines, en tenant compte des spécificités locales (Blanc 2001, p. 146) et en l'absence de tout jurisconsulte marocain? La réponse est simple : l'existence d'un code disponible « parfaitement approprié, puisqu'il s'agissait d'un protectorat, et d'un protectorat en

---

<sup>148</sup> Nous traiterons de la langue des versions consultées de ces deux sources législatives ci-après dans le texte.

<sup>149</sup> À titre d'exemple, le *Code Napoléon* de 1804 a pris 8 ans, le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 a pris 6 ans; le Code civil allemand (BGB) de 1896 a pris 20 ans, le *Code civil de l'Empire d'Éthiopie* de 1960, rédigé par René David a pris 4 ans, le *Code des obligations et des contrats tunisien* de 1906 a pris 3 ans.

<sup>150</sup> Dans sa préface de l'impressionnant recueil des *Codes et lois dans le protectorat français au Maroc* (1914) Louis Renault, président de la commission, se défend bien d'une telle hâte et justifiait la rapidité de cette « vaste entreprise » (p. xxviii) par le fait que la commission avait le bénéfice de l'expérience du protectorat tunisien, de l'expérience de juristes français ayant travaillé en Tunisie, de sorte qu'ils ont pu « participer à l'établissement et à l'application des textes qu'on cherchait à adapter au protectorat marocain » (p. xxix).

<sup>151</sup> Rapport de Grünbaum-Balin sur les travaux de la Commission d'organisation judiciaire du Protectorat français du Maroc, p. 3. B.O. n°46, 12 septembre 1913.

pays musulman » (Renault 1914, p. xxviii) provenant d'une société dont l'histoire, la culture, la langue et la religion présentent de grandes similitudes avec celles de la société marocaine (*ibid.*) Il s'agit en fait du *Code tunisien des obligations et des contrats* (C.O.C.) promulgué en 1906 et toujours en vigueur en Tunisie<sup>152</sup>.

Le choix d'*emprunter* une loi appartenant à un autre pays n'a rien d'exceptionnel, l'histoire de l'humanité est riche d'exemples allant dans ce sens<sup>153</sup>. Il s'agirait même d'« une tentation fréquente dans l'Histoire et à travers le monde » (Cabrillac 2002, p. 290). Bien qu'« un droit n'existe et ne subsiste que dans un équilibre délicat vers le terroir social d'où il est issu » (Carbonnier 1969, p. 78), l'emprunt semble être un choix naturel quand un état de nécessité rend pressante l'élaboration d'un nouveau droit. Ce choix semble également être imposé par les contraintes de temps. En effet, le souci de rapidité et d'efficacité judiciaire semble motiver la plupart des transferts juridiques en bloc.

Le choix politique de faire du code tunisien la principale source du D.O.C. soulève une question importante. En effet, sachant que le D.O.C. n'était pas initialement destiné aux Marocains, mais uniquement aux Français et aux Européens résidant sur le territoire marocain, pourquoi ne pas avoir procédé purement et simplement à la transplantation du *Code Napoléon* plutôt que d'avoir importé le code tunisien? De l'avis de ceux qui ont vécu ces événements, la transplantation du code tunisien en territoire marocain a permis d'éviter « bien des erreurs » (Berge 1914, p. xi)<sup>154</sup> qui ont eu lieu sous d'autres cieux. Stéphane Berge, témoin et acteur de la codification tunisienne, savait bien qu'une transplantation pure et simple du code français serait vouée à l'échec en l'absence d'une « proximité sociologique » (Cabrillac 2000, p. 294) entre la France et le Maroc. En poste au Maroc, Berge disposait d'éléments sociologiques suffisants pour ne

---

<sup>152</sup> Il faut préciser que bien plus tard, l'origine tunisienne n'a jamais été mise en relief dans l'espace juridique marocain. Le D.O.C. « est appliqué et interprété comme s'il était le prolongement au Maroc du Code civil français » (Hassen 2006, p. 536).

<sup>153</sup> L'emprunt du droit romain par l'Allemagne, du *Code civil suisse* par la Turquie, du *Code civil français* en Belgique, en Italie et au Japon, entre autres.

<sup>154</sup> Parmi ces erreurs figure sans doute la sous-estimation de l'attachement des Tunisiens au droit local. En effet, le protectorat avait voulu « franciser » le droit et la justice. Mais, la tentative française d'infiltrer « progressivement les lois et les procédures françaises dans l'esprit et les habitudes des juges et des justiciables tunisiens » (Sakrani 2009, p. 42) avait échoué. Berge avoue à cet égard : « L'illusion fut de courte durée. Avec une rapidité qui tient du prodige, le vieil Ouzara (extérieurement bien entendu; les mœurs ne changent pas très vite) paru transformé [...]. On copiait nos formes extérieures, mais on éliminait l'élément français [...]. On a eu beau augmenter le nombre des juges de paix, créer le tribunal de Sousse, installer une 3<sup>ème</sup> chambre à Tunis, édifier un Palais de Justice. Ces améliorations extérieures ne recouvriront que le néant, et tout cet appareil fonctionnera bientôt à vide, faute de justiciable pour l'occuper » (Bonnier 1898, p. 9, cité dans Sakrani 2009, p. 42).

pas tenter d'implanter le code français au Maroc, craignant sans doute un rejet systématique de la part des nationaux<sup>155</sup> et évitant toute perturbation de la société réceptrice.

### 3.2.2 Survol historique du Code tunisien des obligations et des contrats

Le *Code tunisien des obligations et des contrats* possède sa propre histoire. Les circonstances de son élaboration ont fait l'objet d'études nombreuses et détaillées (Charfeddine 1996, 2006; Yahyaoui 2000; Sakrani 2003 et 2009). Pour les besoins de notre analyse, nous nous livrons à un bref survol historique des circonstances d'élaboration de ce code de manière à pouvoir établir des liens entre ce texte législatif et le D.O.C.

En 1896, une commission a été chargée « de codifier la législation civile, commerciale et pénale » (Charfeddine 1996, p. 425) pour la Tunisie, alors sous protectorat français<sup>156</sup>. La commission se composait de juristes français dont Bernard Roy, consul et secrétaire général du gouvernement (président); Padoux, Consul et Adjoint au Secrétaire général du gouvernement; Stéphane Berge, juge et futur *rédacteur* du *Dahir formant code des obligations et des contrats*; Anterrieu, juge au Tribunal de Tunis, président du Tribunal mixte immobilier de Tunisie. La commission s'est adjoint les services d'un « praticien étranger » (Blanc 2001, p. 147)<sup>157</sup>, David Santillana, avocat et rapporteur<sup>158</sup> de la commission. Sur la nécessité de la nouvelle législation, Berge (1914, p. 291) affirme :

On avait souffert dans ce pays des incertitudes de la loi locale, à laquelle on est amené à avoir recours, soit pour les obligations qui se forment sans convention, soit, plus rarement pour les obligations conventionnelles; cette loi, non codifiée, n'était autre que le droit musulman, quelque peu déformé par les usages locaux incertains, parfois contradictoires, et par une pratique défectueuse; elle était mal connue; on résolut de la préciser dans un texte.

---

<sup>155</sup> L'ouverture d'une fonction assimilatrice pourrait avoir également justifié cette *transplantation*. Les prémisses de cette fonction ressortent du discours du premier président de la Cour d'appel de Rabat à l'inauguration de celle-ci le 15 octobre 1913. Il énonce « [...] les rédacteurs de nos nouveaux Codes ont répondu à une de mes préoccupations essentielles et réalisées un de mes vœux les plus chers en donnant toute satisfaction à la conscience musulmane dans tous les cas où la compétence des nouveaux tribunaux s'étendra à l'élément indigène » (Renault 1914, p. 942).

<sup>156</sup> Le protectorat français s'est substitué à la fin du 19<sup>e</sup> siècle au règne ottoman sur cette partie du territoire.

<sup>157</sup> Le terme *étranger* dans cette citation de la part de Blanc est étonnant. En qualifiant Santillana d'*étranger*, Blanc se place en extraterritorialité, car de tous les membres de la commission, c'est bien Santillana qui était le moins étranger vu sans appartenance à la société tunisienne.

<sup>158</sup> Selon Le Grand Robert de la langue française, un rapporteur est « une personne qui rend compte (par un rapport) d'un procès au tribunal, d'un projet de loi devant une assemblée; personne qui rédige ou expose un rapport devant une commission ».

La codification devait contribuer à diffuser des « règles unifiées, rationalisées, adaptées à la situation économique coloniale » en Tunisie et permettre qu'elles « puissent se développer dans la sécurité d'un droit moderne [...], selon les canons chers aux Français » (Monéger 2007, p. 177) afin de mettre fin au « chaos antérieur » (Larcher 1907, p. viii) et à l'arbitraire de la justice des qadis. Cette codification devait comprendre toute la matière civile « en laissant de côté toutes les matières qui relèvent du statut personnel [...] » (*ibid.*) Le code ne devait « rien comprendre qui ne puisse être mis en accord avec le droit musulman » (Sakrani 2009, p. 21) et, en plus de son application aux litiges entre Tunisiens, musulmans et israélites, il devait aussi s'appliquer à ceux entre Européens et « indigènes » (Larcher 1907, p. v).

### 3.2.3 Les sources du Code tunisien des obligations et des contrats

Dans la mesure où le *Code tunisien des obligations et des contrats* a servi d'Avant-projet (Blanc 2001, p. 146) au *Dahir formant code des obligations et des contrats*, les deux codes partagent, à quelques exceptions près, les mêmes sources. Dans la présente section, nous procéderons à la présentation des sources communes au C.O.C. et au D.O.C. Nous verrons dans le chapitre suivant que le code marocain n'a subi que des modifications mineures, liées en premier lieu à la différence entre la société marocaine et la société tunisienne et en deuxième lieu à la fonction d'*adaptation* poursuivie par son rédacteur, Stéphane Berge.

Le C.O.C. présente indéniablement un intérêt considérable. Ce n'est pas seulement la diversité de ses sources qui en fait un code exceptionnel, c'est surtout la diversité de sources provenant de deux systèmes juridiques a priori antagonistes<sup>159</sup>. L'un est fondé sur la loi divine et l'autre sur la loi humaine. Son rédacteur devait s'aventurer là où personne, du moins de notre ère, ne s'était aventuré : essayer de concilier l'inconciliable, soit le droit musulman et le droit civil.

La consultation des références citées en bas de chaque article des deux premières versions du Code tunisien<sup>160</sup> montre une liste impressionnante de sources. Dans les pages qui suivent, nous

---

<sup>159</sup> Si l'on prend en considération les débats engendrés par le BGB allemand et le *Code Napoléon* alors même que ces deux codes appartiennent à la famille des droits romano-germaniques, on peut concevoir facilement la difficulté de concilier entre des droits appartenant à des familles juridiques différentes. Notons également la multiplicité des sources à l'intérieur de la même famille de droit.

<sup>160</sup> Il s'agit du Projet préliminaire de code civil et commercial tunisien (1897) et de l'Avant-projet du Code civil et commercial tunisien (1899).

ne traiterons que des sources dominantes du code tunisien. Une grande partie sera consacrée à la confrontation de ce texte législatif avec ces sources, soit le droit musulman, le *Code Napoléon* de 1804 et le *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) de 1896. Les autres sources européennes, dont la marque est moins évidente dans notre corpus, ne seront traitées qu'à des fins d'illustration.

### 3.2.3.1 Les sources islamiques

La Commission de codification devait puiser dans « la jurisprudence musulmane, et la législation tunisienne, tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue, soit des principes de droit moderne, soit des conditions actuelles de la société indigène » (Santillana 1899, p. 1). Ignorant les sources primaires, notamment le Coran et les livres de la Souna (tradition du prophète) ainsi que les ouvrages majeurs du *fiqh*, Santillana a puisé dans des ouvrages qui lui étaient contemporains, ouvrages élaborés selon ce qui s'approchait de la structure européenne. Parmi ces œuvres de codification *innovantes* à l'époque, figurent la *Medjella al Ahkam al Adliya* ottomane de 1876, *Morchid al-Hairan* de Mohammed Qadri Bacha élaboré en 1890 en Égypte<sup>161</sup>, une version de la *Touhfat* d'Ibn Acem qui date de 1882-1893 et le *Code rural tunisien* de 1861 (Rawatbi 2006, p. 408). D'après la quantité de références inscrites en marge de chaque article, il semble clair que la source la plus consultée par Santillana est *le Mokhtassar* de Khalil, un ouvrage qui a fait l'objet de plusieurs traductions. Les autres sources sont des ouvrages « en circulation en Tunisie à l'époque » (Rawatbi 2006, p. 424)<sup>162</sup> comme *Eddor El-Mokhtar*, *Rad El-Mohtar* (commentaire sur *Eddor El-Mokhtar*) et *Fourouk* (Rawatbi 2006, p. 409) ou à des ouvrages plus anciens comme *El-Fatawa El-Hindia* (Charfeddine 1995, p. 423)<sup>163</sup>. Il s'agit généralement de traités du *fiqh*, « expliqués, commentés et dont les commentaires avaient été

---

<sup>161</sup> *Morchid al-Hairan* servait d'ouvrage pédagogique d'enseignement du *fiqh* en Égypte (Rawatbi 2006, p. 408) dès 1890. Il s'agit là d'une codification du rite hanafite, divisé en trois livres : le bien, les modes d'acquisition de la propriété et les contrats en général. Le « code » comporte 941 articles (Charfeddine 1996, p. 424).

<sup>162</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>163</sup> Santillana réfère à une « traduction anglaise » (1897, p. 50) de cet ouvrage dans son Projet préliminaire de 1897. Il est à remarquer que Berge (1914) et Santillana (1897) citent invariablement le titre d'un ouvrage à la place de son auteur ou vice-versa. La liste alphabétique des références figurant dans la note préliminaire de Berge cite Amalyât (titre), Bennani (auteur), Eddor El-Mokhtar (titre), Fetoua Hendia (titre), Hamaoui (auteur), Ibn Acem (auteur), Ibn Farhoun (auteur), Ibn Nadjim (auteur), Ibn Salmoun (auteur), Khalil (auteur), Lamiat Ezzarak (titre et auteur), *Medjellé* (titre), *Morched el-Hairan* (titre), *Radd el-Mohtar* (titre), Tououdi (auteur), Touati (auteur), Zarkani (auteur). La liste est assez hétérogène. Les auteurs sont Andalous, Égyptiens, Marocains, Tunsiens...

commentés ultérieurement par d'autres commentateurs » (Sakrani 2009, p. 99), appartenant à deux écoles dominantes du fiqh, notamment l'école malékite et l'école hanafite<sup>164</sup>.

Afin de justifier l'apport islamique<sup>165</sup> dans un code établi « sur le type des codes français » (Santillana 1899, p. 1), Santillana a postulé l'existence d'un fond commun au droit musulman

---

<sup>164</sup> L'influence hanafite est un legs de la présence ottomane sur les terres tunisiennes. L'école Malékite domine au Maghreb et particulièrement au Maroc. Bien que l'école malékite constituât la référence principale dans la mesure où elle est l'école dont les dispositions sont le plus respectées dans les pays du Maghreb, Santillana révèle (1899, p. xii) que la commission de codification des lois tunisiennes « n'a pas hésité à se faire hanafite partout où les règles de cette école convenaient mieux au système général du code, et aux principes du droit européen. Il n'est rien dans tout cela qui n'est pas conforme à la doctrine des jurisconsultes musulmans les plus autorisés ». Il est fait également références dans le code à des courants islamiques « moins dominants » comme celui de l'imam Châfi'î et celle d'Al-Mawardi (Charfeddine 1996, p. 427).

<sup>165</sup> Pour expliquer la part réservée au droit musulman dans le code tunisien, un des membres de la commission (Benoit 1901, p. 395) affirme que « l'absence de codification et la forme des commentaires donnent aux Européens l'impression que le droit coranique est quelque chose de très différent du droit des peuples chrétiens; quelque chose d'incompréhensible et je dirai presque barbare. Or cette barbarie n'existe que dans la forme extérieure. Ramené aux formules ordinaires de nos codes, le droit musulman, non seulement ne s'en écarte guère, mais même, présente des affinités remarquables avec la législation civile issue du droit romain ». Selon Santillana, « dès qu'on pénètre au fond des choses, on est surpris de voir combien les idées de grands jurisconsultes de Médine, de Koufa, de Cordoue, offrent, avec les nôtres, d'étroites analogies » (Santillana 1899, p. xii). Ces analogies viennent, selon Santillana, non seulement de l'identité humaine, mais aussi du fait que les systèmes de droit musulman et européen découlent d'une racine commune, le droit romain. Le contact se serait établi durant les premières expansions musulmanes en Syrie notamment (El-Fassi 1977, p. 86), dominé par les Romains, refoulés des nouvelles Terres d'islam par l'État musulman montant, arrivé d'Arabie (le Hijaz, l'Arabie Saoudite actuellement), terre du Prophète.

L'hypothèse de l'influence du droit romain sur le droit musulman a été réfutée par nombre de juristes européens au début du siècle dernier (E. Zeys, par exemple dans son *Traité élémentaire de Droit musulman algérien*). Santillana lui-même affirme « on peut supposer a priori, sans trop d'in vraisemblance, qu'à l'égal des autres éléments de civilisations qui flottaient en Orient entre le VII<sup>e</sup> et le IX<sup>e</sup>, le Droit romain se soit infiltré dans la civilisation musulmane, et qu'il ait fini, insensiblement par s'y incorporer » (Santillana 1899, p. XII; nous soulignons). Il se pose des questions sur la manière dont l'assimilation par les musulmans du droit romain s'est réalisée et sur la part de l'influence des idées reçues « aux idées propres à l'islam » et reconnaît que de telles questions nécessitent des « recherches pleines d'intérêt, mais dont la place n'est pas ici » (Santillana 1899, p. xiii), lançant ainsi une invitation à explorer cette question d'un point de vue historique et juridique (Sakrani 2009, p. 170). Malgré un soupçon de doute apparent de la part de Santillana, il est surprenant de constater la facilité avec laquelle sa thèse a été reprise par bon nombre de juristes, notamment Français (Blanc, Monéger, Rivière) pour justifier l'implantation du droit français au Maroc. Blanc (2001, p. 152-155), par exemple, semble accepter « la pénétration du droit musulman du premier siècle par certaines normes romaines dans la mesure où ces dernières n'allaient pas à l'encontre des règles révélées dans le Coran, dégagées par la Sunna ou posé par l'Idjma ». En s'appuyant sur une affirmation de Berge datée de 1914, lui-même citant Santillana, Blanc affirme que : « La filiation entre les deux corps de droit serait [...] non seulement fondée, mais également formelle » (Blanc 2001, p. 154), puisque Santillana avait relevé « de très nombreuses reproductions textuelles du *Digeste* présentées dans les recueils de juristes musulmans ».

À la deuxième moitié du siècle dernier, l'idée d'une influence romaine sur le droit musulman est fortement rejetée par des auteurs musulmans et particulièrement Allal El-Fassi qui, dans *Défense de la loi islamique*, rejette la facilité de l'argument « de l'existence de tribunaux romains en Syrie après la conquête islamique » pour expliquer la ressemblance des normes juridiques. L'emprunt des idées juridiques n'étant pas ouvert au commun des mortels, El-Fassi explique que le seul théologien de la Syrie à cette époque, al Awza'i, dont les travaux ont pratiquement disparu et dont la théorie ne fait plus autorité dans les pays d'islam, s'opposait fortement à l'opinion personnelle (*ra'y*), craignant la (mauvaise) innovation (*bid'aa*) et se contentait de recueillir les propos du Prophète que l'on rapportait (El-Fassi 1977, p. 86). Ce rejet de la thèse de Santillana est partagé également par Rawatbi (2006, p. 204) pour lequel la référence à une source commune ne fait que nier l'aspect religieux du droit musulman en faisant de lui un produit du droit romain. Le postulat d'une racine commune est destiné selon Sakrani (2009, p. 170) à rassurer à la fois les oulémas tunisiens et les membres de la commission de codification. Dans le but de convaincre ceux-là, « il fallait insister sur l'universalité, la moralité, l'humanisme » (Sakrani 2009, p. 170). Rawatbi (2006, p. 204) n'y va pas de main molle et considère cette procédure d'explication comme de la « poudre aux yeux » (notre traduction) destinée à faciliter l'acceptation du projet par les oulémas. Ce juriste remet en cause la facilité avec laquelle on fait référence à un « orientaliste » pour justifier l'origine romaine du droit (Rawatbi 2006, p. 203). Dans son compte rendu sur la traduction effectuée par Seignette du *Mokhtassar*, R. Darest (1882) fait référence à la « prétendue » origine romaine et met en garde contre la facilité de « se laisser

et au droit européen « qui facilite la création d'un champ juridique dans lequel il est possible d'atténuer les divergences entre les systèmes comparés, sans occulter pour autant leurs particularismes » (Sakrani 2009, p. 97). Ce fond serait le droit romain.

Le survol de l'Avant-projet établi par Santillana révèle que parmi les références, citées en bas de chaque article, celles qui renvoient au Coran sont très peu nombreuses par rapport aux références renvoyant à des sources législatives européennes. Les versets, très peu nombreux, sont très généraux et peuvent difficilement être reliés à l'article auquel ils servent de sources. De la Souna, Santillana a puisé quelques articles reproduits par exemple dans les articles suivants :

« Celui qui a subi un dommage injuste n'est pas autorisé par cela à causer des dommages à autrui » (art. 555)

« Entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre » (art. 556)

« Entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, il faut préférer l'intérêt général, s'il n'y a aucun moyen de les concilier » (art. 557)

« Ce que la loi défend pour un motif déterminé cesse d'être défendu lorsque le motif n'existe plus » (art. 538)<sup>166</sup>.

Santillana a puisé dans la *Medjella* ottomane<sup>167</sup> certaines règles d'interprétation des contrats et les dispositions relatives à la « dernière maladie », institution typique du droit musulman.

---

entraîner par quelques ressemblances extérieures, et de négliger les différentes fondamentales ». Notons que pour Daresté, qui adopte une logique d'évolution unilinéaire, le droit romain n'aurait pas pu influencer le droit musulman, puisque la civilisation des Arabes est encore primitive et n'a pas atteint le degré de civilisation de la société européenne.

La question de l'influence du droit romain sur le droit musulman et le semble avoir été une source de tracas pour, N. Seignette, un des traducteurs du *Mokhtassar* de Khalil, une des sources dans laquelle Santillana a consulté durant le processus de codifications d'un droit civil tunisien. Dans l'introduction de son ouvrage, après quelques questionnements allant dans le sens de la confirmation ou du rejet de cette « racine commune », Seignette finit par affirmer que « la concordance qui existe entre ce droit (le droit romain) à son état primitif et les coutumes Hindoues » l'a forcé à conclure que « la concordance absolue d'un Droit primitif arabe et du Droit primitif romain devait être attribuée à une origine commune des races Sémitiques et indo-germanique » (Seignette 1887, p. xxxix-xl) (Majuscules de l'auteur).

Au-delà des avis affirmant ou infirmant une influence romaine sur les codes marocain et tunisien, on peut noter l'absence de validité scientifique de cette affirmation, surtout de la part d'un éminent juriste comparatiste comme François-Paul Blanc. Sur le plan de la traduction, une étude des « reproductions textuelles du Digeste » relevées par Santillana serait à faire. Toutefois, il faut prendre conscience qu'une telle étude nécessiterait une connaissance approfondie des droits *archaïques* en cause, notamment le droit romain et le droit musulman (classique) ainsi qu'une connaissance tout aussi approfondie des langues véhiculées à l'époque du *contact* allégué.

<sup>166</sup> Nous verrons dans le chapitre IV que ces articles ont été supprimés lors du processus d'« adaptation » mené par Berge du *Dahir formant Code des obligations et des contrats* en 1913.

<sup>167</sup> Santillana a consulté une traduction française de la *Medjella*. Nous n'avons trouvé qu'une version électronique en anglais de la *Medjella*. En voici l'énoncé :

Charfeddine (1995, p. 429 et s.) s'est livré à une étude comparative remarquable entre des articles provenant de la *Medjella* qui ont inspiré le code tunisien. Par exemple, l'article 565 de ce code portant sur la dernière maladie est une reprise de l'article 394 de la *Medjella* (Charfeddine 1996, p. 429, note 43). L'article 479 du D.O.C. traitant de la même matière est une copie conforme de la disposition tunisienne.

L'intégration de certaines règles ou institutions purement musulmanes dans le code des obligations et des contrats tunisien ne fait aucun doute et serait même « facilement décelable » (Azziman 1995, p. 30). À titre d'exemple, citons l'interdiction du prêt à intérêt<sup>168</sup> entre musulmans, la nullité des contrats conclus entre musulmans et portant sur des choses déclarées impures par la loi religieuse (en matière de vente, de louage ou de société)<sup>169</sup> et l'intégration d'institution typiquement musulmane comme la *choufa'a* (retrait) (Charfeddine 1996, p. 439) et les *habous* (fondations pieuses), la responsabilité du mineur et de l'infirme, etc. Le

---

« If a person suffering from *mortal sickness* sells a thing to a person who is not one his heirs at the time of his death for a price equal to the value of such thing, such sale is valid. If he gives favourable terms, that is to say, such thing for less than its value and gives delivery thereof, anyone third of his property allows thereof, and thereafter dies, the sale is valid. If a third of his property is insufficient to allow of such favourable terms, the purchaser must make good such deficiency. If he does not do so, the heir can cancel the sale. ». L'article 565 du C.O.C. énonce quant à lui :

« La vente faite par un malade, pendant sa *dernière maladie*, est régie par les dispositions de l'article 354, lorsqu'elle est faite à un de ses successibles dans l'intention de le favoriser, comme si par exemple, il lui vendrait à un prix beaucoup inférieur à la valeur réelle de la chose, ou s'il lui achetait à une valeur supérieure.

La vente faite par le malade à un non-successible est régie par les dispositions de l'article 355 » (nous soulignons). Les articles 354 et 355 énoncent respectivement : « La remise faite par un malade, pendant sa dernière maladie, à l'un de ses héritiers, de tout ou partie de ce qui est dû par ce dernier, n'est valable que si les autres héritiers la ratifient » et « La remise accordée par un malade à un tiers pendant sa dernière maladie est valable jusqu'à concurrence du tiers de ce qui reste dans la succession après le paiement des dettes et des frais funéraires ». Dans le D.O.C., l'article 479 reprend le même énoncé en changeant toutefois les numéros d'articles de renvoi. Le terme « dernière maladie » constitue un cas intéressant de traduction. En effet, ce terme tel qu'il figure dans les versions françaises des codes maghrébins n'existe pas, sous cette forme, dans les différentes traductions du *Mokhtassar* ni dans des ouvrages français traitant du droit malékite. Dans ces ouvrages, nous avons remarqué que les traducteurs et les auteurs recouraient à une expression française plus ou moins longue pour exprimer la notion (Perron 1848, p. xxvii). Chez Perron (Tome III, p. 82), la notion est traduite par « maladie ordinairement mortelle » ou dans une traduction assez littérale du segment arabe correspondant une « maladie, jugée par l'art médical, comme entraînant une mort assez prompte [ou comme étant directement mortelle] ». Seignette (1887, p. 160) traduit ce concept « maladie de la nature de celles qui, au dire des médecins, se terminent mortellement dans la plupart des cas ». Notons l'influence de la traduction de Perron sur ce segment. Zeys (1885, p. 18) dans son *Traité élémentaire du droit musulman algérien* traite de « maladie qui entraîne généralement un dénouement fatal ». Le terme « dernière maladie » figure dans le *Code Napoléon*, mais s'il présente des similitudes avec la notion islamique, il ne partage pas avec elle une correspondance parfaite. Nous verrons le traitement réservé à cette notion et à son équivalent arabe dans l'analyse de notre corpus.

<sup>168</sup> Pour ce qui est de la répétition de ce qui a été payé pour intérêt, Santillana s'est fondé sur Ibn Nadjim : « ce qui a été payé à un homme puissant pour échapper à un danger qui menace notre personne ou nos biens a-t-il une cause illicite des deux côtés? La turpitude est de la part de celui qui a reçu » (Ibn Nadjim, I, 109, cité dans Sakrani 2003, p. 152).

<sup>169</sup> Il faut noter que le code interdit ces institutions « entre musulmans » seulement. Elles restent ouvertes aux Français, aux Juifs et aux Européens. Notons également que l'expression « entre musulmans » est insérée telle quelle dans plusieurs articles des codes marocain et tunisien. Cette expression pose des problèmes intéressants pour notre analyse : a-t-elle été reprise dans la traduction marocaine vers l'arabe?

code laisse beaucoup de place à la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligations suivant en cela le droit musulman qui accorde une place dominante à cette action, notamment la promesse, le don, entre autres. Le code comporte d'autres institutions qui « tireraient en partie ou en totalité leur origine du droit musulman » notamment la capacité, les vices du consentement, la lésion, entre autres. Le Code est marqué d'une hostilité pour les contrats aléatoires (Azziman 1995, p. 30). De plus, le code tunisien réfère explicitement à des contrats spéciaux relevant inéluctablement au droit musulman ou aux coutumes tunisiennes comme le contrat de l'*enzel*, le *kirdar*, le *khoulou*, la *mouçakate*, le *mougharassa*, le *selem*, entre autres. Certains de ces contrats subsistent encore dans le code marocain.

La place réservée au droit musulman dans le C.O.C. ne fait pas l'unanimité chez les juristes comparatistes. Les avis tunisiens sont divergents. Pour certains auteurs, il ne fait aucun doute que le C.O.C. est non seulement conforme au droit musulman, mais encore la plupart de ses dispositions sont tirées de ce droit. Ainsi, Mohammad Bouzghiba (2006, p. 58) s'étonne de la persistance de certains juristes à « faire du *Code des obligations et des contrats* tunisien une copie conforme des lois occidentales alors que Santillana a bien fait référence à des ouvrages du fiqh dont certaines dispositions puisées directement des dires du prophète ou des énoncés du fiqh sont reproduites mot par mot dans le code »<sup>170</sup>. Charfeddine (1996, p. 429) ne nie pas l'empreinte musulmane dans le code tunisien, mais trouve « encore plus remarquable et peu surprenante l'empreinte du Code civil français » ainsi que celle des autres droits européens dont s'est inspiré Santillana. Le débat dont le code fait l'objet a même été exporté au Maroc lors de la réception du *Dahir portant code des obligations et des contrats en 1913*. Par exemple, Azziman (1995, p. 30-31), bien qu'il reconnaisse que « les rédacteurs du *code des obligations et des contrats* ont abondamment emprunté au droit musulman et que la référence au fiqh, notamment malikite, n'est nullement étrangère à leur œuvre » affirme toutefois qu'il « n'en reste pas moins que pour l'essentiel, le D.O.C. paraît en rupture avec le droit musulman » et que « l'influence du droit musulman se situe au niveau de la surface visible [...] et qu'elle s'y

---

<sup>170</sup> Notre traduction. Il faut atténuer cette affirmation. Les dispositions tirées dans les hadiths du Prophète ont subi une modulation afin de respecter le style législatif français. Par exemple, le hadith du Prophète « La preuve incombe au demandeur, le serment au défendeur » est reformulé à l'article 365 de l'avant-propos énonçant « La preuve de l'obligation doit être faite par celui qui en demande l'exécution ». Cet article a été modifié dans la version définitive du code « la preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut » (art. 420).

manifeste par des emprunts qui se greffent sur un corps étranger. Car en profondeur, dans sa philosophie et dans son esprit, dans sa rationalité et dans sa logique<sup>171</sup>, dans ses concepts et dans ses catégories, le D.O.C. ne doit rien au droit musulman et n'est redevable qu'au droit français et accessoirement à d'autres législations européennes » (Azziman 1995, p. 31-32). Ce que partage Rawatbi qui affirme « que la formule musulmane est accessoire à la formule française et lui est même subsidiaire puisque son existence même est tributaire à la condition de ne pas rentrer en conflit avec elle »<sup>172</sup> (Rawatbi 2006, p. 203 et 204). Un tel avis semble être partagé par bon nombre de juristes marocains (Drouich 1992, cité dans Azziman 1995, p. 27). Entre ces deux extrêmes, il y a ceux qui préfèrent mettre l'accent sur la nature conciliatrice des codes maghrébins, en y voyant l'illustration moderne d'un alliage juridique singulier (Zine 1996, p. 421; cité dans Rawatbi 1996, p. 190).

### 3.2.3.2 Les sources européennes

S'il fallait élaborer un code « sur le type des Codes français », il était « impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit » (Santillana 1899, p. 1). « La Sous-commission a estimé qu'elle ne devait pas se renfermer exclusivement dans le cadre du droit français [...] », elle a complété ou modifié celui-ci « par ce qu'on peut désormais appeler le droit européen » (*ibid.*). Par conséquent, en plus du *Code Napoléon*, Santillana a puisé dans le *Code civil italien* de 1865<sup>173</sup>, le *Code fédéral suisse des*

---

<sup>171</sup> Le C.O.C. et le D.O.C. adhèrent selon cette logique à la conception individualiste du droit, laquelle place l'homme avant la société. Pour les tenants de cette perspective, c'est l'individu qui constitue la finalité du droit et tout système juridique doit, en premier lieu, promouvoir les intérêts de l'individu. Henri Batiffol affirme à ce propos que « la société est faite par l'homme et pour l'homme et non l'homme pour la société; l'homme, quelque raison qu'on en donne, est en effet une valeur supérieure à la société » (Batiffol 1960, p. 22; cité par Essaid 2010, p. 84). La conception individualiste du droit s'exprime particulièrement dans le domaine du contrat.

<sup>172</sup> En arabe, notre traduction. C'est ce qui est confirmé par l'affirmation de l'un des membres de la commission de codification tunisienne (Benoit, 1901), traitant de la difficulté de concilier les interprétations différentes des rites musulmans « En pareil cas, la loi donne au Souverain, chef religieux du pays, [...], le droit de se prononcer pour l'une des interprétations et de lui donner la sanction légale et officielle. Le Gouvernement a usé de cette faculté pour faire prévaloir les interprétations qui se rapprochaient le plus des législations européennes, et surtout du droit français ».

<sup>173</sup> Les références au Code italien sont assez considérables. Notons toutefois que le *Code civil italien* a lui-même subi l'influence du droit français à la suite des conquêtes napoléoniennes (Imre 1954, p. 794). « Les lignes directrices du *Code Napoléon* peuvent être retrouvées aujourd'hui dans le *Code civil italien* qui ne pourrait être bien compris, si on ignorait la grande œuvre française... Si le système apparaît plus innovateur, on doit être d'accord que, pour les différentes institutions, la base demeure celle du code français » (*ibid.*, p. 795). Au Code civil italien de 1865, Santillana a puisé la règle relative à la méthode d'interprétation en cas d'ambiguïté ou de lacune du texte. L'article 3 de ce texte législatif énonce « On ne peut, en appliquant la loi, lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, d'après la connexion existant entre eux, et l'intention du législateur ». Cette disposition est reprise dans l'article 532 du C.O.C. qui énonce « En appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle, et l'intention du

*obligations* de 1881 et le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1896. Des références sont faites également au *Code de commerce allemand* (Charfeddine 1996, p. 428) et au *Code civil espagnol*, entre autres. Santillana fait appel aussi aux sources romaines, particulièrement le *Digeste*.

Dans la présente section, nous ne traiterons que des sources dont l’empreinte est facilement décelable dans notre corpus. Il s’agit du *Code Napoléon* de 1804 et du BGB allemand de 1896. Nous n’allons pas procéder à une comparaison systématique de ces codes et de notre corpus, une telle entreprise serait irréalisable. Nous nous limiterons à présenter certains traits en mesure de montrer la *similitude* des dispositions entre les codes en cause, que nous pensons être pertinents à notre analyse ultérieure du corpus, notamment d’un point de vue stylistique, phraséologique et terminologique.

#### **3.2.3.2.1 Le droit français**

Pour des raisons que l’on peut facilement comprendre, la place réservée au *Code Napoléon* dans les codes marocain et tunisien est prédominante. En témoigne d’ailleurs la grande visibilité des références aux sources françaises indiquées en bas de pratiquement chaque article du Projet préliminaire (Annexe 3) préparé par Santillana à l’intention des autres membres de la commission de codification. En effet, « s’il est vrai que les auteurs du code des obligations et des contrats ont délibérément cherché à puiser dans différentes législations européennes, il ne fait aucun doute qu’ils se sont principalement et prioritairement référés au droit français et plus précisément au *Code Napoléon* et à la jurisprudence qui l’interprète, le complète et le renouvelle » (Azziman 1995, p. 32).

Pour nombre d’auteurs (Azziman 1995, Charfeddine 1995 et 2006, Rawatbi 2006), l’influence française est évidente dans le code tunisien et « se manifeste sur plusieurs plans » (Azziman 1995, p. 32), notamment ceux de la structure, de la terminologie, de la phraséologie et de la logique juridique elle-même. Une telle influence inscrit le C.O.C. et partant, le D.O.C., selon bon nombre d’auteurs, dans la lignée directe du droit français malgré des emprunts faits

---

législateur » (Charfeddine 1996, p. 430). La « légère différence » résulte d’après Charfeddine du recours à une traduction différente du code italien (*ibid.*). Ce qui renvoie à l’idée voulant que Santillana ait également consulté une traduction française de ce code.

aux autres droits européens (*ibid.*) ou au droit musulman. Charfeddine trouve « remarquable et peu surprenante » (1996, p. 429) l’empreinte du droit français. Pour ce juriste, « de nombreuses dispositions du Code de 1906 sont de simples reproductions de celles du Code de 1804 ».

Une simple lecture comparative entre d’une part les dispositions du *Code Napoléon* de 1804 et d’autre part celles du C.O.C. et du D.O.C. confirme l’existence d’un « parallélisme des dispositions » (Kettani 1984, p. 122). D’un point de vue structurel, des titres entiers ont été « reproduits » en bloc dans le C.O.C. À titre d’exemple, le titre II « suit pas à pas l’ordre des matières du chapitre IV du *Code Napoléon* » (Rivière 1927, p. 230-231), en y ajoutant parfois certaines dispositions empruntées soit au droit musulman soit aux autres codes européens. Après vérification, l’affirmation de Rivière s’est révélée exacte.

Tel est le cas également de la partie réservée au prêt à usage (art. 1875 et s. du *Code Napoléon*, 1055 et s. du C.O.C. et 830 et s. du D.O.C.). Dans une moindre mesure, de nombreux articles sont reproduits tels quels ou avec des modifications mineures dans les codes maghrébins. Par exemple, l’article 1165 du *Code Napoléon* énonçant que « Les conventions n’ont d’effets qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121 » est repris à l’article 240 du C.O.C., avec quelques modifications dont la plus importante est le remplacement du terme « conventions » par « obligations ». La disposition tunisienne énonce : « Les obligations n’engagent que ceux qui ont été parties à l’acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi ». Cet article est repris fidèlement dans le D.O.C. (art. 228).

Dans le même ordre d’idées, l’article 242 du C.O.C. énonçant que « Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi » reprend pratiquement mot à mot les dispositions de l’article 1134 du *Code Napoléon*, mais en remplaçant l’expression « légalement formées » par « valablement formées ». Cet article est repris

fidèlement dans le D.O.C. (art. 230). Les exemples de reproductions des dispositions du code français sont très nombreux<sup>174</sup>.

La présence du droit français dans le C.O.C. et le D.O.C. ne s'est pas limitée aux sources législatives, mais s'est également étendue à la doctrine<sup>175</sup>. Santillana écrit à cet effet que la sous-commission de codification s'est parfois sciemment écartée « du droit français tel qu'il est dans les codes » (Santillana 1899, p. i) dans le but d'enrichir le nouveau code par l'apport de la doctrine<sup>176</sup>. Santillana a puisé dans les écrits des « auteurs les plus autorisés »<sup>177</sup> (Santillana 1899, p. i). Les principaux auteurs cités sont Aubry et Rau, Marcadé, Demolombe, Toulier, Lyon-Caen, Renault, Duranton, Lamoignon, Laurent et Pothier (Charfeddine 1996, p. 427). Sakrani (2003, p. 72) a relevé dans l'Avant-projet de Santillana 271 références à Aubry & Rau, 202 à Laurent, 136 à Demolombe, 75 à Toullier et 27 à Dalloz, entre autres. Les emprunts à ces auteurs sont particulièrement intéressants sur le plan de l'énoncé juridique. Charfeddine note la « patente parenté » (Charfeddine 1996, p. 430) entre certains énoncés doctrinaux français et les dispositions du C.O.C. Quelques exemples illustrent bien cette parenté : « celui qui reçoit un paiement de ce que ne luy est pas dû, quand même il croiroit de bonne foy qu'il luy seroit dû, & que celui qui paye le penseroit de même, n'acquiert aucun droit sur ce qui luy

---

<sup>174</sup> Notons à titre d'exemple l'article 1321 (C.N.) et les articles 26 (C.O.C.) et 22 (D.O.C.); l'article 1322 (C.N.) et l'article 449 (C.O.C.) et l'article 424 (D.O.C.) portant sur l'acte sous seing privé; l'article 1131 (C.N.) et les articles 67 (C.O.C.) et 62 (D.O.C.); l'article 1116 (C.N.) et l'article 56 (C.O.C.) et l'article 52 (D.O.C.); l'article 1128 (C.N.) et les articles 62 (C.O.C.) et 57 (D.O.C.); l'article 1129 (C.N.) et les articles 63 (C.O.C.) et 58 (D.O.C.); l'article 1130 (C.N.) et les articles 66 (C.O.C.) et 61 (D.O.C.); l'article 1132 (C.N.) et les articles 69 (C.O.C.) et 64 (D.O.C.).

<sup>175</sup> En plus de la doctrine, Santillana a également puisé dans la jurisprudence française. Plusieurs décisions de la Cour de cassation française sont citées au bas de certains articles de son avant-projet. Tel est le cas de l'enrichissement, sans cause pour lequel Santillana a cité un célèbre arrêt de cette haute juridiction et le trouble du voisinage (Sakrani 2009, p. 111). Source de codification secondaire dont l'intérêt pour notre recherche (différence entre le langage législatif et le langage jurisprudentiel) est mineur, nous avons choisi de ne pas traiter de l'apport jurisprudentiel dans la codification tunisienne.

<sup>176</sup> Il faut voir en cela un désir de « moderniser » le droit. Santillana aussi caressait le désir d'améliorer le *Code Napoléon*, en y insérant des dispositions « longtemps réclamées par la science française » (Santillana 1899, p. 1).

<sup>177</sup> L'influence des écrits d'Aubry et Rau, Demolombe, Laurent et Pothier entre autres a dépassé les frontières et a inspiré le *Code civil du Bas-Canada*. Edmond Larau écrit en effet dans sa préface au code en 1888 qu'« on y trouvera aussi la citation des auteurs du jour [...]. Comme autorités nouvelles, nous signalons les auteurs les plus considérés au Palais, entr'autres Larombière, Demolombe, Laurent, Aubry et Rau ». Nous avons noté une ressemblance troublante entre plusieurs dispositions du *Code civil du Bas-Canada*, celles du *Code Napoléon* et par ricochet celles du C.O.C. et du D.O.C. Comparer à titre d'exemple les dispositions sur l'échange aux articles 1596 et 1599 du Code civil du Bas-Canada avec les articles 1702 et 1702 du *Code Napoléon* et les articles 718 et 724 du C.O.C. et 619 et 625 du D.O.C. Comparer également les articles 1600, 1601 et 1602 du *Code civil du Bas-Canada* avec les articles 1708, 1709 et 1710 du *Code Napoléon* et les articles 726, 727 du C.O.C. et 626 et 627 du D.O.C.

est payé de cette manière; mais il doit le rendre » (Domat)<sup>178</sup>; « Pour la preuve de cet achat, il n'est point nécessaire de rapporter un titre, il suffit de posséder le meuble, parcequ'on matière de meuble, la possession vaut titre » (Domat). Quelques formulations de Pothier<sup>179</sup>, abrégées et débarrassées des « scories des commentaires » (Lasserre-Kiesow 2002, p. 80) ont trouvé leur place, un siècle après leur publication originale, dans le C.O.C. et le D.O.C. Une lecture comparative entre les énoncés doctrinaux susmentionnés et le Code français, le C.O.C. et le D.O.C. laisse clairement voir la ressemblance de formulation. Par exemple, sur le contrat de louage, Pothier énonce que le contrat de louage est « un contrat par lequel l'un des deux contractants s'oblige de faire jouir ou user l'autre, d'une chose pendant le temps convenu, & moyennant un certain prix, que l'autre de son côté s'oblige à lui payer » (Lasserre-Kiesow 2002, p. 79). Cet énoncé est reformulé à l'article 1709 du code français : « Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». L'article 727 du C.O.C. reprend le même énoncé, mais légèrement modifié « Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties cède à l'autre la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière, pendant un certain temps, moyennant un prix déterminé que l'autre partie s'oblige à lui payer ». La formulation du C.O.C. est reprise telle quelle dans le D.O.C. à l'article 627.

### **3.2.3.2.2 Le droit allemand : le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)**

À ce stade se pose la question de la langue consultée par Santillana. Santillana avait-il consulté directement la version allemande? Dans ce cas, il faut présumer sa connaissance approfondie non seulement de la langue juridique allemande, mais également de la logique juridique allemande. Les avis sont partagés. Selon Sakrani (2003, p. 147), Santillana ne maîtrise pas la langue allemande. Par contre, Kreuzer (1998, p. 548) énonce la connaissance de Santillana de cette langue. En l'absence de preuves historiques sur cette question, nous nous basons sur la

---

<sup>178</sup> Les exemples de la doctrine française sont tirés de l'ouvrage de Lasserre-Kiesow (2002). L'auteure cite, entre autres, l'ouvrage de J. Domat, *les loix civiles dans leur ordre naturel* (1695), celui de Pothier, *Traité du contrat de louage selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur* (1771) et les *Arrêtés* de Lamoignon (1777).

<sup>179</sup> L'influence de Pothier sur le Code Napoléon est reconnue (Lasserre-Kiesow 2002, p. 80).

*ressemblance* entre certaines dispositions de la version française du BGB effectuée par le juriste français Raoul de la Grasserie et publiée en 1897.

Santillana a eu recours au BGB<sup>180</sup> pour deux raisons. D'abord dans un souci d'élaborer un code moderne. Dans la mesure où des matières ont, « pour la première fois, été de la part du législateur allemand l'objet d'une théorie d'ensemble et d'une réglementation cohérente » (Rivière 1927, p. 227), des emprunts au BGB sont venus souvent *améliorer* certaines dispositions du *Code Napoléon* reprises dans le C.O.C. Ensuite, parce qu'il trouvait beaucoup de similitudes entre l'esprit casuistique qui anime le code allemand et la méthode juridique islamique. À la manière des *fouqaha*, les rédacteurs allemands ont choisi une approche casuistique qui impose au juge la solution de chaque cas d'espèce. Santillana a donc puisé dans le code allemand des règles traitées par le droit musulman, notamment la théorie de la déclaration unilatérale de volonté (comme source d'obligation). Cette matière négligée par le *Code Napoléon* a été « minutieusement réglée par les législations modernes, en particulier le Code civil allemand, qui a créé la théorie, ainsi que le vocable, de la déclaration de volonté » (Rivière 1927, p. 226). Selon Sakrani, la nécessité de transposer la norme islamique dans un style législatif français dans le C.O.C. a entraîné le recours « à un autre mode d'expression législative » (2003, p. 291) de la part de Santillana, notamment la technique allemande.

Santillana a puisé d'autres règles dans le BGB. Il a notamment emprunté les règles relatives à la condition, à la solidarité entre débiteurs, à la demeure du créancier, à la nullité partielle des actes juridiques et à la résiliation volontaire ou *distrat* (Charfeddine 1996, p. 431). Dans son article « *Spuren des BGB im tunesischen Schuldrecht* » (1998), Karl Kreuzer relève d'autres matières, dont la promesse de prestations à un tiers. Il se livre à une lecture comparative d'envergure des dispositions du BGB et de celles du C.O.C. La similitude est flagrante dans certains cas. Voici un cas d'emprunt : l'article 147 du BGB énonce que « L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite par téléphone », cet article est repris dans les articles 27 et 34 (al.1) du C.O.C. respectivement.

---

<sup>180</sup> Santillana a aussi puisé dans la doctrine allemande, notamment Windscheid, Goldschmidt, Kohler, Thöl et Savigny (Kreuzer 1998, p. 548). Sakrani (2003) relève 84 renvois à Windscheid, 12 à Goldschmidt et 12 au célèbre Savigny. Les renvois à la doctrine allemande sont moins nombreux que les références françaises, mais elles restent tout de même significatives en termes de quantité.

(articles 23 et 30 du D.O.C.) « L'offre faite à une personne présente, sans fixation de délais, est non avenue, si elle n'est acceptée sur-le-champ par l'autre partie. Cette règle s'applique aux offres faites au moyen du téléphone par une personne à une autre ». Kreuzer relève de nombreux cas similaires.

Produit éclectique, le C. O. C. constitue « une œuvre inédite offrant une synthèse assez rare entre d'une part, les droits civils européens [...] et d'autre part, le droit musulman » (Charfeddine 2006, p. 677)<sup>181</sup>. En matière de rédaction, il serait intéressant d'analyser la manière dont cette synthèse s'est réalisée. Autrement dit, quelle est l'expression textuelle dans laquelle s'est traduite la synthèse juridique? Par extension, il serait intéressant d'examiner la polyphonie législative et doctrinale dans notre corpus. Il s'agit probablement d'un grand défi auquel le traducteur vers l'arabe s'est heurté, ne serait-ce que du point de vue de la terminologie assez générale du côté français, mais immensément précise du côté allemand ou *différente* du côté islamique. La conjonction de tant de dispositions provenant de différentes sources ne risque-t-elle pas de mener à des anomalies? Quelle stratégie a-t-il suivie dans ses allers-retours d'un texte législatif à sa traduction? Comment a-t-il réussi à harmoniser les différents styles législatifs? Sur le plan pratique, est-il seulement possible de créer un code à partir de plusieurs modèles juridiques différents? Telles sont les questions posées par plusieurs auteurs, dont Sakrani (2003, p. 346) et Charfeddine (1996, 2006).

Dans les pages qui suivent, nous verrons en premier lieu le statut controversé de codificateur de l'homme qu'est Santillana. Nous traiterons ensuite de sa méthode rédactionnelle. Pour les besoins de notre démonstration, nous avons procédé à la comparaison entre plusieurs dispositions du C.O.C. et du D.O.C. d'une part et de certaines dispositions du *Code Napoléon* et du BGB d'autre part.

---

<sup>181</sup> La synthèse tunisienne est beaucoup moins évidente que celle qu'on peut relever dans le *Code civil égyptien* de 1949, par exemple. Le législateur, un Égyptien musulman, bien que fortement influencé par le modèle français est allé *a contrario* de la technique de Santillana. En effet, au lieu de prendre dans le droit musulman les règles qui concordaient avec le droit français, faisant ainsi de ce droit la règle et, du droit musulman l'exception, il a suivi les solutions qui, dans les codifications occidentales, s'adaptent à la conception objectiviste du droit musulman (Chehata 1965, p. 844).

### 3.2.4 David Santillana : codificateur

De tous les membres de la commission, David Santillana est celui qui a le plus marqué l'élaboration du *Code tunisien des obligations et des contrats*. Né à Tunis en 1855 de parents juifs tunisiens aisés, il a fait des études en droit à l'Université de Rome. En plus de sa connaissance profonde du droit musulman<sup>182</sup>, Santillana était un spécialiste du fiqh malékite. Proche de la famille régnante en Tunisie, il connaissait bien la société tunisienne et était un arabisant accompli. Il a occupé des fonctions d'interprète et a dirigé un journal officiel tunisien et l'imprimerie beylicale<sup>183</sup>. Il a aussi donné au Caire un cours d'« histoire de la philosophie grecque dans le monde musulman » et un cours « droit musulman malékite » (Charfeddine 2006, p. 677) à l'Université de Rome. Au cours des années qu'il a passées en Italie, il a siégé en sa qualité d'arabisant et de connaisseur du droit musulman, au sein d'une commission pour l'étude des questions islamiques d'intérêt colonial en Italie (Sakrani 2009, p. 238). Santillana a également été traducteur. Il a traduit de l'arabe vers l'italien le *Mokhtassar* (le précis), un ouvrage du droit musulman de Khalil Ibn Ishâq. Le *Mokhtassar* est une des sources islamiques les plus importantes du *Code tunisien des obligations et des contrats* et du *Dahir formant code des obligations et des contrats*.

Les compétences de Santillana l'ont habilité à tenir un rôle important au sein de la commission codificatrice. C'est à lui que fut confié le soin d'établir le Projet préliminaire du *Code civil et commercial tunisien* qu'il déposa, moins d'une année plus tard, devant la commission pour avis et commentaires. Ce projet préliminaire a été soumis pendant quelques mois à l'examen rigoureux d'une sous-commission<sup>184</sup> qui y consacra, plus de trente séances, étalées sur plusieurs mois (le printemps et l'été 1898) (Santillana 1899, p. 1). De ces séances ne subsistent pas de travaux préparatoires ni de procès-verbaux (Sakrani 2003, p. 33). À la suite de cet examen, Santillana a été chargé « d'établir le texte d'un Avant-projet destiné à servir de base aux délibérations d'une commission spéciale plus étendue » (*ibid.*) dont faisaient partie des

---

<sup>182</sup> Santillana est l'auteur d'un ouvrage sur le droit musulman et plus particulièrement l'école malékite : *Istituzioni di diritto malikita, con riferimento anche al sistema sciafita*, A.R.E, Rome, 1926, 2 vol.

<sup>183</sup> L'adjectif *beylical* est relatif au *bey*. Le *bey* est un titre alloué au chef d'État tunisien. Selon le Grand Robert, ce terme provient du terme turc *beg* voulant dire *seigneur*. Il s'agit d'un titre porté par les souverains vassaux du sultan ou par certains fonctionnaires.

<sup>184</sup> Cette sous-commission était composée uniquement de Berge, Padoux et Anterrieu.

oulémas<sup>185</sup> tunisiens. La version définitive de l'Avant-projet est devenue le *Code tunisien des obligations et des contrats*. Malgré l'approbation des oulémas, quelques hésitations<sup>186</sup> ont empêché l'application, jugée trop hâtive (Charfeddine 2006, p. 678, note 11) du Code. Il n'a été promulgué par décret que le 15 décembre 1906.

Le code est un texte juridique sans auteur par excellence. Devant être impersonnel, quasiment divin<sup>187</sup>, il ne porte pas les noms de ceux qui le rédigent. Dans le contexte tunisien, est-il possible de connaître la « plume légiférante » (Commaille 1994, p. 138) derrière le code?

En l'absence de travaux préparatoires, il n'est pas aisé de connaître les mains qui ont rédigé le code tunisien. Si Santillana a revendiqué la paternité de l'Avant-projet de 1899 et par ricochet, celui du Code de 1906<sup>188</sup>, un tel statut ne semble lui être alloué qu'indirectement par les membres de la Commission de codification des lois tunisiennes<sup>189</sup> et ceux de la commission marocaine. Sur le plan procédural, Santillana n'a pas fait l'objet d'une nomination officielle de la part des responsables à cet effet (Sakrani 2003, p. 31). Un manuscrit du Résident général de Tunisie ne comportait que les noms des membres français, notamment Roy, Berge, Padoux et Anterrieu, et mentionnait l'existence potentielle de deux membres « indigènes » et d'un « secrétaire interprète que choisira la commission » (Sakrani 2003, p. 32). Dans l'Avant-projet, Santillana figure à la fin de l'énumération des membres de la Commission de codification, sans aucune mention de sa fonction au sein de la commission. L'ampleur de la tâche de conciliation

---

<sup>185</sup> Dans les écrits de l'époque, on assimile souvent les *oulémas* aux *jurisconsultes*. Cette confusion est problématique, car un jurisconsulte est une personne qui fait profession de donner des avis sur des questions juridiques (Le Grand Robert). Les oulémas ont des connaissances plus religieuses que juridiques. Dans le Grand Robert, le terme « oulémas » ou « ulémas », d'étymologie arabe et signifiant « savants », est classé parmi les mots français d'origine arabe. Il est considéré, à tort, comme un singulier. En fait, il s'agit du pluriel de « alim » (masculin) ou de « alima » (féminin). Le terme *alem* dans le sens entendu dans notre contexte de recherche, c'est-à-dire désignant les savants musulmans, réfère à une personne qui a mémorisé le Coran, la *Souna* et qui connaît d'une manière assez approfondie les ouvrages sources du *fiqh* (par exemple, *Sahih al-Boukhari*, *Sahih mouslim*, entre autres).

<sup>186</sup> Ces hésitations avaient trait aux craintes des autorités du protectorat quant à un échec potentiel de l'application du code. Il fallait que soient réunies certaines données pratiques avant celle-ci. « Il y aurait avantage, à ce que le code fût pendant un certain temps, mis à l'essai » (correspondance du ministre de l'extérieur au résident général du Tunis en 1902, cité dans Bouguerra Chaaban 2006, p. 20).

<sup>187</sup> Jean-Jacques Rousseau écrivait dans *Du contrat social* (2001, p. 79) « il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes ».

<sup>188</sup> Santillana affirme à ce propos « Un projet préliminaire de Code civil et commercial a été établi en 1897 par M. Santillana [...] ». Après approbation de la part de la commission, celle-ci « a confié à son rapporteur, M. D. Santillana, le soin d'établir le texte d'un avant-projet [...]. C'est cette nouvelle rédaction qu'on présente ici; les notes aussi bien que le texte de ce projet sont l'œuvre du rapporteur » (Santillana 1899, p. 1).

<sup>189</sup> Des sources plus récentes comme « La justice au Maroc » de François-Paul Blanc en 2001 traitent des « rédacteurs » du C.O.C.

entre plusieurs droits et plusieurs langues a-t-elle joué un rôle dans le recours aux services de Santillana? Il semble bien que la réponse soit affirmative. Quelques indices vont dans ce sens.

Il y a d'abord cette brève note envoyée par le président de la Commission de codification des lois tunisiennes, Roy enjoignant à Santillana de lui faire parvenir d'urgence les épreuves de l'avant-propos (Sakrani 2009, p. 29). Il y a ensuite la note préliminaire au *Dahir formant code des obligations et des contrats* (1914, p. 298) dans laquelle Berge reconnaît indirectement que Santillana est le rédacteur du Code. Il affirme à ce propos :

Dans les notes qui accompagnent le *Dahir formant code des obligations et des contrats*, il parut utile d'ajouter aux concordances avec les principales législations européennes des références au droit romain, d'une part, et au droit arabe (sic), d'autre part. Nous avons emprunté ces dernières à un travail exécuté en 1899, pour la Commission de codification tunisienne, par M.D. Santillana [...]. À l'aide des indications que M. Santillana a eu l'obligeance de nous fournir sur les sources qu'il avait utilisées, M. Brossard, [...] a bien voulu dresser la bibliographie des auteurs et des ouvrages consultés.

François Gény (1904, p. 1036) affirme en des termes très clairs le statut de législateur de Santillana « [...] le savant et habile auteur de l'Avant-projet du Code civil et commercial tunisien, publié en 1899, M.D. Santillana ».

Pour nombre de juristes et de juristes comparatistes tunisiens contemporains, il ne fait aucun doute que Santillana est le rédacteur du code tunisien<sup>190</sup>. Par exemple, Bouthaina Bouguerra Chaaban (2006, p. 19) affirme « La mission de la Commission de codification s'est limitée à l'élaboration d'un projet préliminaire qu'il (Santillana) a effectué à la fin de l'année 1897. Ce projet a été examiné article par article dans son ensemble en 1898. À la lumière de cet examen, Santillana a préparé un deuxième projet en 1899 »<sup>191</sup>. Sakrani (2003, p. 30) va dans le même sens en déclarant que Santillana « est bel et bien l'auteur des deux projets, sa qualité de législateur du C.O.C. ne doit pas faire l'ombre d'un doute »<sup>192</sup>. Cet avis est également partagé par un juriste allemand, notamment Karl Kreuzer qui affirme que même si le code a été élaboré

---

<sup>190</sup> Son Avant-propos a même fait l'objet d'une traduction en arabe dans une des versions arabes du C.O.C. (1965). L'« arabisation » de l'Avant-propos de Santillana vise, selon l'auteur (Ben Cheikh 1965, p. 10) de la note introductive de cette édition en arabe, « aidera les lecteurs à saisir les objectifs, les choix et les orientations du législateur » (notre traduction).

<sup>191</sup> En langue arabe, notre traduction.

<sup>192</sup> Un doute raisonnable subsiste quant au degré de participation des autres membres, dont Berge en particulier au processus de législation. Éclairer ce doute est loin d'être simple en l'absence de sources historiques traitant du sujet.

sous protectorat français, « Le code a été, pour l'essentiel, l'œuvre d'un seul homme, David Santillana »<sup>193</sup> (1998, p. 546). Une publication récente (2011)<sup>194</sup> attribue la rédaction des codes marocain et tunisien directement à Santillana.

Dans la mesure où « moins on est nombreux, plus rapide et meilleur le code » (Malaurie 1997, p. 180), il est probable que la rédaction du code tunisien ait été confiée à une seule personne<sup>195</sup> en considération de la situation coloniale d'urgence, en ce sens qu'elle a plus de chances d'aboutir rapidement et de relever le défi d'efficacité souvent salué dans le cas d'une codification entreprise par un seul homme (Cabrillac 2000, p. 212). Un facteur de taille suffisait à la désignation de Santillana comme codificateur : l'intégration du droit musulman dans la codification tunisienne. La mission dont a été chargé David Santillana n'avait rien d'ordinaire. Il s'agissait, en effet, de procéder à une conciliation que l'usage qualifiait de « chimérique » (Santillana 1899, p. II), surtout de la part d'une commission constituée majoritairement de juristes français, n'ayant que très peu de connaissances en droit musulman. Sur ce point, le recours à Santillana était nécessaire.

### 3.2.5 La technique législative de Santillana

La technique législative<sup>196</sup> de Santillana a « rarement constitué l'objet des recherches de juristes tunisiens » (Sakrani 2003, p. 315). L'attention est généralement portée à des questions juridiques. Sur la rédaction du Code tunisien, il existe peu d'informations. Un document daté du 14 novembre (année inconnue, cité dans Sakrani 2009, annexe) évoque « la méthode qui a présidé aux travaux de ses rédacteurs », sans toutefois préciser de quelle méthode il s'agissait.

---

<sup>193</sup> En allemand, notre traduction.

<sup>194</sup> Il s'agit de l'ouvrage *Le droit de l'Occident et d'ailleurs* qui réunit des juristes comparatistes (Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco et Louis Vogel).

<sup>195</sup> La codification est souvent confiée à une personne unique, puis soumise à l'examen d'une commission d'experts. Tel a été le cas du *Code de procédure civile* de 1975, rédigé essentiellement par Gérard Cornu et du *Code civil suisse*, rédigé par Eugène Huber en 1907 (Cabrillac 2000, p. 212-213), entre autres.

<sup>196</sup> G. Cornu (2011, p. 487) définit la technique législative comme « l'art de faire des lois, partie de la science législative qui a pour objet la mise en œuvre des options de la politique législative et qui consiste non seulement dans la rédaction du texte de loi ou plus généralement dans sa mise en forme (présentation formelle, plan, titres, divisions, articles, etc.), mais dans le choix et l'agencement des modes d'énoncé de la règle de Droit et des procédés techniques de sa réalisation ». Gény (1904, p. 994) la définit comme suit : « La technique législative consiste essentiellement dans l'ensemble des procédés, au moyen desquels la source capitale de Droit positif chez les modernes, la Loi écrite, se trouve adaptée à son rôle spécifique, qui n'est autre que la direction précise des actions humaines vers le but ultime de toute organisation juridique. Il s'agit, en effet, pour le législateur, de formuler des règles fixes, impératives, catégoriques, qui soient de nature à établir une délimitation certaine des intérêts humains en conflit et à assurer l'ordre nécessaire au développement de la vie sociale ».

Dans son analyse du code tunisien, Larcher (1907, p. vi) critique l'absence de rapports ou de travaux préparatoires qui « facilitent l'interprétation de certains textes énigmatiques, qui révéleraient la portée de certaines dispositions nouvelles ». Il craint qu'en « présence du seul texte, juristes et tribunal ne rencontrent les plus sérieuses difficultés à appliquer et à interpréter le nouveau code » (*ibid.*). Santillana avait-il adopté une technique législative dans son élaboration du code tunisien? Dans l'Avant-propos de l'Avant-projet du *Code civil et commercial tunisien*<sup>197</sup>, Santillana se livre à une entreprise de légitimation (de la composante islamique) et de défense de son œuvre. Il ne consacre toutefois que quelques lignes à sa technique législative dans lesquelles il énonce que la « commission avait, surtout, à mettre de l'ordre, de la lumière, de l'unité dans cet ensemble de doctrines incohérentes, à en dégager les principes et à en préciser les formules. C'est une œuvre de reconstruction » (Santillana 1899, p. xii; Charfeddine 2006, p. 682).

À l'époque de la rédaction du C.O.C., deux techniques législatives s'affrontaient. L'une était empirique, concrète et spontanée dont l'exemple type est le *Code Napoléon* et l'autre était abstraite et réfléchie (Charfeddine 2006, p. 683) dont l'exemple type est le BGB allemand. Ces deux techniques ont chacune des partisans et des opposants. Pour certains auteurs, la méthode empirique du code français est plus *souple*, ce qui explique la longévité du modèle français et son adoption par de nombreux pays (Kettani 1984, p. 189). Pour d'autres, il s'agit d'un « laisser-aller technique » qui a donné lieu à un code « sans effort visible de rédaction raisonnée et méthodique » (Gény 1904, p. 1014) et dont les auteurs « n'ont pas réussi à tirer du vague une foule de notions » (*ibid.*, p. 1017). Le résultat de tels écueils est « l'équivoque et l'imprécision de la lettre du code » (Charfeddine 2006, p. 684). Par contre, la technique allemande, plus abstraite illustration de « la perfection systématique » (Sacco 1991, p.154), permettait d'énoncer méthodiquement et avec précision la matière juridique, faisant ainsi du « langage des lois » un modèle « soigné » (Gény 1904, p. 1025). L'adoption par les rédacteurs allemands de termes à la fois généraux et précis évite la confusion<sup>198</sup>, mais par contre le haut degré

---

<sup>197</sup> Il s'agit d'un document de 13 pages accompagnant l'Avant-projet du *Code civil et commercial tunisien rédigé* par Santillana et présenté aux membres français de la commission de codification des lois tunisiennes. Santillana se livre dans ce document à une longue légitimation de la présence du droit musulman dans un code inspiré du droit français.

<sup>198</sup> Les rédacteurs du BGB ont accordé beaucoup d'importance à préciser la terminologie du code. Ils se sont établis dès les premiers temps de la codification, en 1880, à élaborer un lexique pour éviter les emprunts (Dullion 2007, p. 55).

d'abstraction qui laissait beaucoup de place à l'interprétation et au « sous-entendu » (Sacco 1991, p. 153) rendait le texte « inaccessible et peu maniable » (Dullion 2007, p. 55). Par rapport à ces deux techniques législatives, où se place celle du C.O.C.?

Il semble que Santillana ait réussi à concilier les deux techniques et que le C.O.C. aurait permis d'« admettre qu'un usage judicieux des principaux moyens du BGB serait suffisant pour assurer à la technique législative française les perfectionnements les plus immédiatement désirables, à l'heure présente » (Gény 1904, p. 1036). L'œuvre de Santillana, écrit Gény, « complexe et d'une haute inspiration, a su – en dehors même de la place qu'elle devait assurer au droit musulman – améliorer notablement les formules de notre droit français par le contact des idées allemandes » (*ibid.*)<sup>199</sup>. Le C.O.C. serait un code modèle, la « preuve que la transaction entre le système casuistique et le système abstrait est possible » (Charfeddine 2006, p. 685).

Ce mélange ne fait toutefois pas que des heureux. Selon Larcher, « les rédacteurs » du C.O.C. ne sont pas arrivés à suivre ou à copier le *Code Napoléon*. La cause semble être, pour ce juriste, le fait qu'ils ont dû « accepter certaines théories musulmanes » qu'il fallait combiner aux règles du code français. Le « mélange ne s'est pas fait sans disparate et sans arbitraire » (Larcher 1907, p. vii).

### 3.2.5.1 Structure et style

La synthèse visée par la commission de codification avait des limites. Ces limites n'ont sûrement pas facilité la tâche de Santillana (Charfeddine 2006, p. 691). Le Code étant de « facture française » (Monéger 2008, p.178) et s'inscrivant à l'époque de la glorification de la codification et du modèle français en particulier, nous pouvons supposer que Santillana a reçu la directive de respecter la structure et le mode d'énoncé législatif français. Toutefois, le contexte extraordinaire du protectorat lui donnait la possibilité de prendre certaines *libertés* qu'il n'aurait pas pu prendre dans des circonstances de codification ordinaires.

---

<sup>199</sup> Gény reproche quand même à Santillana de ne pas avoir « malheureusement d'assez près les procédés techniques, dont le BGB de 1896 lui présentait le précieux modèle » (Gény 1904, p. 1036).

En matière de structure, Santillana a suivi le modèle français<sup>200</sup>, à une différence près : le C.O.C. a une structure bipartite<sup>201</sup>. Le C.O.C. se divise en deux livres. Le livre premier est consacré aux obligations sous l'intitulé *Des obligations en général*, et le second *Des différents contrats déterminés des quasi-contrats qui s'y rattachent*<sup>202</sup>. Le deuxième livre traite de certains contrats, à savoir la vente, l'échange, le louage, le dépôt, le séquestre, le mandat, le nantissement, les contrats aléatoires, la gestion d'affaires, entre autres. Il comporte également des contrats islamiques comme le *selem* ainsi que des contrats spécifiquement tunisiens notamment l'*enzel*, le *kirdar* le *khoulou* et la *naçba*.

En adoptant la structure du Code français, Santillana rompt avec la tradition islamique classique en matière contractuelle, laquelle privilégie l'étude en détail des contrats en dehors de tout esprit de synthèse. En revanche, la division telle qu'elle est présentée par Santillana s'approche de la théorie islamique juridique contemporaine au C.O.C., notamment celle de *Morchid El-Haïran*, publié en 1890. Cet ouvrage propose trois divisions : les biens, les contrats en général et les contrats spéciaux (Charfeddine 1996, p. 434). Il est probable également que Santillana ait suivi la division effectuée par Napoléon Seignette dans une des traductions du *Mokhtassar*<sup>203</sup>. En effet, cet interprète-traducteur a choisi délibérément d'ignorer la matière proprement religieuse de l'ouvrage pour commencer sa traduction à partir des obligations sous le titre *De la vente et des obligations conventionnelles en général* (Seignette 1887, p. lxxv). Il écrit à ce sujet « cette traduction ne comprend que la moitié du Code musulman de Khalil, à partir du Titre des Obligations. La première moitié, traitant du dogme religieux et des sacrements, ne nous a pas paru présenter pour le lecteur français un intérêt assez puissant pour justifier le *travail du traducteur* » (nous soulignons).

---

<sup>200</sup> Le Code Napoléon a une structure tripartite. Il est composé de trois livres d'inégale importance : Des personnes; des biens et des différentes modifications de la propriété; des différentes manières dont on acquiert la propriété.

<sup>201</sup> Cette structure bipartite est liée à l'absence des dispositions relevant du statut personnel. Tel sera le cas également du code marocain.

<sup>202</sup> Cette division est qualifiée de « factice » par Larcher (1907, p. vi) dans la mesure où elle repose sur une erreur de terminologie. En effet, le livre premier réservé aux obligations traite des obligations et des contrats en général, mais nomme ces derniers « conventions » ou les désigne « même souvent sous la dénomination, absolument impropre, d'obligations ». Larcher semble reprocher à Santillana un manque de connaissance juridique puisqu'il énonce que la confusion terminologique entre contrat, convention et obligation est souvent « commise par les jeunes candidats aux examens de droit, peu probable de la part d'un législateur » (Larcher 1907, p. vi).

<sup>203</sup> Nous verrons dans les pages qui suivent que cette traduction est citée parmi les sources de Santillana.

Ayant à l'esprit de répondre aux besoins du juriste français praticien (juge et avocat), Santillana adopta un style empirique<sup>204</sup>. Il s'agissait « de prescrire des règles d'une portée suffisamment générales, ordonnées en système; des règles aisées à découvrir et à connaître, de telles sortes qu'en s'y référant, juges et citoyens puissent déduire aisément de quelle manière telle ou telle difficulté concrète doit être résolue » (Blanc 2001, p. 156)<sup>205</sup>. Dans le respect de l'esprit du code français de 1804, Santillana, comme le fera plus tard Berge pour ce qui est du code marocain, a emprunté « à certaines législations européennes la généralité de formulations particulièrement élaborées » (Blanc 2001, p. 156). Quel style Santillana a-t-il adopté? Celui du BGB ou celui du *Code Napoléon*?

Un simple survol des dispositions des codes en cause permet de constater la domination du style français<sup>206</sup>. En sont témoins les énoncés clairs, courts et simples qui marquent le code tunisien. La comparaison entre les dispositions du Projet préliminaire et celles de la version définitive du code adoptée par la Commission de codification a permis d'observer que les dispositions qui s'écartaient du modèle d'énonciation français et qui « tombaient » dans les détails étaient systématiquement supprimées (articles 493 et 497 du Projet préliminaire, entre autres). En général, on peut dire que Santillana a opté en matière de style, pour l'emprunt exclusif (Charfeddine 1996, p. 428) et la reformulation. L'emprunt exclusif apparaît particulièrement dans le cas de la version française où de très nombreuses dispositions ont été puisées, souvent mot à mot ou avec des modifications mineures (subjectivité du rédacteur, désir d'amélioration, de précision?) Par contre, il s'est livré, pour ce qui est du code allemand ou du droit musulman, à une reformulation de l'énoncé juridique, de manière à ce qu'il ressemble à l'énoncé français. Comparons par exemple le cas de l'article 132 du C.O.C. (article 123 du D.O.C.) qui énonce que « La condition accomplie ne produit aucun effet, lorsque l'évènement a eu lieu par le dol de celui qui était intéressé à ce que la condition s'accomplisse » et le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 162 du code allemand qui énonce « Lorsque, contre la bonne foi, l'évènement de la condition est empêché par celui au préjudice duquel opérerait cet évènement, la condition est considérée

---

<sup>204</sup> Nous verrons dans le chapitre V que la traduction du C.O.C. vers l'arabe, probablement menée par Santillana, visait un tout autre public et partant, adopte un autre style.

<sup>205</sup> Blanc (2001, p. 156) ajoute que « Tel fut l'esprit du code tunisien de 1906 et celui du D.O.C. promulgué en 1913 ».

<sup>206</sup> Selon Sakrani (2003, p. 152), toute tentative de suivi de la part de Santillana du style allemand aurait entraîné une véritable levée de boucliers de la part des autres membres de la commission.

comme accomplie ». La reformulation est également apparente dans les dispositions puisées dans le droit musulman (articles 555 et 557 du C.O.C. susmentionnés, par exemple). La stratégie de Santillana était simple. Il « exprimait l'idée contenue dans ces fragments avec un style plus approprié à la codification » (Sakrani 2003, p. 291) à la manière du *Code Napoléon*. En d'autres termes, Santillana prenait la règle de fond, mais l'écrivait « selon les modes français » (Monéger 2008, p. 178), c'est-à-dire en plus « abrégé » (Lasserre-Kiesow 2002, p. 80). On devine l'exigence d'une adaptation des normes musulmanes au style législatif français dans cet emprunt à une traduction d'Ibn Nadjim (cité par Sakrani 2003, p. 152) « ce qui a été payé à un homme puissant pour échapper à un danger qui menace notre personne ou nos biens a-t-il une cause illicite des deux côtés? La turpitude est de la part de celui qui a reçu » reprise à l'article 77 du C.O.C. (article 72 du D.O.C.) « Ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, peut être répété<sup>207</sup> ». Santillana respectait également le style français quand il s'agissait de codifier des règles islamiques qui n'existaient pas dans le droit français. À titre d'exemple, l'article 983 du C.O.C. : « Il y a deux espèces de khoulou : 1) le khoulou dit *khoulou el meftah*; 2) le khoulou dit *naçba* »<sup>208</sup> dont la structure est calquée sur celle du Code Napoléon. Les exemples où la substance islamique s'est fondue dans le moule français sont nombreux.

En considération de la rencontre de tant de droits et de langues, la place qu'aurait pu jouer la traduction dans la codification de Santillana se pose avec persistance à ce stade. Au cours de nos lectures, le rapport de la traduction et des langues en jeu dans la codification ne se pose que superficiellement. Pourtant, les questions, très générales, que se pose le juriste comparatiste sur l'aspect linguistique ou terminologique du transfert renvoient clairement à la part de la

---

<sup>207</sup> Le terme *répétition* désigne dans le langage juridique le « droit qui appartient à quelqu'un d'obtenir le remboursement de la valeur dont une autre s'est injustement enrichie à ses dépens. La procédure pour obtenir la restitution de ce dont il s'est appauvri est appelée *action en répétition de l'indu* ». Serge Braudo, *Dictionnaire du droit privé français*, 1996-2013, [en ligne], [<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/repetition-de-l-indu.php>] (consulté le 28 février 2013).

<sup>208</sup> En effet, l'énoncé de l'article 1708 du Code Napoléon en fournit un exemple :

« Il y a deux sortes de contrats de louage :

Celui des choses,

Et celui d'ouvrage. »,

Ce modèle a également été transposé dans la disposition équivalente du C.O.C. (art. 726) :

« Il y a deux sortes de contrats de louage :

Celui des choses (*Kirâ*);

Celui de personnes ou d'ouvrages (*idjara*). »

traduction dans le processus de transfert juridique qui s'est opéré en Tunisie. De fait, hormis la référence claire (une occurrence dans le Projet préliminaire) à une traduction (notamment celle du *Mokhtassar* effectuée par Perron), il n'y a que peu d'indications par exemple sur la nature des sources consultées, à savoir s'il s'agissait de traductions ou de textes originaux. Ce qui laisse la porte ouverte à beaucoup de spéculations. Sans considérer les langues de travail autres que l'arabe et le français<sup>209</sup>, Santillana a-t-il travaillé à partir de sources traduites uniquement? A-t-il combiné les ouvrages originaux et leurs traductions en même temps? A-t-il puisé directement dans les sources arabes? Dans ce dernier cas, son travail impliquerait nécessairement une part de traduction<sup>210</sup>.

### 3.2.5.2 La codification « minorisante » de Santillana : la part de la traduction

Les liens entre l'écriture (post) coloniale et la traduction ont déjà été explorés par de nombreux auteurs. Pour Tymoczko (1999, p. 24-25) « Various well-known problems of translation can be related to marked features of post-colonial writing. ». En traitant de la littérature postcoloniale, elle explique que les écrivains postcoloniaux « are not transposing a text. As background to their literary works, they are transposing a culture to be understood as a language, a cognitive system, a literature (comprised of a system of text, genres, tale types, and so on), a material culture, a social system and legal framework, a history, and so forth. In the case of former colonies, there may even be more than one culture and one language behind a writer's work » (*ibid.*, p. 20). Le dernier énoncé s'applique particulièrement à Santillana.

L'espace temporel de la création du C.O.C. se situe à l'ère coloniale et porte sur un texte législatif, mais les circonstances de son élaboration présentent les aspects troublants traités dans des écrits (post) coloniaux (Niranjana 1992, Venuti 1998). La plus importante en ce qui nous concerne est cette forme d'hybridité linguistique qui caractérise les textes dans lesquels le

---

<sup>209</sup> Santillana mentionne des lois anglaises en « matière industrielle et commerciale » (Santillana 1897, p. I) et une traduction anglaise d'*El-Fatawa el-Hindia*, entre autres.

<sup>210</sup> Il est possible que Santillana lui-même ait procédé à la traduction de certains fragments du fiqh (Sakrani 2009, p. 190). La recherche de segments traduits est bien tentante, mais dépasserait le cadre de la présente recherche.

contact entre les langues est quelque peu *forcé*. Tel est le cas de notre corpus, code hybride parsemé de termes étrangers<sup>211</sup>.

Dans la présente section, nous empruntons la notion de « minorisation » (minoritizing)<sup>212</sup> à Lawrence Venuti (1998) pour illustrer le rapport entre la langue arabe et la langue de codification, le français. Bien que ce concept s'applique spécifiquement à la traduction, nous ne pouvons que trouver des analogies entre une traduction minorisante et une codification minorisante qui implique elle-même une part plus ou moins importante de traduction. En transposant le concept de minorisation à la codification tunisienne, nous pouvons dire que Santillana inscrit dans un texte législatif rédigé dans la langue juridique des dominants (le protectorat) des différences culturelles et linguistiques appartenant à un espace juridique sous domination. Nous empruntons particulièrement à Venuti l'effet de cette minorisation, à savoir le sentiment réel de défamiliarisation et de déstabilisation du lecteur juriste que suscite la lecture des différentes versions du code civil tunisien ainsi que cette façon de trouver un « remainder » (Venuti 1998, p. 11) qui trahit la rencontre entre plusieurs systèmes de droit.

À l'occasion de la publication du D.O.C. en 1914 (Codes et lois dans le protectorat français au Maroc), Stéphane Berge rédige une note préliminaire dans laquelle il fait état des sources utilisées par Santillana dans la codification tunisienne. La consultation de cette note laisse voir que ce dernier a consulté (officiellement) cinq traductions<sup>213</sup>, dont deux traductions du *Mokhtassar* de Khalil<sup>214</sup>. Il s'agit du *Précis de jurisprudence musulmane ou principe de*

---

<sup>211</sup> Nous traitons dans le présent chapitre de la version française du C.O.C., nous verrons au chapitre V que cette hybridité caractérise également la version arabe de notre corpus.

<sup>212</sup> La minorisation selon Venuti (1998, p. 11) vise à relâcher le « remainder by cultivating a heterogeneous discourse, opening up the standard dialect and literary canons to what is foreign to themselves, to the substandard and the marginal » (*ibid.*). Le principe de la minorisation selon Venuti implique une forme de résistance à l'idéologie dominante « by signifying the linguistic and cultural difference of the text – within the major language ». Si tel a été le cas de Santillana, nous ne disposons pas d'informations qui nous permettent d'aller dans le sens d'une résistance qui l'aurait incité à marquer le C.O.C. du sceau de l'étranger, d'autant plus que l'inclusion des pratiques tunisiennes faisait partie du mandat « humaniste et civilisationnel » de la Commission de codification.

<sup>213</sup> Le rôle de la traduction comme instrument de colonisation n'est plus à démontrer. La perspective était grandement ethnologique et visait à étudier les traditions juridiques et coutumières de la population « indigène » (Buskens 1997, p. 65). Elle commença au 19<sup>e</sup> siècle par la traduction et l'édition des livres de *fiqh* qui étaient considérées comme l'équivalent des codes juridiques européens (*ibid.*, p. 68). La quantité de ces écrits d'« exploration scientifique » est impressionnante.

<sup>214</sup> L'engouement pour le *Mokhtassar* en particulier est étrange. Il semble remonter au temps de la colonisation de l'Algérie et vient probablement de la recommandation du Conservateur de la bibliothèque et du musée d'Alger figurant dans la « Notice sur le droit musulman et sur les principaux légistes de l'Islam » en 1839 (Renucci 2007, p. 8) ainsi que de la préférence (peut-être subjective) d'un qadi d'Alger, à qui les autorités françaises avaient demandé quel est l'ouvrage de référence en droit malékite (*ibid.*) Il y a probablement une raison pratique à ce choix également : par sa concision, le *Mokhtassar* se rapprochait de l'idée

*législation musulmane civile et religieuse selon le rite malékite par Khalil ibn Ishâq*, traduction de l'arabe vers le français de Nicholas Perron, médecin, publiée à Paris, entre 1848 et 1854 (7 volumes) et d'*Al moukhtasâr fi'l-fiqh. Code musulman par Khalil*, traduction de l'arabe vers le français de Napoléon Seignette<sup>215</sup>, interprète militaire et licencié en droit, publié en 1878 et réédité en 1911 à Paris<sup>216</sup>. Les autres traductions sont celles de *la Touhfat* de Ibn Acem<sup>217</sup>, effectuée par O.Houdas et F. Martel, publiée à Alger, 1882-1893; celle de *Morchid al-Hairan* portant le titre de *Droit musulman. Statut réel d'après le rite hanafite mis en articles d'après le système égyptien*, de Abdoulaziz Khalil Bey, publié au Caire en 1893 et enfin celle de la *Medjellé* ottomane, effectuée par Démétrius Nicolaïdès et publiée à Constantinople en 1881-1888<sup>218</sup>. La consultation des références inscrites en marge de chaque article du Projet préliminaire nous a permis de constater que les ouvrages les plus cités par Santillana étaient relativement contemporains à l'élaboration du C.O.C. et disposaient de traductions. Fait important, ces traductions respectent le modèle textuel français (division en articles, chapitres et sections). Perron (1847, p. xxvii) écrit à ce sujet :

Quant à la distribution du livre de Khalil, je l'ai conservée dans son ensemble. Je n'ai fait qu'ajouter aux chapitres et aux sections des en-têtes qui manquent dans le texte. J'ai partagé aussi les chapitres en sections, que n'indiquent pas toujours l'auteur, et les sections en autres sections, puis la plupart des sections en paragraphes, et j'ai mis en titre le contenu de ces divisions et subdivisions. Cet arrangement, qui n'ajoute rien au fond du livre, m'a semblé

---

du code, c'est-à-dire un ensemble de règles, ce qui n'était pas le cas des ouvrages primaires du fiqh dont le mode de rédaction de la règle juridique était « différent ».

<sup>215</sup> Seignette s'est lui-même inspiré de la traduction de Perron (Seignette 1878, p. LXVI). Sa traduction présente l'avantage de présenter le texte arabe et sa traduction en vis-à-vis.

<sup>216</sup> La traduction de Perron a été menée à la demande du gouvernement français. Elle a fait l'objet de critiques virulentes. On reproche notamment à Perron de ne pas « être assez familiarisé avec la langue juridique » et de reproduire des « termes étrangers à la langue du droit, ou des termes équivoques, qui empêchent le lecteur de deviner juste » (Cadoz 1870, p. 201) alors que Seignette « parle exactement la langue du droit » (De la Chavanne 1882, p. 5). Dans *Examen critique de la traduction officielle qu'a faite M. Perron du livre de Khalil*, François Cadoz critique l'approche « orientaliste » et la « traduction tellement littérale » (Cadoz 1870, p. 201) de Perron. Il n'y va pas de main morte pour lui reprocher particulièrement le fait de ne pas être un juriste. Il énonce à ce propos « *Orientaliste* veut dire : *celui qui est versé dans la connaissance des idiomes de l'Orient*, mais de la connaissance d'une langue à la connaissance exacte d'une science traitée en cette langue, il y a une grande distance à parcourir. La preuve est que le bachelier ès lettres est obligé, pour devenir *jurisconsulte* ou *médecin*, d'étudier le droit ou la médecine : *chacun son métier...* ». Notons l'usage de l'italique de la part de l'auteur. La conclusion de Cadoz (*ibid.*, p. 204) est la suivante « La traduction du livre de Khalil par M. Perron doit être refaite, afin qu'il ne soit pas dit qu'après quarante ans d'occupation algérienne, la France n'a pu trouver chez elle un homme capable de traduire un livre de droit musulman ». C'est peut-être cette critique qui a donné naissance à la traduction effectuée par Seignette.

<sup>217</sup> La note préliminaire rédigée par Berge (1914, p. 300) mentionne un « texte arabe avec traduction française ».

<sup>218</sup> Sakrani évoque la possibilité que Santillana ait travaillé à partir d'autres traductions, soit *Attabsira* d'Ibn Farhoun et de *Talkhiss al-fourouk* de Korafi effectuées par O. Hudas et R. Basse.

convenable pour établir une table des matières, et faciliter, par conséquent, la recherche des questions dont on veut prendre connaissance.

Dans le même ordre d'idées, Seignette (1878, p. lxiv) explique :

Nous avons conservé scrupuleusement l'ordre de l'exposition qui fait partie de la pensée; mais, pour approprier notre traduction au génie de la langue française, nous avons coupé les longues et interminables phrases de l'auteur<sup>219</sup>, de façon à séparer chacune de ses idées dans une phrase courte contenant un sens complet. [...] Nous avons donné à chacune d'elle un numéro d'ordre, dans le but de faciliter les recherches et de permettre aux juges arabes, lorsqu'ils motivent leur sentence sur un passage du texte, de le désigner par son numéro, au lieu de se borner à en citer le premier et le dernier mot. Nous avons séparé chaque Titre<sup>220</sup> en chapitres, sections et paragraphes, afin de mieux faire ressortir l'enchaînement des faits.

Le survol des références islamiques indiquées en marge de chaque article a révélé un fait étonnant. Dans notre désir de vérifier certaines dispositions dans la version arabe du *Mokhtassar* de Khalil<sup>221</sup>, nous avons constaté que les pages indiquées par Santillana ne concordaient pas avec le nombre de pages que comporte cet ouvrage dans sa version arabe. La version arabe la plus lisible, notamment celle imprimée par le gouvernement français en 1855 ne contient que 263 pages alors que le numéro de page indiqué par Santillana dans le code dépassait souvent les 400 pages. Très vite, nous avons constaté que Santillana référait systématiquement non pas à la version arabe du *Mokhtassar*, mais à la traduction française de Perron, laquelle se compose de sept tomes<sup>222</sup>. Une lecture comparative des dispositions de Perron et de celles du projet préliminaire démontre clairement et sans l'objet d'un doute que le document de base sur lequel Santillana s'est fondé dans sa codification, du moins pour ce qui est dispositions islamiques, est

---

<sup>219</sup> Seignette (1878, p. xiv) qualifie de « savante méthode » la stratégie rédactionnelle de Khalil. Cette stratégie consistait à « prolonger la phrase pendant un et quelquefois plusieurs chapitres, de façon à ne former qu'une seule proposition majeure, dont les termes principaux ne sont exprimés qu'une fois, et dans laquelle les termes accessoires et les propositions mineures se rattachent et se coordonnent méthodiquement, formant un ensemble rigoureusement grammatical. En outre, par un procédé de division, d'élimination et de syllogismes, dont les termes secondaires restent sous-entendus, certaines séries de faits se trouvent virtuellement, mais non textuellement exprimées ».

<sup>220</sup> Majuscule de l'auteur.

<sup>221</sup> De fait, nous avons pu consulter trois versions du *Mokhtassar*, deux sont manuscrites et la troisième est en caractères imprimés. Les deux versions manuscrites, non datées, étaient écrites selon deux calligraphies arabes différentes. Rédigées d'un bloc, sans table des matières et sans divisions, ces versions constituent un véritable défi pour l'habituee à la « facilité de références » que nous sommes désormais. La troisième version, imprimée par les soins du gouvernement français en 1855, contenait une table des matières sommaire. Sa préface, rédigée en français uniquement énonce : « Le ministre de la guerre, voulant satisfaire aux besoins des indigènes en particulier, a engagé la Société asiatique à donner une édition pure et simple du texte. C'est en vue des musulmans d'Afrique qu'on a fait usage ici des caractères maghrébins nouvellement gravés pour l'Imprimerie impériale. Du reste, cette publication ne sera pas inutile aux savants d'Europe qui cultivent l'étude de l'arabe ».

<sup>222</sup> Contrairement à Seignette, Perron a traduit non seulement l'ouvrage de Khalil, mais également des commentaires qui ont porté sur lui, d'où la longueur de la traduction.

la traduction de Perron<sup>223</sup>. La ressemblance ressort non seulement du point de vue de la phraséologie<sup>224</sup>, mais également sur le plan terminologique. À titre d'exemple, la définition que donne Santillana du contrat du *Kirâdh* comporte plusieurs termes relevés probablement dans la longue définition de Perron<sup>225</sup> comme *facteur*, *agent* et *bailleur*. Santillana se livrait simplement au *nettoyage des détails*<sup>226</sup> qui encombraient les énoncés et présentait ces derniers en une forme claire et précise<sup>227</sup>. Santillana a également respecté la stratégie de Perron dans l'intégration des termes arabes<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> Santillana ne cite pas directement Perron, mais Khalil de la manière suivante : Khalil, IV, 400, 625, 626 (Projet préliminaire 1897, p. 178). Le fait que Santillana ait préféré la traduction de Perron peut être motivé par le fait qu'elle constitue une traduction officielle, qu'elle n'a trouvé que des « louangeurs » (Cadoz 1870, p. vi) et qu'elle répond probablement au rêve de Santillana de produire une codification complète du droit musulman. Le caractère exhaustif (inclusion des commentaires et d'explications) de cette traduction peut également avoir attiré Santillana.

<sup>224</sup> Il faut dire que Perron a également adopté le style français.

<sup>225</sup> La définition du « K'irâd' » dans la traduction de Perron (Tome III, p. 494) s'annonce comme suit : « S'associer en participation, c'est charger un individu d'employer commercialement [...] des valeurs monnayées et courantes, à lui livrées, sous la convention [...] d'une part sur les bénéfices réalisés par lui, et à la condition expresse que les deux choses [...] soient précisées et déterminées. [Ainsi, l'on fixera par accord cette part à un tiers ou à la moitié d'une dixième, etc. De bénéfices; sans cette condition, l'association n'existerait pas, le facteur ne serait qu'un mandataire non bénéficiaire.] Le numéraire [...] ». Santillana définit, le *kirâdh* « La commande, ou *Kirâdh*, est le contrat par lequel une personne, appelée *bailleur de fonds*, remet un capital en numéraire, ou autre valeur mobilière, à une personne, dénommée *facteur* ou *agent*, laquelle se charge d'employer ce capital sans le commerce pour le compte du bailleur de fonds, moyennant une part déterminée dans les bénéfices ». À la page 664 du tome IV, Perron traite de « facteur ou agent preneur ».

<sup>226</sup> Les traducteurs du *Mokhtassar* semblent reprocher l'abondance des détails dans les ouvrages du fiqh. Seignette (1878, p. XIV) affirme que l'ouvrage de Khalil est « plutôt surchargé de détails minutieux et quelquefois même futiles. Les principes y sont exposés et les conséquences en sont rigoureusement développées, jusque dans leurs effets les plus rares et les plus éloignés. L'intention manifeste de l'auteur a été d'être complet. Il semble avoir cru possible de prévoir et de décider toutes les questions, toutes les combinaisons qui peuvent résulter du choc des intérêts humains ».

<sup>227</sup> L'exemple parfait de la stratégie de Santillana est l'article 1450 du Projet préliminaire « On peut se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais aussi de celui qui l'a cautionné ». Perron (tome IV, p. 124-125) : Il est licite de se rendre caution – pour un mort [à moins qu'il n'ait laissé quelque chose, quelque bien; en principe absolu, celui qui cautionne légalement s'oblige; d'autre part, la caution pour un mort ne peut plus avoir aucun recours, si après qu'elle a payé, il survient quelque avantage, quelque bien au défunt]; — pour l'individu insolvable]; pour une caution [qui a garanti un individu; en d'autres termes, il est légal de se constituer ou se porter fidéjusseur de la caution d'un tel; tout fidéjusseur peut être garanti par un autre fidéjusseur, mais il reste soumis à tout ce qui oblige la simple caution]. Les similitudes entre Santillana et Perron sont particulièrement visibles dans la partie réservée au cautionnement.

<sup>228</sup> Il faut noter sur ce point la différence de stratégie traductionnelle de Perron et de Seignette. Perron affirme qu'il a évité, dans la mesure du possible, de citer les mots arabes puisqu'il préfère une expression française même assez longue, à la figuration d'un seul mot arabe, quelque court qu'il puisse être (Perron 1847, p. xxvii). Malgré cette affirmation, Perron intègre de nombreux termes arabes dans sa traduction. Il fournit, par exemple, une traduction du terme arabe *wakf* et fait suivre cette traduction d'une parenthèse incluant non seulement l'équivalent arabe, mais ses synonymes aussi, le cas échéant. Ce qui donne : Livre V : Chapitre XXXV

De l'immobilisation et de la fondation (Ouak'f, h'abous, H'abes).

Perron (p. 25, Tome IV) s'emploie aussi à définir le concept arabe et référer même à sa racine et à son origine : « L'immobilisation est d'institution musulmane. Dans le paganisme arabe, l'immobilisation était inconnue; les musulmans l'ont désignée par le mot *ouak'f*, ou *h'abous*, ou *h'abès*, tous synonymes, dont la racine verbale signifie *arrêter*, *mettre en arrêt*, *mettre en dehors* et garantir de tout acte discrétionnaire, enfin immobiliser ».

À l'opposé, Seignette affirme « Nous avons renoncé dans notre traduction à tout essai de conserver la couleur locale et nous avons cherché à traduire les mots, non par les correspondants lexicologiques qu'ils peuvent avoir dans notre langue, mais par des termes acceptés dans la technologie juridique pour exprimer les mêmes faits » (1878, p. lxiii). Il utilisait toutefois un terme

Sur le plan technique, on peut se poser des questions sur la façon dont Santillana a transposé les concepts relevant du droit musulman. Chaque concept étant élaboré dans un contexte donné pour répondre aux besoins juridiques d'une société en particulier, une codification comme celle de Santillana risque d'être problématique puisque le codificateur se trouve confronté à des concepts différents ou quasiment inexistantes dans la langue de codification. D'autant plus que la connaissance des autres membres de la commission du droit musulman et des coutumes tunisiennes devait être probablement élémentaire<sup>229</sup>.

Afin de relever la place de la traduction dans le C.O.C., nous avons choisi de remonter au projet préliminaire que Santillana a présenté aux membres de la commission dans l'espoir d'y trouver des indices. Le projet préliminaire est le lieu de la rencontre directe entre le droit européen et le droit musulman. Une fois devenu un avant-projet (1899), à la suite des commentaires reçus de la part des membres français de la commission, le texte référerait désormais beaucoup plus à des sources romaines comme le *Digeste*<sup>230</sup> ou la doctrine française et allemande qu'à des sources islamiques. Nous avons porté notre attention à la deuxième partie relative aux contrats spéciaux, car en considération de la matière islamique à codifier, Santillana s'est écarté des sources européennes pour puiser dans des sources essentiellement islamiques. Nous nous intéressons particulièrement à la présence de marqueurs juridiques relevant du droit musulman. Ces marqueurs sont de deux natures : les termes relevant de l'arabe classique, généralement communs à de nombreuses sociétés arabo-musulmanes, et les termes spécifiques à l'espace tunisien, parfois retraçables dans certaines sociétés voisines comme l'Algérie et le Maroc. Les concepts et notions traités dans les pages qui suivent ne feront pas l'objet d'une analyse sémantique approfondie. Ils servent uniquement à des besoins d'illustration de la part de la traduction dans le processus de codification.

---

latin pour exprimer la correspondance des termes et ne recourait à un terme arabe que pour certaines mesures ou valeurs monétaires spécifiquement islamiques.

<sup>229</sup> C'est probablement cette connaissance élémentaire du droit musulman qui justifie les explications et comparaisons détaillées dans l'Avant-projet effectuées par Santillana.

<sup>230</sup> Par exemple les sources citées en bas de l'article 529 du projet préliminaire (1897, p. 120), sont : les articles 1582 du *code Napoléon*, 1447 du code italien et 229 du code suisse. Devenu article 658 dans l'Avant-projet (1899, p. 261), les sources sont par ordre d'importance : le *Digeste*, les articles 1582 du *code Napoléon*, 1447 du code italien, 229 du code suisse et 443 du code allemand.

### 3.2.5.3 Les techniques de la « minorisation » de Santillana

La lecture de la version française du C.O.C. ne manque pas de susciter des questions chez le juriste et chez le traducteur. En effet, quelle est l'utilité de parsemer le code de ces nombreux termes n'appartenant pas à la langue de la codification? Les termes arabes transcrits en français sont-ils ces « minor variables » (Venuti 1996, p. 91), ces témoins du « retour dans la langue des contradictions et affrontements qui tissent le social » (Lecerle 1990, p. 182; Venuti 1998, p. 10) et qui sont là pour rappeler l'origine sociopolitique du code? Dans l'esprit de l'universalisme juridique qui a accompagné la codification tunisienne, ont-ils servi à indiquer aux autres membres de la Commission l'islamité ou la *tunisianité* des contrats ou l'existence d'un équivalent tunisien à un contrat français? La première version du C.O.C. (projet préliminaire) étant destinée aux autres membres de la commission, on peut s'interroger sur la raison qui a poussé Santillana à insérer ces « minority elements » (Venuti 1998, p. 12) dans le code. Santillana se préparait-il à la rencontre avec la commission d'oulémas tunisiens puisque le code devait être soumis à l'« approbation » de celle-ci?

Sur le plan de la phraséologie, la codification de Santillana ne relève pas de points particuliers. Le dépouillement du projet préliminaire permet d'observer que la codification a été menée dans le respect total de l'énoncé législatif français. C'est sur le plan de la terminologie que l'effet minorisant<sup>231</sup> se manifeste. Cet effet se traduit sur le plan pratique par le recours à l'emprunt<sup>232</sup> de termes relevant du droit musulman et des coutumes tunisiennes, de termes référant à des valeurs de mesure arabo-tunisiennes et enfin, de termes renvoyant à certains titres et fonctions.

Dans l'esprit de synthèse qui caractérise sa codification, Santillana essayait de trouver des liens entre des contrats locaux et certaines pratiques françaises. Il identifiait les différences entre le concept arabe et « le terme le plus proche » (Sacco 1991, p. 31) parmi ceux qu'offre la langue de codification. Tel est le cas par exemple du contrat rural de la *mouçakat* (bail à *champart*) ou du contrat de l'*aghtiras* (bail à *complant*). On note que Santillana met les termes « champart »

---

<sup>231</sup> Pour créer cet effet « minorisant », Venuti recourait aux calques, aux archaïsmes, à l'emprunt, entre autres (Venuti 1998, p. 14 et s.).

<sup>232</sup> La codification de Santillana comporte également quelques calques dont le calque lexical de la « déclaration de la volonté » pris du droit allemand (Willenserklärung) et le calque sémantique de l'institution islamique de « dernière maladie ».

et « complant » en italique<sup>233</sup>. Santillana présente ainsi ces deux contrats dans l'article 836 du projet préliminaire : « Il y a deux espèces principales de baux à portion de fruits : le bail à *champart* (mouçakat); et le bail à *complant* (aghtiras) ». Dans les articles qui suivent, il utilisera uniquement le terme français sans italique. La façon de *marquer* en italique le noyau français est probablement due au fait que Santillana voulait mettre l'accent sur des équivalents approximatifs proposés qu'il a tirés, après un traitement par analogie, des anciennes coutumes françaises, trouvant probablement elles-mêmes leur origine dans le droit romain (Sée 1918, p. 434)<sup>234</sup>. Ce qui n'était pas contraire à l'idée de *la racine romaine* du droit français et du droit musulman proposée par Santillana. Le contrat du *kirâdh* fait l'objet d'un traitement particulier de la part de Santillana, mais répond à la même stratégie liée à la « quête de l'origine commune ». En marge de l'article énonçant sa définition voulant que « La commande, ou Kirâdh, est le contrat par lequel une personne... », Santillana ajoute un *nota bene* :

Le Kirâdh, qu'on traduit à tort par Commandite, est l'ancien contrat de Commande, des statuts médiévaux en France et en Italie (accomoda) commenda : nous lui avons consacré un titre à part, afin de ne pas le confondre avec la Commandite moderne, dont il est, d'ailleurs, la forme primitive; il est assez curieux de le retrouver, encore vivant, dans le droit arabe, et je ne suis pas décidé à fondre les deux contrats<sup>235</sup>.

Santillana donne un synonyme du *kirâdh* énoncé par Perron (1854, p. 664), à savoir *moudaraba*.

Santillana recourt à l'emprunt direct dans le cas des anciennes unités de mesure de masse, de superficie<sup>236</sup> ou d'impôt religieux. Tel est le cas des termes *cafis*, *sâa* (en italique dans le code) et *ouiba* (sans italique dans le code)<sup>237</sup>. Santillana n'accompagne pas ces termes de notes

---

<sup>233</sup> Outre l'italique, Santillana utilise un autre procédé péritextuel, les parenthèses. L'emploi de ces procédés ne semble pas répondre à une stratégie chez Santillana puisqu'il les emploie en alternance, mais relève probablement d'une réaction spontanée axée sur le *marquage* des éléments greffés au droit français. Santillana utilise souvent les parenthèses et l'italique en même temps.

<sup>234</sup> « En Gaule, au X<sup>e</sup> siècle, plusieurs chartes montrent que le complant était considéré comme une coutume locale d'origine ancienne, mais l'on ne peut assurer qu'il dérive des complants de l'époque romaine; des conditions analogues ont pu créer des institutions semblables. [...] on remarque que, du IX<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle, époque de la grande extension des vignes, — et pendant laquelle les seigneurs ont fait défricher beaucoup de leurs terres par des *hôtes*, on a eu recours aux complants, d'abord pour un temps limité, puis d'une façon héréditaire » (Sée 1918, p. 434).

<sup>235</sup> Italique de Santillana.

<sup>236</sup> Perron (1848 tome I, p. 563) qui accompagne sa traduction de la définition de certains termes arabes, définit le *cafis* (K'afiz) comme suit : « Le K'afiz (pl., K'ouâfiz et ak'fiza) est une appréciation ou mesure de capacité, représentant douze s'a ». Dans son Tome I, p. 561, il définit le *sâa* « Le s'â vaut vingt-six rit'l ou livres, plus deux tiers ».

<sup>237</sup> Le recours à l'italique n'est pas systématique chez Santillana (manque d'uniformité?). Par exemple, le terme *silos* est en italique à l'article 1360 du projet préliminaire, mais ne l'est pas à l'article 1362. Par contre, dans cet article Santillana insère l'équivalent arabe (matmour) entre parenthèses.

explicatives. Tel est également le cas du terme *méchia*<sup>238</sup> (en romain dans le code). Santillana emprunte également le terme *achour*, mais le fait suivre de son équivalent français (dîmes)<sup>239</sup>. C'est également à l'emprunt direct que Santillana recourt pour ce qui est du terme *khammas*<sup>240</sup>. À ce type de contrat, il donne un équivalent, le *colonage partiaire*, mais il réserve le terme initial arabe à l'individu (parfois aussi appelé *colon*). Pour souligner la différence entre le *khammas* et le *colon partiaire*, Santillana précise la part du *khammas* dans l'article 1350 du projet préliminaire en énonçant qu'en cas de manque de détermination de la part du *khammas*, « les parties sont censées se soumettre à la coutume tunisienne, qui fixe la part du *colon* à un *cinquième* du produit net »<sup>241</sup>. Fait étrange, Santillana se permet d'insérer entre crochets un segment de l'article 1362 traitant des travaux du Khammas. Il écrit au 3<sup>e</sup> alinéa « [Le khammas doit aussi creuser les silos (matmour)<sup>242</sup>, y déposer la semence et la nourriture des animaux, entasser le foin et l'enduire de boue] ». En marge de cet article, il écrit un nota et le fait suivre d'une proposition :

NOTA. – D'après *Malek*, aucun de ces travaux énumérés dans le paragraphe entre crochets ne serait à la charge du colon [...]. Mais l'opinion dominante a fini par charger le khammas de tous ces travaux. [...] Il y aura lieu d'examiner s'il ne serait pas bon de revenir à la théorie de *Malek*, et d'exonérer le khammas qui aujourd'hui est dans la situation d'un serf de la glèbe.

Pour ce qui est des termes qui ont « à peine leur analogue » (Larcher 1907, p. vii) dans le droit français, Santillana inscrit invariablement le terme tunisien suivi de son équivalent proposé ou l'inverse. Par exemple le Titre IV : de *l'enzel* (emphytéose), de la *superficie* (emquâd) (à la section II, une autre graphie : *anquâd*), de *la location perpétuelle* (khoulou). Il y a également le prêt à usage (*ariâ*)<sup>243</sup> où Santillana reprend le titre de Perron dans l'énoncé de l'article 1024 du

<sup>238</sup> En lisant l'article français, nous avons cru que le terme référerait au terme arabe « machia » qui signifie « bétail ». Nous nous sommes vite rendu compte dans les articles qui suivaient que l'emprunt ne pouvait avoir ce sens. La lecture de la version arabe nous a quelque peu éclairée. Dans *Fellahs tunisiens : l'économie rurale et la vie des campagnes aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles* (1977, p. 197-180), Lucette Valensi définit ce terme comme suit : « Le mâchia [...] ne distingue pas un champ, mais plutôt, à l'intérieur de celui-ci, la surface labourée. Unité de travail, on s'y réfère dans les contrats de location. Quand un fermier prend un domaine à bail, il s'engage à labourer non la totalité de la terre, mais un nombre déterminé de mâchia [...]. Le mâchia est aussi l'unité fiscale; c'est sur le nombre de mâchias ensemencées qu'est calculée la dîme des récoltes, et non sur la propriété ».

<sup>239</sup> Au sujet de la notion de « dîme », Seignette (1878, p. xxiv) précise : « Chez la plupart des nations chrétiennes, la dîme était prélevée par l'église et l'impôt par l'État; mais, chez les nations musulmanes, l'Église et l'État ne faisant qu'un, la dîme et l'impôt sont levés par le Souverain ».

<sup>240</sup> La *khamassa* est une sorte de colonat partiaire. La racine de ce terme et le chiffre *khamsa* (cinq).

<sup>241</sup> Nous soulignons.

<sup>242</sup> Sans italique dans le texte.

<sup>243</sup> Le prêt à usage dans la société musulmane est considéré comme une œuvre méritoire aux yeux de Dieu, « Tout service rendu, dit le Prophète, est une aumône » ou une œuvre pieuse (Perron 1854, p. 661).

projet préliminaire. « Le prêt à usage, ou *commodat (ariâ)*, et le prêt de consommation (Kardh) ».

Dans les articles qui traitent de ces contrats spéciaux, Santillana donne le terme arabe, « l'anquâd est... », sans doute pour éviter toute source de confusion avec les concepts français correspondants. Santillana réservait l'insertion d'un terme arabe aux contrats qui sont inconnus du lectorat français. Certains autres contrats plus connus de ce lectorat, dont l'équivalence du champ sémantique reste à vérifier, mais dont l'étude dépasserait le cadre de notre recherche, ne sont pas accompagnés de leurs équivalents arabes, qui existaient dans cette langue. Tel est l'exemple du *cautionnement (kafala)*. Notons également que Santillana accolait le terme français et son équivalent arabe à la première occurrence seulement. Par la suite, le traitement dépendait de la nature du contrat. Ainsi, si le contrat relevait exclusivement du droit musulman, Santillana reprenait par la suite le terme arabe dans les articles. Par contre si le contrat avait un équivalent *plein* en droit français, Santillana ne reprenait que le terme français dans les articles qui traitaient de ce type de contrats.

Aux contrats islamiques qui « n'ont pas leur pareil » (Larcher 1907, p. vii) et qui désignent une réalité qui n'existe pas en droit français, Santillana fournissait un équivalent explicatif (en périphrase généralement) suivi du terme arabe translittéré en français, comme dans le titre : *De la vente à livrer avec avance de prix (selem)*<sup>244</sup>.

L'effet le plus minorisant qui ressort de la lecture du code tunisien est produit par certains termes « énigmatiques » qui sont « incompréhensibles dans la version française » (Charfeddine 1996,

---

<sup>244</sup> Santillana a probablement puisé ce terme dans la traduction de Perron (tome III, p. 569). On note toutefois un manque d'uniformité sur ce plan dans la mesure où Santillana utilise un autre équivalent dans le paratexte (en marge de l'article 259 du Projet préliminaire), notamment la vente à terme (application de la règle de vente à terme dite *selem*). L'expression vente à terme est utilisée par Zeys (1886, p. 143) qui en fait un genre de générique dont fait partie la vente à livrer avec avance de prix.

p. 436)<sup>245</sup>. Il s'agit des termes *adjemy*<sup>246</sup>, *maouana*<sup>247</sup>, *terres d'Afrikia*<sup>248</sup>, *dekhanian*<sup>249</sup>. Dans la mesure où ces termes ne sont pas du tout juridiques et ne désignent pas une réalité sociologique ou unique dont on ne pourrait trouver un équivalent français, on peut s'interroger sur la nécessité de leur insertion dans le tissu linguistique du code (renvoi à la terre mythique d'Orient?) Pour Charfeddine, la dualité linguistique (arabe-français) « imposée lors de la conception du code [...] a été un facteur regrettable de complication qui a affecté sensiblement la technique législative de ses dispositions » (Charfeddine 2006, p. 696). Larcher déplore le manque de définition de ces termes qui affaiblissent techniquement, selon lui, les dispositions du code et expliquent les infirmités qui affectent la langue de celui-ci (Charfeddine 2006, p. 687).

Au-delà de la conciliation législative, réelle ou désirée, visée par Santillana, qu'en est-il de la conciliation textuelle? Quel est l'effet produit par la lecture du code? Selon Venuti (1998, p. 12), l'usage « stratégique » des « éléments minoritaires » ne risque pas de « frustrer » le lecteur, si « the remainder is released at significant points » dans le texte. Tel n'est pas le cas de la version française du code tunisien. La lecture de celui-ci, encore plus que celle du code marocain, constitue un véritable casse-tête pour le juriste et pour le traducteur. L'existence du « remainder » islamique puisse à de quoi *agacer* le juriste monolingue français pour lequel le sens des mots arabes est hermétique alors que sa nature même de juriste lui impose de saisir la différence avec leurs équivalents français proposés. La question est encore plus complexe quand il s'agit d'emprunts directs non accompagnés d'explications ou de notes. Le juriste bilingue arabe-français devient comparatiste malgré lui, motivé par le désir de dissiper le *malaise* engendré par tant d'équivalents approximatifs dans le code. Le traducteur, quant à lui,

---

<sup>245</sup> Charfeddine voulait probablement dire qu'ils étaient incompréhensibles pour le lectorat français. Tout lecteur connaissant l'arabe peut deviner le sens de certains termes dès la première fois ou en consultant la version arabe du C.O.C.

<sup>246</sup> L'article 806 du C.O.C. énonce dans son deuxième alinéa que « Le bail des biens ruraux commence le 13 septembre *adjemy*, si les parties n'ont établi une autre date ». La lecture de la version arabe nous éclaire sur ce terme. Il s'agirait probablement du 13 septembre selon le calendrier chrétien. Le terme arabe *ajami* désigne le non-arabophone, mais également l'arabophone à mauvaise élocution de l'arabe. Le terme figure dans le Coran.

<sup>247</sup> Santillana explique ce terme entre parenthèses (cultures supplémentaires). Le terme n'étant pas motivé pour Larcher, il croyait qu'il s'agissait d'une faute de typographie. Il a proposé une autre graphie, « madouna ». La racine arabe du terme *maouana* étant *a'ana*, ce qui veut dire aider, nous pouvons comprendre qu'il s'agit d'une sorte de culture autre que celle faisant l'objet du contrat de *Khammasa* qu'effectue le *khammas*.

<sup>248</sup> Le terme « Afrikia » renvoie sans doute au territoire qui désignait chez les Arabes, durant la conquête islamique, l'espace géographique de l'Afrique du Nord comprenant de nos jours la Tunisie et une partie de l'Algérie et de la Libye actuelles.

<sup>249</sup> Notons que Larcher montre un manque de rigueur dans la consignation des termes d'origine arabe. Il écrit par exemple le terme « Khlania » au lieu de « Eddoukhanian » (Larcher 1907, p. ix). Nous n'avons pas pu « comprendre » ce terme, même en recourant à la version arabe.

soupçonnant que sa pratique a *marqué* le code, ne peut s'empêcher de vouloir en avoir le cœur net. Il se met alors à chercher les raisons des choix (stylistique et terminologique) du codificateur, ainsi que les sources de ces choix, ce qui l'envoie non seulement sur le terrain glissant du droit comparé, mais sur celui encore plus glissant de la traduction comparée.

La part de la pratique de traduction ajouterait une autre forme de conciliation à la conciliation juridique (entre plusieurs droits) recherchée par Santillana, celle de la conciliation terminologique (entre plusieurs langues), puisqu'il fallait effectuer une correspondance entre des concepts et des institutions très différentes qu'il fallait *greffer* au droit européen emprunté. La part considérable de la traduction pose un problème d'un autre ordre, celui du retour dans la langue originale, l'arabe. Puisque le code tunisien a dû être traduit en arabe avant d'être présenté devant la commission des Oulémas, quelle a été la stratégie adoptée ultérieurement lors du processus de traduction? Le traducteur est-il revenu aux sources originales?<sup>250</sup> A-t-il adopté la terminologie classique ou a-t-il tenté de moderniser celle-ci? Quelle a été la part des sources islamiques originales dans la traduction vers l'arabe? Enfin, quelle a été, bien plus tard, la stratégie d'Abdel-Fattah Abdel-Baqi, traducteur du D.O.C.? Et quelle est la place de la traduction tunisienne dans la traduction marocaine?

### **3.2.6 Critique de la version française du C.O.C. tunisien**

Présenter une critique de la version française du C.O.C. est important dans la mesure où nous allons retrouver les mêmes types d'écueils dans la version française du D.O.C. Dans sa présentation du C.O.C. en 1907, Émile Larcher critique le style, la langue et la terminologie du code. Il déplore notamment l'excès de détails dans certains articles. Cet excès affaiblit le code et marque, selon l'auteur, son déficit d'abstraction. Selon Larcher (1907, p. vi), « le code tunisien est loin de présenter les qualités de méthode et surtout de rédaction désirables ». Le plus « critiquable » (Larcher 1907, p. VIII) est sa rédaction qui trahit « soit une grande négligence, soit une méconnaissance absolue de la grammaire comme du lexique français » (Larcher 1907, p. IX). La langue utilisée « n'a ni la précision ni la concision qui sont les premières qualités à rechercher dans les textes législatifs, mais elle n'est même pas française »

---

<sup>250</sup> On peut aussi se poser des questions sur le traducteur lui-même. Santillana a-t-il été le codificateur et le traducteur du C.O.C.?

(Larcher 1907, p. viii). Par exemple, Larcher se pose la question sur la manière dont il faut interpréter « trois mille » (art. 495 du C.O.C.)<sup>251</sup>. Faut-il comprendre « trois mille mètres » ou « trois milles »? Malgré la publication d'un erratum (Charfeddine 2006, p. 687) de quatre pages publié par la suite, de nombreuses erreurs « parfois difficiles à corriger subsistent » (Larcher 1907, p. ix) dans le code. Larcher relève quelques fautes quant à la qualité de la grammaire et du lexique de la langue française ainsi que les répétitions qui alourdissent le texte. Par exemple, une personne ne *doit* pas une obligation (art. 192 C.O.C., 182 D.O.C.); « le transport peut avoir pour objet des *droits* ou créances dont le *droit* n'est pas échu » (art. 200 C.O.C. et art. 190 D.O.C.); « L'obligation ne peut être accomplie contre le gré du *débiteur et créancier à la fois* »<sup>252</sup> (art. 249 C.O.C. et 237 D.O.C.). Larcher déplore l'abus de l'imparfait du subjonctif « alors que les règles de la grammaire n'en commandent pas l'emploi » (Larcher 1907, p. ix), ainsi que les fautes d'orthographe (manque d'une lettre).

Sur le plan terminologique, Larcher critique l'emploi de termes imprécis, tels que « communauté », « association » ou « quasi-société » pour désigner l'indivision (art. 1226 C.O.C. et art. 959 D.O.C.) et le mauvais usage d'un terme (dommage au lieu de dommages et intérêts ou acte au lieu de bien) (Charfeddine 1996, p. 436). On relève également une certaine confusion terminologique entre convention et contrat, annulation et rescision, possession et détention; l'emploi invariable de nul et annulable, ce qui constitue une erreur grave de terminologie selon Larcher (1907, p. viii). Il relève des maladresses comme l'usage du terme *transport*<sup>253</sup> des obligations pour désigner la cession de celles-ci (art. 199 C.O.C. et art. 189 D.O.C.), du terme « commande » pour commandite (art. 1195 et s. du C.O.C.) ou encore « Les droits constitués par l'acheteur dans l'intervalle s'évanouissent » (alinéa 2 de l'article 710) (*ibid.*)<sup>254</sup>. Il y a également les définitions confuses ou impropres. Par exemple, « droit de rétention » est défini comme le droit de « posséder la chose ». Larcher reproche aux rédacteurs

---

<sup>251</sup> Cet article a été abrogé dans le D.O.C.

<sup>252</sup> Italique des exemples par Larcher (1907, p. ix). Larcher rétorque à ce dernier énoncé que lorsque la même personne est à la fois créancière et débitrice d'une même obligation, cette dernière est éteinte par confusion.

<sup>253</sup> Cette maladresse est probablement due à l'influence de la langue arabe *naql* ou *intiqaal*, qui signifie littéralement « transport ». Il est probable qu'il s'agit ici d'une preuve de la consultation de sources de langue arabe.

<sup>254</sup> Cet article a été modifié dans la version officielle en vigueur de nos jours : « Les droits constitués par l'acheteur dans l'intervalle s'éteignent ». Il demeure toutefois en l'état dans le D.O.C. (art. 611). La version française du D.O.C. n'a subi aucune réforme linguistique de 1913 à nos jours.

d'avoir imité le code français dans ses erreurs<sup>255</sup> ou dans sa terminologie flottante (Rivière 1929, p. 243). Larcher dressera une critique semblable du D.O.C. au lendemain de sa publication.

Il y a eu trois versions françaises du C.O.C., le Projet préliminaire, l'Avant-projet et enfin le *Code civil et commercial*, appelé plus tard le *Code des obligations et des contrats*. Il n'y aura qu'une seule version française du D.O.C. Le chapitre suivant traite du contexte de transfert proprement dit ainsi que du contexte historique et politique de l'entreprise de traduction de ce texte législatif sur le territoire marocain.

---

<sup>255</sup> Larcher cite comme exemple l'absence de définition de la « cause ». Cette lacune, dit Larcher, a « conduit la jurisprudence française à d'incroyables *fantaisies* » (Larcher 1907, p. vii).

## **CHAPITRE 4 La réception du *Dahir des obligations et des contrats*<sup>256</sup> dans l'espace juridique marocain : histoire d'une traduction**

Dans le présent chapitre, nous suivrons la vie du D.O.C. en territoire marocain de 1913 à 1965. Dans un premier temps, nous traiterons de la naissance proprement dite du D.O.C. dans l'espace juridique marocain. Nous aborderons les modifications qu'il a subies de la part de celui qu'on nomme son *rédacteur*, Stéphane Berge. Pour les besoins de notre analyse, le D.O.C. sera confronté à son précédent législatif, le code tunisien. Dans le présent chapitre, nous ne tiendrons toutefois compte que de la version définitive de ce dernier, notamment celle promulguée en 1906 en Tunisie<sup>257</sup>. Dans un deuxième temps, nous relaterons les circonstances qui ont enclenché le processus de traduction du D.O.C., à savoir l'avènement de l'indépendance en 1956 et l'adoption, quelques années plus tard, de la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice*. Au passage, nous survolerons brièvement le traitement réservé au D.O.C. durant la période transitoire de neuf ans qui a suivi la proclamation de l'indépendance. Nous verrons le contexte immédiat de la traduction du code civil marocain, de son traducteur *préssumé* ainsi que de quelques éditions dont ce texte législatif a fait l'objet. Nous traiterons, en dernier lieu, de certains effets de la décision de traduction et de la traduction elle-même sur le droit et la langue juridique marocains.

### **4.1 La rédaction du Dahir formant code des obligations et des contrats**

Dès le 25 mai 1912, c'est-à-dire à peine deux mois après la signature du Traité de Fès, le résident général Lyautey enclenche l'élaboration des codes destinés à permettre « une mise en œuvre rapide des réformes jugées indispensables pour mettre le Maroc sur la voie de la paix intérieure et du développement » (Monéger 1984, p. 25). Un magistrat français, M. Landry, procureur de la République à Oran en Algérie, est chargé de l'élaboration des Avant-projets. Le 19 mars 1913,

---

<sup>256</sup> Afin d'éviter toute confusion avec le *Code des obligations et des contrats* tunisien, nous réserverons désormais l'intitulé *Dahir des obligations et des contrats* (D.O.C.) au code marocain.

<sup>257</sup> Bien des modifications ont été apportées à la dernière version élaborée par Santillana. Nous avons relevé plusieurs éliminations de dispositions relevant du droit musulman. Ce qui laisse supposer que d'autres mains, probablement françaises uniquement, ont intervenus sur la version de Santillana, une fois cette version ratifiée par les Oulémas.

presque un an jour pour jour après l'adoption du traité de protectorat, signé le 30 mars 1912, les avant-projets des codes partent pour Paris pour y être discutés et approuvés avant d'être présentés au Sultan (Monéger 1984, p. 25). Une « commission de jurisconsultes »<sup>258</sup> *ad hoc* est constituée à cet effet. Le rôle de la commission est d'organiser la justice pour un État moderne. Pour ce faire, il faut rapidement élaborer la législation susceptible d'être appliquée devant les nouvelles instances judiciaires du protectorat, à commencer par la matière civile. Une sous-commission, composée de George Tessier, Albert de La Pradelle et Stéphane Berge, est chargée de l'élaboration du *Dahir formant code des obligations et des contrats* (Berge 1914, p. 293). Cette sous-commission achève ses travaux le 25 juin 1913 et établit un rapport la même journée. Le 12 août 1913, le projet du D.O.C., ainsi que d'autres projets de loi, est soumis à l'approbation du Sultan Moulay Youssef qui leur apporte son sceau. Le projet est ensuite visé et promulgué par le Résident général le 30 août 1913 avant de faire l'objet d'un décret du président Poincaré<sup>259</sup>.

Le 12 septembre 1913 voit naître le Dahir « portant promulgation de plusieurs dahirs relatifs à l'administration de la justice dans le Protectorat français du Maroc »<sup>260</sup> qui marque un nouveau

---

<sup>258</sup> C'est le titre donné par S. Pichon et A. Ratier à cette commission. Cette dénomination figure dans le rapport adressé au président de la République française, paru dans le B.O., n° 46 en date du 12 septembre 1913 portant promulgation de neuf dahirs organiques. Notons l'absence de jurisconsultes marocains au sein de cette commission. La commission se composait de juristes, de magistrats et d'administrateurs connus de l'administration coloniale, notamment Louis Renault, président de la commission, jurisconsulte du ministère des Affaires étrangères; Herbaux, conseiller à la Cour de cassation; Stéphane Berge, conseiller à la Cour d'appel de Paris, Bouloche, directeur des affaires civiles au ministère de la Justice; Romieu, conseiller d'État; Grünebaum-Ballin, président du Conseil de préfecture de la Seine; Jean Labbé, avocat au Conseil d'État; Charденet, maître des requêtes au Conseil d'État; Collavet, auditeur au Conseil d'État; Albert de La Pradelle, professeur à la faculté de droit de Paris; George Tessier, professeur à l'École des sciences politiques; Gauthier, consul de France, chef de bureau de la Tunisie au département; Cruchon-Dupeyrat, consul général de France, chef du bureau du Maroc au ministère des Affaires étrangères; Kammerer, consul de France, rédacteur à la direction des affaires politiques et commerciales au ministère des Affaires étrangères; de Saint-Aulaire, ministre plénipotentiaire, délégué à la résidence générale de France au Maroc et Paul Tirard, secrétaire général du Protectorat (Blanc 2001, p. 143-144).

<sup>259</sup> Il s'agit là d'un protocole établi par le protectorat destiné à respecter les contraintes internationales (Renault 1914, p. xxx; Monéger 1984, p. 33).

<sup>260</sup> Ce Dahir, qui constitue l'un des plus longs dahirs qu'a connus la vie juridique marocaine, a été publié en français. La version arabe qui a suivi est beaucoup plus concise que la version française (la version française comporte 220 pages contre 7 uniquement de la version arabe). En plus des textes intégraux des codes promulgués, la version française contient deux rapports, à savoir celui du ministère des Affaires étrangères et du Garde des Sceaux au président de la République française et celui sur les travaux de la Commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc. La version arabe est très différente de la version française. On préfère insister sur la mise en valeur de l'acceptation par le Sultan des différentes mesures prises par le nouveau régime sur le territoire marocain. Le rédacteur a d'ailleurs introduit la formule officielle présentant le Sultan comme premier législateur du pays. La publication en arabe ne contient pas de traduction des textes susmentionnés, mais se contente d'énoncer la promulgation des codes. La lecture de la version arabe du bulletin officiel laisse voir quelques aspects intéressants. D'un point de vue terminologique, on recourt grandement à des termes étrangers au système organisationnel marocain, notamment l'emploi du terme *assadr al a'adam* pour désigner ce qui équivalait au premier ministre. Il s'agit en fait d'un emprunt à l'organisation étatique ottomane. Notons également l'absence de ponctuation dans la version en arabe du Bulletin officiel, la

tournant dans l'histoire législative et judiciaire marocaine. Publié dans le *Bulletin officiel* du Maroc<sup>261</sup>, ce Dahir, comme son nom l'indique, porte promulgation de neuf codes organiques<sup>262</sup>.

#### 4.1.1 La commission de rédaction du D.O.C. : Stéphane Berge

Il n'existe que très peu d'informations sur les circonstances de préparation et de rédaction du D.O.C. à part quelques indications sur le fait qu'il a été « préparé » (Renault 1917, p. vi) ou « adapté » (Azziman 1995, p. 29) par Berge et que de « savantes discussions » (Renault 1914, p. xxx) sur ce qu'il « fallait faire ou ne pas faire » (*ibid.*, p. xxviii) se tenaient en séances plénières au sein de la sous-commission chargée de son élaboration<sup>263</sup>.

Une fois que la décision de codifier était prise, « les travaux préparatoires se sont poursuivis, sous différentes formes : projets de membre agissant en isolement ou constituant des sous-commissions » (Renault 1917, p. xxix). Officiellement, la sous-commission chargée d'élaborer le D.O.C. se composait de trois membres, tous des juristes « qui avaient participé à l'établissement et à l'application des travaux qu'on cherchait à adopter au protectorat marocain » (Renault 1917, p. vxix). Officieusement, il semble que la rédaction du D.O.C. ait été confiée à un magistrat en particulier, Stéphane Berge. Grâce à sa participation à l'élaboration

---

présence de plusieurs emprunts comme *Bosta* pour *postes* alors que le terme arabe existe (*barid*). Il y a aussi l'emploi du nom initial de la ville de Rabat (Ribat al-fath). Notons enfin que le terme code n'est pas rendu par Qanun, équivalent qu'il prendra plus tard, mais par le terme *dabett*. Ce terme relève du fiqh et signifie une réglementation détaillée.

<sup>261</sup> Le Bulletin officiel a été créé par arrêté du Commissaire résident général de la France, en date du 2 septembre 1912. Les premiers Bulletins officiels en territoire marocain étaient publiés uniquement en français et étaient marqués par des termes empruntés pour la plupart à des pays voisins (Algérie ou Tunisie). Par exemple, le terme *code* est rendu par *medjella*, sans doute sous l'influence de code civil turc (*Medjella al Ahkam al Adliya*) promulgué sous Empire ottoman en 1876. Ce code a influencé les pays, dont le Maroc ne faisait pas partie, placés sous tutelle ottomane. Le terme *firman* remplaçait le terme *dahir*, particulier au Maroc. Le *firman* était un procédé formel utilisé en Iran et en Turquie (Essaid 2010, p. 195, note 1). Il faut dire qu'au début du protectorat, le pays recevait en bloc une terminologie nouvelle dans une langue étrangère, en l'absence d'équivalents disponibles. La version utilisait bien les mots arabes et fait étrange, les numéros d'articles n'étaient pas en chiffres arabes. La première publication en arabe a vu le jour le 1<sup>er</sup> février 1913. Elle portait sur l'intronisation du jeune Sultan Moulay Youssef (jugé probablement événement de prime importance que les Marocains devaient connaître). Cette version portait création d'une « direction générale de la traduction » constituée d'un rédacteur marocain et d'un rédacteur français.

<sup>262</sup> À savoir les suivants : le *Dahir sur la procédure criminelle*, le *Dahir sur l'assessorat en matière criminelle*, le *Dahir sur la procédure criminelle*, le *Dahir réglementant les perceptions en matière civile, administrative, criminelle et notariale*, le *Dahir sur l'assistance judiciaire*, le *Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers*, le *Dahir formant code des obligations et des contrats*, le *Dahir formant Code de commerce* et le *Dahir sur l'immatriculation des immeubles*. Des neuf dahirs susmentionnés, seul le *Dahir formant code des obligations et des contrats*, dans sa version française du moins, subsiste presque dans l'état où il a été créé. Les autres dahirs ont connu des sorts différents, soit ils ont été purement abrogés, comme c'est le cas du *Dahir formant code de commerce*, soit ils ont été tellement modifiés qu'ils ne ressemblent plus aux textes originaux, comme c'est le cas du *Dahir sur l'immatriculation des immeubles* (Blanc 2001, p.145).

<sup>263</sup> Nous n'avons pas pu trouver de procès-verbaux de ces séances plénières ni de ces discussions, bien que Renault parle de « travaux préparatoires » (1914, p. xxiv).

du code civil tunisien (C.O.C.) et à ses fonctions de juge en Algérie et en Tunisie, Berge était la « plume compétente » (Renault 1917, p. vi) pour tenir un rôle « prépondérant » (*ibid.*) au sein de cette sous-commission. Renault (*ibid.*) affirme à ce propos :

Parmi les hommes compétents qui ont contribué à l'œuvre législative [...], je me permets de citer particulièrement M. Berge, qui a apporté à la Commission [...] une expérience précieuse acquise par une longue pratique de la magistrature en Tunisie. Il a spécialement préparé le Code des obligations et des contrats, le Dahir sur l'immatriculation des immeubles, puis il a collaboré avec M. Grünebaum-Ballin pour le Code de procédure civile et avec M. Tissier (sic) pour le Code de commerce.

Né à Romorantin<sup>264</sup>, le 6 novembre 1852, Stéphane Berge effectue des études en droit à Paris. Tout en exerçant des fonctions d'avocat, il collabore à plusieurs revues juridiques, dont le *Journal du droit international privé* et la *Revue générale du Droit*. Il a également été rédacteur à la *Gazette du Palais* dont il a été un des fondateurs. En Tunisie, il a occupé le poste de juge de paix et plus tard, celui de président du tribunal de première instance et il a également exercé en tant que membre de la Commission de codification des lois tunisiennes. Au Maroc, il fait partie en 1913 de la mission française chargée de discuter la création d'un tribunal international à Tanger. Son « esprit dialectique » a facilité « grandement l'accord des diplomates » (Wattine 1924). À 61 ans, il occupe le poste de premier président de la Cour d'appel de Rabat. De retour en France, il est nommé, en 1917, conseiller à la Cour de cassation. Puisqu'il connaît bien « la mentalité des indigènes » (*ibid.*), on lui réserve les affaires coloniales « si nombreuses et parfois si difficiles » (*ibid.*), Rédacteur prolifique, il est l'auteur de plusieurs ouvrages dont *La juridiction française en Tunisie : Étude de législation et de jurisprudence* (1895), *Répertoire alphabétique de la jurisprudence tunisienne comprenant les matières contenues dans le Journal des tribunaux de la Tunisie de 1889 à 1908 inclus* (1910) et la *Justice française au Maroc : organisation et pratique judiciaires* (1917). Il a également préparé le *recueil des lois protectoriales au Maroc*, notamment *Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc* (1914). Dans cette édition publiée la même année, c'est à lui que fut confiée la tâche de rédiger l'introduction au D.O.C.

---

<sup>264</sup> Les éléments biographiques sur Stéphane Berge ont été réunis du discours prononcé par Adolphe Wattine, avocat général de la Cour de cassation française à l'occasion d'une audience solennelle du début de l'année judiciaire en 1924. FRANCE. COUR DE CASSATION. *Discours de monsieur Adolphe Wattine*, 1924. [En ligne], [[http://www.courdecassation.fr/institution\\_1/occasion\\_audiences\\_59/but\\_ann\\_60/ann\\_es\\_1920\\_3333/octobre\\_1924\\_10758.html](http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/but_ann_60/ann_es_1920_3333/octobre_1924_10758.html)] (Consulté le 30 décembre 2012).

#### 4.1.2 La méthode rédactionnelle de Berge : rédaction ou adaptation?

De l'avis de son rédacteur, le *Dahir des obligations et des contrats* a été presque intégralement emprunté à la Tunisie (Berge 1917, p.7). Faut-il en conclure qu'il s'agit d'une simple reproduction du code tunisien? Sur cette question les avis s'entendent pour affirmer l'aspect *copie* du D.O.C. Il serait, à quelques coupures près, une « transcription exacte » et « littérale » (Larcher 1914, p. 16 et 18), une « reprise adaptée » (Azziman, 1995, p. 29), une « copie incomplète » (Monéger 1984, p. 28) ou encore « une reproduction pure et simple » (Hassen 2006, p. 525) du code tunisien.

Le tableau suivant montre la grande ressemblance entre les intitulés des deux codes :

Plan du C.O.C.	Plan du D.O.C.
LIVRE I - Des obligations en général	LIVRE I - Des obligations en général
TITRE I - Des causes des obligations	TITRE I - Des causes des obligations
TITRE II ---	TITRE II - Des modalités de
TITRE III - Des modalités de	l'obligation
l'obligation	TITRE III - Transport des obligations
TITRE IV - Transport des obligations	TITRE IV - Des effets des obligations
TITRE V - Des effets des obligations	TITRE V - De la nullité et de rescision
TITRE VI - De la nullité et de	des obligations
rescision des obligations	TITRE VI - De l'extinction des
TITRE VII - De l'extinction des	obligations
obligations	TITRE VII - De la preuve des
TITRE VIII - De la preuve des	obligations et de celle de la libération
obligations et de celle de la libération	
LIVRE II - Des différents contrats	LIVRE II - Des différents contrats
déterminés et des quasi-contrats qui	déterminés et des quasi-contrats qui
s'y rattachent	s'y rattachent
TITRE I - De la vente	TITRE I - DE la vente
TITRE II - De l'échange	TITRE II - DE l'échange
TITRE III - Du louage	TITRE III - Du louage

TITRE IV - De l' <i>enzel</i> (emphytéose), du <i>Kirdar</i> (emphytéose à rente variable), du <i>Khoulou</i> et de la <i>naçba</i> (location perpétuelle) TITRE V - Du dépôt et du séquestre TITRE VI - Du prêt TITRE VII - Du mandat TITRE VIII - Du contrat de Commande ( <i>Kirâdh</i> ou <i>moudaharaba</i> ) TITRE IX - De l'association TITRE X - Des contrats aléatoires TITRE XI - De la transaction TITRE XII - Du cautionnement TITRE XIII - Du nantissement TITRE XIV - Des différentes espèces de créanciers	TITRE IV - Du Dépôt et du séquestre TITRE V - Du prêt TITRE VI - Du mandat TITRE VII - De l'association TITRE VIII - Des contrats aléatoires TITRE IX - De la transaction TITRE X - Du cautionnement TITRE XI - Du nantissement TITRE XII - De différentes espèces de créanciers
---	---

### Tableau I

Une lecture comparative des deux codes a permis de constater la grande ressemblance des titres, de la structure et du plan général. Les changements apportés au texte marocain, dont nous traiterons dans les pages qui suivent, ne sont pas en mesure de faire du D.O.C. un code différent du C.O.C.<sup>265</sup>. En ne tenant compte que de la version marocaine de langue française de 1913 et de sa relation avec la version tunisienne de langue française définitive du code tunisien promulguée en 1906, nous pouvons émettre un constat : le D.O.C. est, au moins concernant les dispositions sur lesquelles portera notre analyse, une copie *presque* conforme du C.O.C. La différence vient du fait que les membres de la sous-commission ont jugé utile de procéder à quelques modifications et suppressions dans le code marocain, soit pour harmoniser ses dispositions « avec les autres parties de la législation marocaine », soit parce qu'ils avaient jugé

<sup>265</sup> Bien entendu, il s'agit uniquement ici des versions en langue française. La question est toute autre pour ce qui est des versions en langue arabe (chapitre V).

« meilleures des solutions un peu différentes » (Berge 1914, p. 52). La quantité des modifications ne permet pas, à notre avis, de dire que le code tunisien est un code différent du code marocain.

Comme le tableau l'indique, le D.O.C. est plus court que le C.O.C. En effet, des 1652 articles du C.O.C., le D.O.C. n'en contient que 1250. Aux dires de Berge (*ibid.*), la commission a dû retrancher : « certaines règles de procédures qui ne cadraient pas avec l'organisation des nouveaux tribunaux, des règles commerciales [...], des règles de droit foncier qui étaient par trop spéciales à la Régence (Tunisie), et des dispositions inspirées par les usages locaux particuliers à ce dernier pays. Le surplus a été conservé, sauf quelques modifications ». De fait, Berge a écarté les dispositions à caractère commercial (art. 465 et 466 du C.O.C) traitant de la réglementation des livres de commerce et du mode de preuve dans les conflits entre commerçants (Hassen 2006, p. 508.). Ces dispositions ont trouvé leur place dans le code de commerce promulgué en même temps que le D.O.C. D'autres dispositions ont été déplacées soit dans le Code pénal (délict de diffamation et d'injures), soit dans le Code de procédure civile (règles de procédures : computation de délais, serment<sup>266</sup>) (Hassen 2006, p. 509).

Une lecture attentive des deux codes permet de constater que, au-delà des modifications susmentionnées de manière générale, Berge est intervenu sur le fond et la forme du D.O.C. Sur le plan de la forme, il s'est livré à quelques modifications sommaires relatives à la conjugaison (il fait parler la loi au présent)<sup>267</sup>, à la ponctuation (remplacement d'un point-virgule par deux points, par exemple) ou à la structure (changement de paragraphe en alinéa, élimination des doublons, division de certaines dispositions en articles séparés ou réunion d'articles dans un article unique)<sup>268</sup>. Dans le même ordre d'idées, il a uniformisé les renvois en fonction des modifications apportées au code marocain. Pour ce qui est des changements sur le fond, les

---

<sup>266</sup> La législation portant sur le serment se composait de 21 articles dans le C.O.C. Berge a procédé à leur suppression et s'est limité à introduire une nouvelle disposition, à l'article 460, énonçant que « Les règles relatives au serment sont établies par notre dahir sur la procédure civile devant les juridictions françaises établies dans le protectorat français du Maroc ».

<sup>267</sup> Par exemple, l'expression « ne vaudront pas » a été remplacée par « ne valent pas », l'expression « devra évoluer » a été remplacée par « doit évoluer ». Ainsi l'article 454 du C.O.C. énonçant que « Les écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne vaudront que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ce autorisés » et devenu à l'article 427 « Les écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne valent que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ce autorisés. »

<sup>268</sup> À titre d'exemple, il a réuni les dispositions des articles 422, 423 et 424 du C.O.C. en l'article 401 du D.O.C.; les articles 442 et 443 du C.O.C. en l'article 418 du D.O.C.; les articles 514 et 515 du C.O.C. en l'article 462 du D.O.C.

interventions de Berge ont porté sur trois éléments, soit la modernisation du code marocain, son expurgation des *marqueurs islamiques* et enfin, son adaptation *présumée* à la société marocaine.

#### **4.1.3 La modernisation du D.O.C.**

Par rapport à son précédent tunisien, le *Dahir des obligations et des contrats* était en 1913 un peu plus moderne (Renault 1917, préface de Berge p. VII). Le contexte exceptionnel du protectorat permettait de tenir compte des « désirs de réforme manifestés dans la métropole » et dont la réalisation était « souvent empêchée par des obstacles artificiels » (*ibid.*). Rien n'interdisait donc d'introduire dans l'espace juridique marocain des « réformes réclamées par la France elle-même » (Renault 1917, p. xxxix) et dont la réalisation était entravée par la lenteur de la machine législative ou par des réticences subjectives. À titre d'exemple, l'article 3 du D.O.C. ne range pas la femme mariée parmi les incapables, mais se contente de viser le mineur et l'incapable, ce qui plaçait le D.O.C. en avance sur le Code civil français de l'époque. Le code marocain introduit également une législation consacrée au paiement par chèque (articles 325 à 334) ainsi que des dispositions nouvelles portant sur la responsabilité de l'État, des municipalités et des magistrats (art. 79, 80, 81 D.O.C.). Berge a également tenu compte, dans sa préparation de la version marocaine, de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine française relatives au droit régissant la responsabilité civile durant les années 1900-1912 (Monéger 2008, p. 181). L'introduction de ces dispositions fait du D.O.C. un instrument législatif qui réalisait à l'époque « beaucoup des progrès préconisés et souhaités par les juristes les plus réputés des diverses nations européennes »<sup>269</sup>.

##### **4.1.3.1 La désislamisation du D.O.C.**

La première remarque qui ressort de la comparaison du D.O.C. et du C.O.C. est que le code marocain est beaucoup moins *islamiquement* marqué que son homologue tunisien. Berge a procédé à l'expurgation de la majorité des termes et des dispositions qui faisant du code tunisien un code exotique pour les juristes français. Il a jugé utile de ne pas inclure dans le D.O.C. « des

---

<sup>269</sup> Discours d'inauguration de la Cour d'appel de Rabat en 1913, par Stéphane Berge, premier président. Publié au Bulletin officiel, n° 51 du 17 octobre 1913. Certaines dispositions du D.O.C. vont même être empruntées par le C.O.C. C'est le cas par exemple de l'article 385 du D.O.C. relatif à l'efficacité de la prescription à l'égard des ayants cause et ayants droit du débiteur (Monéger 1984, p. 31).

règles relatives au droit foncier, qui étaient tout à fait spéciales à la Tunisie » et « des dispositions inspirées par des usages locaux, particulièrement en matière de bail rural et d'exploitation agricole ». Ces règles ne devaient pas dépasser « en raison de leur originalité, les limites de la Tunisie » (Berge 1914, p. 291; Blanc 2001, p. 148, note 246). Or, beaucoup de ces « usages locaux » relevaient en fait du droit musulman ou coutumier. Berge a dès lors omis de mentionner qu'il a expurgé le D.O.C. d'une grande partie de sa composante islamique, même si les dispositions et les institutions concernées existaient bel et bien dans l'espace juridique marocain. Ainsi, ne figurent pas dans le D.O.C., par exemple, les règles générales de droit<sup>270</sup> qui ont été directement empruntées aux dires du Prophète ou au code civil ottoman (*Medjella*) et dont l'existence dans un code foncièrement destiné à une population non musulmane n'avait probablement plus raison d'être<sup>271</sup>. De ces dispositions, très nombreuses dans le code tunisien, Berge n'a gardé que quatre articles (art. 474 à 477 D.O.C.), très généraux et « sans coloration religieuse » (Hassen 1996, p. 511) déterminant les modes d'abrogation des textes législatifs, le principe de la primauté de la loi sur la coutume et l'usage et les conditions pour invoquer une coutume en matière civile ainsi que la présomption de bonne foi. Ont été ainsi supprimés les articles islamiques comme : « Celui qui peut le plus peut le moins », « Celui qui a subi un dommage injuste n'est pas autorisé par cela à causer des dommages à autrui », « Entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre » et « Entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, il faut préférer l'intérêt général, s'il n'y a aucun moyen de les concilier ». Pour plusieurs de ces dispositions, Santillana mentionnait expressément en marge du texte qu'il s'agissait de « traditions du Prophète ». Berge a supprimé également des dispositions traitant des biens *habous* (art. 725 et 737), des dispositions à forte charge religieuse comme le dernier alinéa de

---

<sup>270</sup> François Gény (1904, p. 1036) jugea la rédaction de ces règles « inacceptable » et « trop vague ». Sur la suppression de ces dispositions, Hassen (2006, p. 510-511) émet une hypothèse pour le moins étrange. Selon ce juriste, Berge aurait voulu empêcher l'introduction au Maroc des règles essentiellement hanafite, dans la mesure où le Maroc suit principalement le rite malékite. Une telle hypothèse ne semble pas fondée pour deux raisons : Berge ne s'est pas limité à la suppression des règles puisées dans le *fiqh* hanafite, mais également de plusieurs autres relevant directement du droit malékite. De plus, il n'y a rien qui empêche au Maroc la consultation d'une école autre que l'école malékite. La raison la plus logique serait la volonté de permettre aux justiciables non marocains d'invoquer le droit le plus proche, c'est-à-dire le droit français, ce qui, de fait, arrivait en cas de silence de la loi.

<sup>271</sup> Par l'adoption de ces règles en Tunisie, on visait « établir une preuve de l'existence d'un lien historique effectif, voire d'une conformité entre les dispositions du COC et les principes du droit musulman » (Hassen 2006, p. 510). Ils sont désormais inutiles dans un contexte où le D.O.C. n'était pas destiné aux Marocains. De plus, l'introduction de telles règles dont l'origine est musulmane serait de nature à provoquer le rejet du Code de ses destinataires européens. Dans l'Avant-projet du code tunisien, Santillana a inséré une note : « Ces règles de droit n'ont été insérées ici qu'afin de faire saisir la conformité des principes généraux du droit musulman avec ceux de notre législation, et de faciliter ainsi le travail de la Commission; il y aura peut-être lieu de les éliminer dans la rédaction définitive » (Santillana 1899, p. 246).

l'article 834 du C.O.C. (art. 729 du D.O.C.) voulant qu'une convention soit nulle si elle porte sur « des faits que tout musulman est tenu d'accomplir personnellement, tels que la prière, le jeûne ».

On relève aisément un certain rejet du détail et partant, un rejet du mode d'énoncé islamique. Cette tendance est illustrée par la suppression de certaines dispositions à forte charge casuistique. Par exemple, a été supprimé du D.O.C. l'article 520 du C.O.C. voulant que :

La qualification venant à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède, comme dans la phrase suivante : « *Je donne à mes enfants et à mes petits-enfants mâles* », à moins qu'il ne résulte clairement que l'attribut ne peut s'appliquer qu'à ce qui le précède immédiatement. Lorsque les deux parties de la phrase sont reliées par la particule « ensuite », l'attribut s'applique à ce qui le suit. La condition exprimée à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède. (Nous soulignons)

Un autre exemple est l'article 521 du C.O.C., absent du D.O.C., énonçant que :

Est nulle la vente des choses qui, par la nature ou à raison des circonstances, ne sont pas susceptibles d'être livrées à l'acheteur; par exemple : le poisson dans l'eau, l'oiseau dans l'air, l'animal qui s'est échappé.<sup>272</sup>

Berge a toutefois gardé certaines dispositions visant directement la population musulmane. À titre d'exemple, la disposition suivante (art. 484 D.O.C., art. 575 C.O.C.) :

Est nulle entre musulmans la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse, sauf les objets dont elle a autorisé le commerce, tels que les engrais animaux pour les besoins de l'agriculture.

Il y a également la section traitant de la vente à livrer avec avance de prix (*selem*)<sup>273</sup>, l'article 525 du C.O.C. portant sur l'institution islamique *choufa'a*, ainsi que la disposition (article 720 C.O.C. et 621 D.O.C.) précisant que :

---

<sup>272</sup> Les exemples « le poisson dans l'eau, l'oiseau dans l'air » cités expressément dans l'article viennent, selon l'indication en marge de l'article 571 de l'Avant-projet du C.O.C., d'Ibn Farhoun, de Khalil (traduction de Perron) et de Zarkani.

<sup>273</sup> Les dispositions concernant la vente *selem* ont été abrogées dans la version en vigueur du C.O.C. Elles demeurent toutefois dans le D.O.C. ainsi que du Code civil libanais qui s'est inspiré du code marocain. Sur la question, Jahel (2007, p. 104-105) se pose des questions sur la pertinence d'insérer « tout un chapitre [...] à un tel mécanisme alors que le Code des obligations et des contrats est largement ouvert à la liberté contractuelle, qu'il autorise expressément la vente des choses futures et aléatoires ainsi que le prêt à intérêt. On peut penser que les rédacteurs du Code l'ont maintenu pour laisser la possibilité aux ressortissants de religion musulmane qui répugnent à pratiquer le prêt à intérêt d'y pallier en pratiquant une *saïem* ». Jahel explique qu'en strict droit musulman, la vente *selem* sert à déjouer les règles qui interdisent la vente d'objets futurs ou aléatoires. Elle fait partie des *hiyals* (astuces) juridiques.

Lorsque les objets échangés sont de valeurs différentes, il est permis aux parties de composer la différence au moyen de soultes<sup>274</sup> en numéraire ou en autres objets, au comptant ou à terme. Cette disposition n'a pas lieu entre musulmans, lorsque les objets de l'échange sont des denrées.

Berge a toutefois jugé utile de garder les dispositions interdisant le prêt à intérêt « entre musulmans »<sup>275</sup> ainsi que l'article 140 du D.O.C. (art.150 C.O.C.) énonçant que « La mort du débiteur fait venir à échéance toutes ses obligations, même celles dont le terme n'est pas échu »<sup>276</sup>.

Sur le plan terminologique, Berge a supprimé les équivalents arabes des termes français. Par exemple, l'intitulé du C.O.C. « Du louage d'ouvrage et du louage de services (*idjara*) » est devenu dans le D.O.C. « Du Louage d'ouvrage et du Louage de Services » sans mention de l'équivalent *idjara*. Ainsi, le D.O.C. ne porte aucune référence à l'*aria*, au *kardh* ou au *kirâ* qui figurent encore dans le code tunisien. L'expurgation de la terminologie islamique semble avoir été quasi systématique chez Berge. Notons l'exemple du 2<sup>e</sup> paragraphe de l'article 447 du C.O.C. : « Est également nul et non avvenu l'acte authentique portant une réserve ou protestation secrète, dite "el-hasterâa", ou "aidâa" », devenu dans le D.O.C. (art. 422) « Est également nul et non avvenu l'acte authentique portant une réserve ou protestation secrète ». Berge a également procédé au remplacement de certains termes exotiques comme *adjemy* par *calendrier*

---

<sup>274</sup> Selon le dictionnaire du droit privé de Serge Braudo, la soulte « est la somme d'argent qui doit être payée par celui qui, à l'occasion du partage d'une indivision reçoit un lot d'une valeur plus élevée que celle à laquelle ses droits lui permettent de prétendre. Il en est de même en cas d'échange, si les choses échangées ont des valeurs différentes. », [En ligne] [<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/soulte.php>] (Consulté le 14 avril 2013).

<sup>275</sup> Cette disposition a été abrogée dans le C.O.C. Des demandes de suppression ont eu lieu au Maroc également, mais sont restées lettre morte. Sur la question (1977, p. 6) affirme « On entendit même parler d'une abrogation éventuelle de l'article qui prohibe le prêt à intérêts entre musulmans et autres innovations de ce genre contraires à la charia, motif pris de ce qu'il était difficile, voire impossible, d'appliquer dans le Maroc moderne la loi islamique en raison de son incompatibilité avec de nombreuses situations de droit et de fait ».

<sup>276</sup> Cet article a été abrogé en 1922. Le motif de cette abrogation figure en note de bas de page dans une des nombreuses versions électroniques du D.O.C. (sur le problème des nombreuses versions françaises du D.O.C., voir infra, p.14 et s.) : « Ce texte, emprunté au *Code tunisien des obligations et des contrats* dont il forme toujours l'article 150, était en fait inadapté à la finalité initiale du D.O.C. Tirée du droit musulman, cette disposition était en effet conçue, dans la Régence (c'est-à-dire en Tunisie), pour régir les obligations nées et les contrats intervenus entre les seuls Tunisiens musulmans. Il ne pouvait donc être appliqué au Maroc où le D.O.C., mis en œuvre par les juridictions dites « modernes », formait alors le droit applicable, à défaut d'une convention contraire, aux Européens ». Dans la mesure où cet article est conforme au droit musulman, a-t-on tenté de le réinsérer dans la version en langue arabe du D.O.C. vu que les motifs de son abrogation par le protectorat n'étaient plus pertinents? Le champ de compétence limité du traducteur empêcherait-il une telle entreprise?

*grégorien*<sup>277</sup>. Les autres termes énigmatiques (Charfeddine 1996, p. 436) comme *maâouna*, *khemmas*, *terres d’Afrikia* ou *terre doukhania* ont disparu du D.O.C.

Très étranges par contre sont certains ajouts dans le D.O.C., notamment celui du terme arabe *oukils* à côté du terme français « mandataires *ad litem* » (art. 389). Ce terme ne figure pas dans l’article équivalent du C.O.C. (art. 404), mais figure bien dans l’Avant-projet de Santillana. Il y a également l’ajout du terme *habous* à l’article 378 du D.O.C. alors qu’il n’existe pas à l’article 391 du C.O.C. et le remplacement du terme « juges », par *cadis*<sup>278</sup>. Il y a également l’ajout du terme *mokadam* à l’article 858 du D.O.C. (1083 du C.O.C.). Ont été également gardés des termes assez généraux et dont l’importance d’insertion dans le code marocain est discutable comme *fondouks* (auberges ou hôtels).

Par sa stratégie de désislamisation, Berge a occulté une composante importante du C.O.C., mettant ainsi l’accent sur l’aspect occidental et surtout français du D.O.C.<sup>279</sup> Cela dit, placée dans son contexte historique, cette désislamisation paraît justifiée. Le C.O.C. et le D.O.C. peuvent bien partager les mêmes sources et le même style législatif, il reste que leurs destinataires respectifs, au moment de leurs réalisations, étaient différents. En effet, le C.O.C. était destiné aux Tunisiens tandis que le D.O.C. n’était pas destiné aux Marocains, mais aux Français et aux Européens vivant sur le territoire marocain. Une telle différence a donné lieu à deux discours différents en fonction du public visé. Pour garantir le succès de son projet devant les membres français de la Commission de codifications des lois tunisiennes, Santillana a mis l’accent sur le fond commun des droits musulman et français<sup>280</sup>. À l’inverse, devant la commission de codification des lois marocaines, Berge a insisté sur la composante française

---

<sup>277</sup> Ce qui a donné « Le bail des biens ruraux commence le 13 septembre du *calendrier grégorien*, si les parties n’ont établi une autre date » (art. 701 D.O.C.) au lieu de « Le bail des biens ruraux commence le 13 septembre *adjemy*, si les parties n’ont établi une autre date » (art. 806 C.O.C.). (Nous soulignons)

<sup>278</sup> Majuscule de Berge.

<sup>279</sup> L’expurgation de Berge visait clairement les dispositions de couleur locale, mais elle n’a pas épargné certaines sources germaniques également. Berge reprochait sûrement à ces dispositions leur caractère trop casuistique ou leur tendance à *tomber* dans les détails. À titre d’exemple, a été supprimé du D.O.C. l’article 142 du C.O.C. voulant que « Par commencement du mois, il faut entendre le premier jour de chaque mois; par milieu ou moitié du mois, le quinzième jour; par fin du mois, le dernier jour du mois ». Il est à remarquer que plusieurs articles dont les sources sont uniquement germaniques ont été supprimés du D.O.C. S’agit-il d’une technique d’« épuration » du D.O.C. de ce qui n’était pas totalement français? À noter la ressemblance flagrante avec l’article 192 du BGB (traduction de La Grasserie) « Par le commencement d’un mois on entend le premier jour, par le milieu le quinzième, par la fin le dernier jour du mois ».

<sup>280</sup> Santillana s’est livré à un discours différent lorsqu’est venu le temps de défendre le projet de codification en arabe devant la sous-commission des oulémas. Cette question sera traitée au chapitre V.

ainsi que sur le caractère innovateur et porteur de civilisation du code marocain. En expurgeant le D.O.C. de ses marqueurs islamiques, Berge a limité d'office les récepteurs de celui-ci, facilitant ainsi son acceptabilité parmi les Français et les Européens du Maroc.

Comme les références directes au code civil ottoman ou aux hadiths du Prophète sont absentes du D.O.C., la place du droit musulman reste minoritaire dans la version marocaine, contrairement à son antécédent tunisien<sup>281</sup>, malgré l'affirmation contraire de certains auteurs (Sakrani 2009, par exemple). Cette place minoritaire infirme le postulat de la « croyance largement répandue » (Monéger 1984, p. 35) voulant que l'inspiration du D.O.C. soit « plus dans le Coran que dans le Digeste » (Defoye 1922, cité dans Abboud 1968, p. 48 et Kettani 2008, p. 5 et par Sakrani 2009, p. 86)<sup>282</sup> et atténue des déclarations telles que le « droit musulman est [...] pleinement présent dans ce monument législatif » (Blanc 2001, p. 164).

#### 4.1.3.2 L'adaptation du D.O.C. aux réalités de la société marocaine

L'adaptation de Berge des dispositions du C.O.C. aux « réalités marocaines » (Blanc 2001, p. 149) semble bien limitée. Cette adaptation se traduit particulièrement par la suppression de sections entières portant sur certains contrats considérés, à tort ou à raison (Azziman 1995, p. 29), spécifiques à la Tunisie. A ainsi été supprimée du D.O.C. toute référence aux contrats de l'*enzel*, du *kirdar*, du *khoulou*, de la *naçba*, du *kiradh* ou *moudaraba*, de *mouçakate* ou encore de la *mougharaça*<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> Il faut dire que la présence du droit musulman est encore plus remarquable dans l'Avant-projet de Santillana (1899). Cette version comportait 2479 dont il ne reste que 1652 dans la version promulguée en 1906.

<sup>282</sup> Il est étrange que cette affirmation unique provenant d'un avocat ait été reprise par de nombreux chercheurs sans aucune vérification préalable quant à sa justesse. Sakrani (2009, p. 86) écrit à ce sujet : « Au Maroc, le DOC était, paraît-il, plus rattaché au droit musulman. En 1922, Me Defoye (un avocat) écrivait à propos du DOC que l'inspiration été plus dans le Coran que dans le Digeste ».

<sup>283</sup> Bien qu'ignorés par le D.O.C., les contrats de *mouçakate* et de *mougharaça* sont connus au Maroc. Maroc. Secrétariat général du gouvernement. « Matrice des réponses aux commentaires du public au sujet du projet de loi relatif aux établissements de crédit et organismes assimilés publié sur le site internet du Secrétariat Général du Gouverneent », [En ligne], [[http://www.sgg.gov.ma/reponse\\_finances\\_121112.pdf](http://www.sgg.gov.ma/reponse_finances_121112.pdf)] (Consulté le 27 décembre 2012).

Pour ce qui est des dispositions qui renvoient directement à la Tunisie, Berge a supprimé le terme *Tunisie* des dispositions du D.O.C.<sup>284</sup> et l'a remplacé par le terme *Maroc*<sup>285</sup> ou par « le territoire soumis à la juridiction des tribunaux français au Maroc ». Cette dernière précision est motivée par le fait que le nord du Maroc était placé sous tutelle espagnole et soumis aux juridictions espagnoles. Il a également remplacé la devise tunisienne par la devise française. C'est ainsi que l'énoncé *cent dinars* est devenu *cent francs* (100 fr.) et que *mille dinars* est devenu *150 francs*.

Dans la mesure où Berge voulait doter le Maroc d'une machine judiciaire affranchie « de certaines difficultés qui s'opposent », en France, « à une meilleure administration de la justice » (Berge 1913, p. 2), il a supprimé certains postes (dont ceux d'officiers ministériels) et a donné plus de responsabilités aux magistrats<sup>286</sup> afin que les litiges soient « solutionnés rapidement et sûrement » (*ibid.*). C'est ainsi que le terme précis de *juge* ou de *magistrat* est venu souvent remplacer dans les dispositions du D.O.C. les termes généraux fonctionnaires ou *tribunal*.

L'occurrence du terme *juge* dans le texte marocain trahit la position de Berge sur la responsabilité qui doit être dévolue aux magistrats dans les juridictions civiles.

#### 4.2 Critique et statut de la version française du D.O.C.

Dans son ouvrage *Les codes Marocains*, publié en 1914, c'est-à-dire une année après la promulgation du D.O.C., Émile Larcher adresse des critiques virulentes à la langue de ce texte législatif dans lequel « les incorrections ne sont pas rares » et « les articles sont longs, filandreux » (Larcher 1914, p. 16). Il faudra, affirme-t-il, « renouveler toutes les critiques ou à peu près toutes que j'ai formulées jadis à l'occasion du *Code tunisien des obligations et des contrats* » (*ibid.*). Il reproche aux *rédacteurs* d'avoir produit une copie « trop fidèle » (*ibid.*, p. 17) et d'avoir repris la même terminologie confuse (nullité et rescision, annulable et

---

<sup>284</sup> À titre d'exemple, le dernier paragraphe de l'article 189 du C.O.C. énonçant que « Si l'un d'eux (codébiteur) se trouve insolvable ou absent de Tunisie, sa part se répartit par contribution entre tous les autres débiteurs présents et solvables, sauf leur recours contre celui pour qui ils ont payé; le tout, à moins de stipulation contraire » est devenu à l'article 179 du D.O.C. « Si l'un d'eux se trouve insolvable ou absent, sa part se répartit par contribution entre tous les autres débiteurs présents et solvables sauf leur recours contre celui pour qui ils ont payé : le tout, à moins de stipulation contraire. »

<sup>285</sup> À l'article 450 du C.O.C., le segment « soit en Tunisie, soit à l'étranger » est devenu à l'article 425 du D.O.C. « soit au Maroc, soit à l'étranger »

<sup>286</sup> À ce sujet Berge affirme dans sa préface à l'ouvrage *La procédure civile au Maroc, commentaire pratique* de Maurice Gentil (1916, p. v) : « le magistrat y prend (au Maroc) un rôle actif pour la mise en état des affaires, laquelle s'effectue, sous sa direction, et sous sa surveillance, par un corps de secrétaire-greffier et de commis de secrétariat ».

rescindable) et erronée (contrat au lieu de convention, obligation au lieu de convention et dommages au lieu de dommages-intérêts) et les mêmes archaïsmes. Il relève, dans la « réplique marocaine » (*ibid.*), les mêmes fautes de français déjà signalées dans le C.O.C. ainsi que le même emploi de l'imparfait du subjonctif. Larcher donne un exemple de cet emploi en citant l'article 765 du D.O.C. « [...] Il répond, en cas d'omission, de tout le préjudice résultant de ces vices et défauts, à moins qu'ils *fussent* de telle nature qu'un ouvrier tel que lui ne *pût* les connaître. »<sup>287</sup> (Nous soulignons)

Il est étonnant de constater qu'aujourd'hui encore, la version française du D.O.C. comporte les écueils susmentionnés. Aucune volonté de révision ne semble avoir été entreprise depuis 1913 à aujourd'hui, contrairement à la version tunisienne française du code quelque peu modifiée dans le sillage de la réforme dont a fait l'objet la version arabe. En effet, cette version a subi une révision en 2005 en vue « d'en améliorer la terminologie et la structure et d'en éliminer les termes impropres liés à des modes politiques et sociaux ne s'accommodant plus avec la réalité. Il a été également procédé à l'abrogation de toutes les dispositions discriminatoires incompatibles avec les principes désormais consacrés dans le droit tunisien depuis 1987 notamment le principe de l'égalité entre l'homme et la femme et le respect de la dignité individuelle<sup>288</sup> ». Le travail des réviseurs, juristes uniquement, a consisté à « éliminer les expressions dialectales, intruses ou portant atteinte à la souveraineté nationale ». Bien que la version française du C.O.C. ne constitue qu'une « simple traduction à valeur informative », des modifications ont été apportées aux segments français lors de la réforme tunisienne en 2005 (Charfeddine 2006, p. 697). Charfeddine affirme que « la rédaction en langue française du code n'étant plus directement concernée n'a été révisée que dans la limite qu'imposait la nécessité de publier la traduction des dispositions modifiées en langue arabe, langue officielle, par la loi de 2005 » (*ibid.*). En ce qui concerne le C.O.C., notons le paradoxe voulant que la version française ne constitue plus qu'une « simple traduction » puisque l'on sait que la « langue rédactionnelle originelle » (Charfeddine 2006, p. 689) est le français.

---

<sup>287</sup> Notons que la version du C.O.C. en vigueur (art. 872) a été modifiée pour remédier à cet écueil : « [...] Il répond, en cas d'omission, de tout le préjudice résultant de ces vices et défauts, à moins qu'ils *soient* de telle nature qu'un ouvrier tel que lui ne *put* les connaître » (nous soulignons). Tel n'a pas été le cas de la version en vigueur du D.O.C.

<sup>288</sup> Préface de la loi n° 2005-87 du 15 août 2005.

Le statut de la version française dans l'espace juridique marocain est ambigu. De fait, la version française est encore bien vivante dans cet espace. À preuve, la multitude de versions et d'éditions bilingues dont elle a longtemps fait l'objet. Fait intéressant, il existe plusieurs versions françaises du D.O.C. en circulation sur le Web ou en format papier<sup>289</sup>. Dans la plupart de ces sources, les expressions telles que « protectorat français du Maroc » (art. 460)<sup>290</sup> ou « le territoire soumis à la juridiction des tribunaux français au Maroc » (art. 1136)<sup>291</sup> sont encore présentes. Un article du quotidien marocain, l'Économiste, publié en langue française, en date du 23 novembre 2012 laisse entendre que « Seule la version française du *Dahir des obligations et des contrats* (D.O.C.) est officielle ». Il s'agit notamment de la première édition (notre corpus) en langue française de 1913. Cette version française demeure toutefois peu connue et consultée même si elle constitue « La » source officielle, « une ignorance institutionnalisée en somme, y compris chez les praticiens du droit! »<sup>292</sup> (Faquih, 2012). Ce statut lui est conféré directement par sa publication dans le Bulletin officiel. Quelle est alors la place de la version française dans l'espace juridique marocain? Serait-on devant un cas d'« égale autorité », comme c'est le cas par exemple au Canada? Il semble que ce n'est pas le cas au Maroc où des motivations idéologiques jumelées à un parti pris politique empêchent de considérer une telle possibilité. En attendant, un rapport d'intertextualité manifeste entre les deux existe encore. De nombreux renvois au texte français témoignent de ce rapport, notamment des expressions comme « le texte français contient tel terme » ou « le texte arabe utilise telle expression au lieu de telle expression

---

<sup>289</sup> Nous avons consulté plusieurs versions électroniques ainsi que quelques versions en format papier, dont une édition synoptique franco-arabe, éditée par François-Paul Blanc et Rabha Zeidguy en 1987. Cette version semble être la plus consultée par les juristes marocains et est même citée dans des versions électroniques du D.O.C.

<sup>290</sup> L'énoncé de l'article est le suivant : « Les règles relatives au serment sont établies par *notre dahir sur la procédure civile devant les juridictions françaises établies dans le Protectorat français du Maroc* » (nous soulignons). Une note de bas de page accompagne toutefois cet article, dont voici les termes « Partie à remplacer (modification implicite) par : le code de procédure civile approuvé par le Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974). Les articles 379 à 386 du DPC de 1913 sur lesquels l'article 460 est en référence sont, en effet, devenus les articles 85 à 88 du code de procédure civile de 1974 ».

<sup>291</sup> Dans l'édition synoptique franco-arabe du D.O.C. L'article 1136 énonce : « La caution a le droit d'exiger que le créancier discute au préalable le débiteur principal dans ses biens, meubles et immeubles, en lui indiquant ceux qui sont susceptibles d'exécution, pourvu qu'ils soient situés dans le territoire soumis à la juridiction des tribunaux français au Maroc ». Une note de bas de page énonce qu'il faut comprendre « à l'intérieur du Royaume » au lieu de « dans le territoire soumis à la juridiction des tribunaux français au Maroc » et ajoute « Modification implicite par le D. 26 janvier 1965-22 ramadan 1384 ».

<sup>292</sup> Il s'agit là d'une déclaration du Secrétaire général du gouvernement, Driss Dahak. Plusieurs articles de ce journal laissent entendre que la version française publiée en 1913 demeure, de fait, la version officielle du D.O.C.

figurant dans la *traduction* française » (nous soulignons), dans une absence de volonté consciente ou inconsciente d'officialiser le statut de *texte traduit* à la version arabe<sup>293</sup>.

#### 4.2.1 Le D.O.C. de 1913 à 1956

La volonté de conciliation des droits civils européens et du droit musulman de manière à ce que « ni les étrangers ni les indigènes ne soient exposés à y rencontrer rien qui soit incompatible avec leurs mœurs et leurs habitudes respectives » (Berge 1914, p. 190) ne semble pas avoir remporté le succès auquel on destinait une œuvre qu'on voulait inédite. En effet, le code a été rejeté, durant les premières années du protectorat, aussi bien par les Marocains que par les colons.

Chez les Marocains, l'élaboration d'un code civil pour le Maroc sous protectorat ne semble pas avoir soulevé de grandes passions. Le code a toujours été considéré comme « étranger » (Khamlichi 1984, p. 9). Comme nous l'avons déjà mentionné au troisième chapitre, le D.O.C. n'était pas destiné aux Marocains et n'était appliqué que devant les tribunaux français. Les Marocains étaient régis par le droit musulman et ne relevaient de la compétence des tribunaux *modernes* que lorsqu'ils étaient parties à un litige mixte, c'est-à-dire un litige dont « l'une des parties était étrangère, ou dans certaines matières relevant de la compétence exclusive » de ces juridictions (Azziman 1995, p. 36).

De la part des Français, qui fuyaient un régime « sclérosant » et « oppressif » (Monéger 1984, p. 36) ne leur permettant pas de s'épanouir dans leur pays (*ibid.*), le D.O.C. a été longtemps considéré comme une copie pure et simple du Code Napoléon. Les juges français ignoraient délibérément le D.O.C. qui « leur paraît étrange dans de nombreux cas » (Monéger 1984, p. 37) en faveur du code français, allant même jusqu'à la validation de dispositions contraires à ce texte législatif (*ibid.*, p. 38). Faisant appel à l'interprétation, les juges alignaient les dispositions du D.O.C. sur celles du Code civil français, transposant ainsi dans l'espace juridique marocain des mécanismes juridiques français et évinçant ainsi les dispositions à caractère islamique du

---

<sup>293</sup> Notons que le portail juridique du ministère de la Justice marocain ne contient plus, en 2012, de version française du D.O.C.

code marocain<sup>294</sup>. (Blanc 2001, p. 164). Les juges feignaient de ne pas savoir lire celui-ci (Azziman 1981, p. 190) ou y introduisaient des normes ignorées par son rédacteur (Monéger 1984, p. 38). Les justiciables pouvaient invoquer le *Dahir sur la condition civile des étrangers*<sup>295</sup> (D.C.C.) pour échapper à l'application d'un code islamique, jugé inutile (Decroux 1952, p. 94; cité par Blanc 2001, p. 150).

À partir des années 1930, l'attrait du droit d'origine s'est estompé au profit d'une application plus étendue du D.O.C. (Monéger 1984, p. 41). Toute dérogation aux dispositions du D.O.C. est désormais jugée arbitraire (*ibid.*, p. 43) et plusieurs arrêts de la Cour de cassation française ont infirmé des décisions contraires au D.O.C. (*ibid.*). De plus, des dahirs adoptés en 1951 et 1956 prévoient expressément l'application du D.O.C., quelle que soit la nationalité des parties (*ibid.*, p. 44). Le D.O.C. fait l'objet de cours dans les universités, de publications annotées et les décisions qu'il inspire sont publiées dans les recueils de la cour d'appel de Rabat et « même dans les grandes revues françaises » (Monéger 1984, p. 45). Il semble que la prolifération des publications et des éditions annotées sur ce texte législatif a facilité son acceptation au sein de la population européenne au Maroc.

#### 4.2.2 Un code uniquement en français : un cas de non-translation

Nous ne disposons pas d'information sur une quelconque tentative de traduire le D.O.C. en arabe pendant le protectorat. Quoi qu'il en soit, une version unique en langue française a, pendant plus d'un demi-siècle, dominé l'espace juridique marocain. Si l'on prend en considération le fait que le D.O.C. constituait un *grand texte* (au moins dans la perspective coloniale), un de ceux destinés à régir la vie des populations, à civiliser les « indigènes » (Lyautey 1912)<sup>296</sup>, et à

---

<sup>294</sup> C'est ainsi que les juges français vont mettre en œuvre le principe français de non-restitution des obligations réciproques en cas d'annulation du contrat pour illicéité ou immoralité, ce qui entre en contradiction de l'article 72 du D.O.C. permettant clairement la répétition de « ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (Monéger 1984, p. 38). C'est également le cas des juges français « chaussant leurs lunettes métropolitaines » (*ibid.*, p. 39) et ignorant délibérément les dispositions du D.O.C. voulant que le point de départ du délai de trente pour introduire l'action rédhibitoire commence à partir du jour de livraison, ont fixé ce délai à partir du jour de la découverte du vice, comme c'est le cas en France (*ibid.*). Dans le même ordre d'idée, « le législateur du Protectorat » (Khamlichi 1984, p. 9) apportait au D.O.C. les mêmes modifications que celles apportées en France au Code civil français. La jurisprudence de l'époque établissait un lien entre les dispositions du D.O.C. et celle du Code civil français et des décisions de la Cour de cassation (Khamlichi 1984, p. 9).

<sup>295</sup> Notamment l'article 13 de ce dahir dont le premier alinéa énonce que « Les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer ».

<sup>296</sup> Circulaire adressée aux commandants de région et aux consuls, publiée au Bulletin officiel du 23 novembre 1912, n° 4, p. 22.

« associer les deux races (c'est-à-dire européenne et arabo-berbères) dans une même œuvre de civilisation et de progrès » (*ibid.*) ainsi que le fait qu'il contenait plusieurs dispositions visant directement la population musulmane, l'inexistence d'une traduction dans la langue parlée par ceux-ci semble étonnante<sup>297</sup>. Dans le contexte marocain, la traduction vers l'arabe aurait été, de la même manière qu'une codification, un mode de transfert juridique qui aurait contribué à élargir le champ des récepteurs auquel le code était destiné. D'autant plus qu'une version arabe existait déjà en 1913, soit la traduction du français vers l'arabe du C.O.C. Il aurait suffi d'adapter cette version aux besoins du Maroc de la même manière qu'on avait adapté la version française « aux réalités marocaines ».

La non-traduction dans ces conditions était-elle déterminée par les mœurs politiques du moment, en l'occurrence une absence d'intérêt des détenteurs du pouvoir dans la production d'une version arabe? Ou était-elle déterminée simplement par des raisons techniques, notamment l'absence d'arabisants suffisamment versés dans le droit civil pour pouvoir adapter la version tunisienne au Maroc? Des sources semblent indiquer que Berge avait une certaine connaissance de l'arabe. Selon ses propres dires (1914, p. 190), Berge a accompagné Santillana lors de la rencontre durant laquelle celui-ci devait présenter la traduction vers l'arabe du C.O.C. aux oulémas. En parlant de Berge, à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 16 octobre 1924, Adolphe Wattine, avocat général de cette cour, a affirmé qu'« en arrivant au Kef (Algérie), le premier soin du débutant juge de paix avait été d'apprendre l'arabe ». Il est très probable que Berge ait appris l'arabe en sa qualité de juge et par le fait même qu'il a vécu dans trois États du Maghreb, notamment l'Algérie, la Tunisie et le Maroc. Mais a-t-il tenté d'apprendre l'arabe classique ou le dialectal? Le fait même que malgré cette connaissance de l'arabe, c'est Santillana qui fut chargé de la rédaction et de l'explication de la version arabe aux oulémas malgré la présence de Berge lui-même nous pousse à déduire que Berge a probablement appris les rudiments de la langue parlée algérienne, assez différente de la langue arabe classique ou que ses connaissances de la langue arabe n'étaient pas suffisantes

---

<sup>297</sup> Il va de soi qu'un code traduit dans la langue de la population locale aurait facilité l'acceptation du droit reçu. Napoléon était conscient de l'importance du facteur linguistique. Avant d'imposer ses codes, il en faisait une traduction dans la langue du pays annexé (Papachristos 1975, p. 69).

pour mener à bien la tâche d'explication d'un texte législatif auprès des oulémas et ultérieurement de produire une traduction du D.O.C.

Le concept de non-traduction<sup>298</sup> souffre généralement de deux écueils, soit un manque de définition claire et une approche uniquement linguistique qui situe la décision du non-traduire au niveau du mot ou du segment. Pour Vinay et Darbelnet, la non-traduction constitue un procédé de traduction comme l'emprunt ou le calque. Lambert (1988, p. 81), plaçant la non-traduction en rapport avec la traduction et situant celle-ci dans un contexte de communication internationale, y voit un cas d'omission et affirme que la décision de « ne pas traduire » est souvent prise par l'une des parties, à l'écrit ou à l'oral. Chesterman (2008, p. 18) se demande si on peut qualifier une mauvaise traduction de non-traduction et finit par réduire celle-ci à une omission en affirmant « A text as a whole, then, can be judged a translation even though it contains instances of non-translation » (2008, p. 20). L'approche comparatiste va dans le même sens : la non-traduction équivaut à l'emprunt, c'est-à-dire à ce qui n'a pas été traduit (Sacco 1991, p. 31; Richard 2007, p. 79) et qui se matérialise par le recours à des termes ou des expressions étrangères.

La contribution la plus importante sur le concept de non-traduction est probablement celle de João Ferreira Duarte « The Politics of Non-Translation: a Case Study in Anglo-Portuguese Relations », publiée en 2000. Dans cet article, l'auteur présente une « typology of non-translation categories » (Duarte 2000, p. 96), soit l'omission, la répétition (emprunt), la proximité linguistique (language closeness), le bilinguisme, la distance culturelle, la censure institutionnelle et l'embargo idéologique. Parce qu'elle place la non-traduction au-delà du mot ou du segment, la dernière catégorie est la plus intéressante en ce qui concerne notre travail. Duarte considère que certains facteurs politiques ou idéologiques peuvent expliquer l'absence de toute traduction d'un auteur donné (Shakespeare dans son cas) pendant une période de temps. Seule une recherche du contexte historique permettrait de relever les facteurs de non-traduction. Pour Duarte, la non-traduction est une absence de traduction (Duarte 2000, p. 106). Il affirme

---

<sup>298</sup> Sans traiter davantage de cette notion, Valérie Dullion (2000) semble voir en la non-traduction une sorte de politique coloniale. Elle affirme à ce propos : « Il y a, bien évidemment, une certaine corrélation entre texte traduit et rapports politiques. On peut d'ailleurs faire remarquer que la non-traduction correspondrait à un rapport de type colonial ».

que « not only translated texts are constrained by recipient agendas ideological or other; domestication may result in a highly symptomatic absence of texts » (*ibid.*, p. 111).

Dans la présente section, le concept de non-traduction est non seulement une absence de traduction qui dépasse le mot ou le segment et se situe au plan global du texte, mais également une volonté de ne pas traduire, c'est-à-dire un acte intentionnel, une omission de faire motivée par des raisons idéologiques, politiques et économiques<sup>299</sup>. En effet, dans la mesure où l'objectif premier du Protectorat était de créer un espace juridique stable aux Français et aux Européens du Maroc, la volonté de ne pas traduire pourrait être motivée par son désir de ne pas perdre du temps à vouloir assimiler juridiquement les Marocains et de mettre l'accent sur les gains économiques qu'il peut tirer du pays sous protectorat. La non-traduction pouvait également reposer sur une vision réductrice d'essence coloniale de la langue arabe voulant que celle-ci soit archaïque et rigide. Elle ne pouvait dans ce cas accueillir un langage supérieur comme celui du droit civil.

Comme acte intentionnel, la non-traduction produit des effets. La pensée de Cees Koster à ce stade est intéressante. Dans son article « Non-Translation as an Event. The Reception in the Netherlands of John Dos Passos in the 1930s », publié en 2010, Koster affirme que la traduction constituerait un événement « if it can be shown to have had a certain impact on the target culture » (2010, p. 29). Par analogie, une non-traduction peut être considérée comme un événement « if one would broaden the concept of impact to include cultural significance » (*ibid.*, p. 30). Koster affirme que dans une culture réceptrice « the absence of translation may be construed as a meaningful event or action in the target culture » (*ibid.*). La transposition de ces idées à une situation de transfert juridique fait de la non-traduction, un événement « as significant a factor as translation » (*ibid.*, p. 44) susceptible de produire des effets assez considérables dans la société réceptrice du droit importé. En effet, la non-traduction du D.O.C. a consacré le découpage de l'espace juridique marocain en deux sphères distinctes, bien réelles même de nos jours, à savoir, un *droit moderne* et un *droit traditionnel*. Le monolinguisme français instauré par la politique de non-traduction adoptée au Maroc a créé des enclaves linguistiques (méconnaissance par les francophones du texte et du contenu en arabe et

---

<sup>299</sup> Cette question est déjà traitée dans le chapitre III, première partie.

méconnaissance des arabisants du texte et du contenu en français). Ces enclaves ont constitué un frein à la politique d'arabisation menée par le gouvernement marocain pendant les années 1960. De plus, l'inexistence d'une version arabe a exclu les Marocains de l'évolution d'un code dont ils allaient hériter plus tard sans en avoir suivi ni la naissance ni les développements. Sur le plan linguistique, l'existence d'une version arabe aurait peut-être donné lieu à une politique de bilinguisme<sup>300</sup> qui aurait mené à l'établissement de lexiques bilingues, créant ainsi un vocabulaire civiliste en arabe dès les premières années du protectorat. Une traduction du D.O.C. dès son adaptation marocaine en 1913 aurait probablement évité bien des casse-têtes au lendemain de l'indépendance aux traducteurs du D.O.C. et aurait également enclenché une réflexion linguistique des textes français et arabe, empêchant ainsi les questions, qui se posent aujourd'hui encore, sur la qualité de la langue et de la rédaction de ce texte législatif aussi bien dans sa version française que dans sa version arabe. Enfin, la traduction du D.O.C. aurait permis à la version arabe de mener une vie indépendante enrichie par une interprétation autonome et une jurisprudence réellement marocaine<sup>301</sup>.

#### **4.3 Le contexte historique de la prétraduction du *Dahir des obligations et des contrats* : l'indépendance (1956)**

Dès le début du protectorat français sur le sol marocain, des appels à la résistance armée sont proclamés de part et d'autre du pays. Plusieurs confrontations armées ont lieu entre la résistance marocaine et les forces françaises. Pour pacifier le pays, le protectorat a dû s'allier à l'Espagne, son principal concurrent sur le territoire marocain afin de vaincre la résistance. Vers 1934, le protectorat annonce sa victoire sur la résistance armée marocaine (Benzakour 2000, p. 30-31) et la pacification (de Peretti 2007, p. 176) du Maroc.

Parallèlement à la lutte armée, le Maroc a connu une résistance politique (Benzakour 2000, p. 31), menée par des intellectuels marocains provenant aussi bien des milieux traditionnels

---

<sup>300</sup> Dans sa présentation à l'édition synoptique franco-marocaine du D.O.C., Blanc met l'accent sur l'importance du bilinguisme. Selon ce juriste, le bilinguisme est un patrimoine de l'enseignement juridique dont il importe de préserver la richesse (Blanc 1987, p. 5). Le bilinguisme dont il s'agit ici concerne uniquement la période après protectorat et tend généralement à protéger l'existence de la langue française au Maroc.

<sup>301</sup> Bien que les auteurs (Blanc, Deprez, Monéger) explorant la réception du D.O.C. en territoire marocain ont pour habitude de traiter de « législateur marocain » ou de « juge marocain », ce n'est qu'à partir de 1966, à quelques exceptions près, que la jurisprudence est devenue réellement marocaine c'est-à-dire produite par des juges de nationalité marocaine.

(l'université Quaraouiyine) que des milieux modernes (écoles françaises). La lutte politique s'est organisée de manière à agir sur « l'opinion publique française et marocaine » (Benzakour 2000, p. 32). L'année 1934 voit naître le premier parti politique marocain (Comité d'action marocaine) qui présente la même année un plan de réformes (de Peretti 2007, p. 186) au Sultan et aux autorités du protectorat. Le plan revendique « l'application stricte du traité du protectorat et la suppression de toute administration directe » (Benzakour 2000, p. 32), l'intégration effective de « l'élément marocain dans tous les Conseils administratifs » ainsi que le respect de la liberté d'expression et de l'indépendance de la justice (de Peretti 2007, p. 188). Les revendications du parti sont accueillies avec froideur en France. En 1944, le parti de l'indépendance (*Hisb al-Istiqlal*) un des plus importants partis politiques marocains voit le jour. Le nouveau parti crée deux revues, soit *L'Action populaire*, publiée en langue française et *al-Atlas* en arabe. La même année, ce parti présente un manifeste au sultan, au représentant du protectorat ainsi qu'aux représentants des pays alliés (de Peretti 2007, p. 217). Le manifeste revendique « l'indépendance du Maroc dans son intégrité territoriale » (Benzakour 2000, p. 32) et met fin à toute possibilité d'association ou d'alliance entre le Maroc et la France (de Peretti 2007, p. 219). Les termes du manifeste sont jugés « durs » (*ibid.*) par le Protectorat, quelques arrestations parmi les signataires ont suivi. Certains, dont Allal El-Fassi, sont même forcés à l'exil. Ces mesures draconiennes ont donné lieu à des manifestations énormes dans le pays.

À partir de 1947, le sultan Mohammed V commence à refuser les propositions de réformes qui empiètent sur ses prérogatives de souverain (Benzakour 2000, p. 32). Il enclenche la grève du sceau, empêchant ainsi la promulgation des dahirs qui lui sont présentés par les autorités du protectorat. Craignant le combat mené par le sultan et constatant le grand effet de ses décisions sur la population, le protectorat fait appel au pacha de Marrakech, Thami El-Glaoui. Ce dernier présente une pétition, en compagnie de quelques caïds réclamant la déchéance du sultan que l'on accuse de suivre « une voie contraire aux principes religieux par son appartenance aux partis extrémistes<sup>302</sup> non reconnus dont il fait répondre les doctrines dans le pays » (Alaoui 2007, p. 218). Le 20 août 1953, les autorités du protectorat déposent officiellement le

---

<sup>302</sup> Il s'agit du parti de l'Istiqlal et du parti communiste marocain.

sultan qui refuse toute abdication. Dans la même journée, le sultan et le prince héritier partent pour un exil forcé qui dure plus de deux ans. Entre-temps, Ben Arafa, un parent éloigné (Alaoui 2007, p. 250) du sultan, est proclamé « imam de l'islam au Maroc » (Alaoui 2007, p. 235). L'exil du sultan et la proclamation de Ben Arafa ont porté un coup fatal au protectorat.

En réaction au détronement du sultan, la résistance se radicalise. Des soulèvements populaires éclatent dans tout le pays. L'exil forcé auquel le protectorat a soumis le sultan a donné naissance à des actions sur la scène intérieure et à des incidents diplomatiques sur la scène extérieure. De plus, des perturbations se profilent en Algérie, pays frontalier du Maroc. Le 16 novembre 1955, le sultan effectue un retour glorieux au pays. La même année, une France dépassée par les événements renonce à son protectorat au Maroc. Le 2 mars 1956, l'indépendance est officiellement proclamée.

#### **4.3.1 De la proclamation de l'indépendance (1956) à la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice* (1965) : maintien du D.O.C.**

Une des premières mesures prises par le Maroc indépendant a été de « consolider les assises de l'administration de la justice qui constitue l'une des principales manifestations de la *souveraineté nationale*<sup>303</sup> » (Essaid 2010, p. 344). Ce faisant, les juridictions marocaines devaient désormais rendre la justice en utilisant la formule « au nom de Sa Majesté le Roi » (*ibid.*). L'année de 1956 a connu la création de juridictions de droit commun, de qadis et de tribunaux rabbiniques. Les tribunaux de droit commun se composaient de tribunaux de juges délégués, de tribunaux régionaux et d'un haut tribunal chérifien. Cette dernière juridiction a été supprimée en 1957 et les chambres d'appel qui la composaient ont été transférées à la Cour d'Appel de Rabat (Abboud 1988, p. 14). Les tribunaux des qadis se composaient de tribunaux de première instance, de chambres régionales d'appel et d'un haut tribunal de cassation. En 1957, la Cour suprême a été mise en place afin de mettre fin aux recours devant la Cour de cassation française. Il y a eu également abolition des conseils de prud'hommes par la création de tribunaux de travail. Quelques anciennes « juridictions françaises » (Essaid 2010, p. 345), dont la Cour d'appel et les tribunaux de première instance étaient maintenus, mais

---

<sup>303</sup> Italique de l'auteur.

changèrent de dénomination puisque l'on ne parlera plus que de « tribunaux modernes créés par le dahir de 1913 »<sup>304</sup> (*ibid.*).

Durant le remaniement judiciaire qui a duré neuf ans, le D.O.C. a été maintenu malgré quelques tentatives de législation menées par le ministère de la Justice, qualifiées de « demi-mesures » et de « réformes fragmentaires » (Essaid 2010, p. 343). Il paraît étrange que ce texte législatif ait pu continuer à recevoir application après la fin du protectorat, au lieu d'être aboli, comme l'auraient voulu les partisans d'une islamisation juridique au lendemain de l'indépendance<sup>305</sup>, et remplacé par une législation plus « conforme à l'esprit du droit marocain et à son contenu doctrinal et jurisprudentiel » (El-Fassi 1977, p. 5). Ce n'est pas pourtant par manque de volonté que le texte n'a pas été abrogé. En effet, des études ont été enclenchées pour élaborer un droit inspiré du droit musulman à la manière d'autres pays arabes<sup>306</sup>. L'idée sous-jacente des partisans d'une abolition pure et simple des codes hérités du protectorat est que ces textes législatifs visaient au départ, de séparer les musulmans du droit musulman. Par conséquent, il était aberrant que « la législation qu'avaient édictée les Français à des fins colonialistes continue à régir toute l'activité musulmane du pays » (El-Fassi 1977, p. 5).

La légitimation du D.O.C. après l'indépendance en tant que droit commun appliqué devant les juridictions du pays a suscité pendant plusieurs décennies des débats qui ne semblent pas s'atténuer avec le temps. Au lendemain de l'indépendance, l'idée qu'il s'agit d'un code *imposé* au Sultan du Maroc à une époque durant laquelle le pays connaissait des difficultés sur le plan

---

<sup>304</sup> Sur la qualification « modernes » accolée aux tribunaux Monéger (1984, p. 47) écrit : « Il est à cet égard très éclairant d'observer qu'à l'indépendance, les tribunaux français seront qualifiés par le législateur marocain de tribunaux modernes. La modernité était ainsi affichée officiellement et entraînait, a contrario, une qualification péjorative de la juridiction traditionnelle ». Il est à noter que l'expression *tribunaux modernes* utilisée pour désigner les tribunaux instaurés par le protectorat est encore d'usage dans les universités marocaines, dans les manuels de droit (Essaid, entre autres) et chez la doctrine marocaine.

<sup>305</sup> El-Fassi (1977, p. 5) écrit à ce sujet « aucun des premiers militants ne pensant que la législation qu'avaient édictée les Français à des fins colonialistes continuerait à régir toute l'activité musulmane du pays ».

<sup>306</sup> Le roi Mohammed V avait donné des instructions pour la constitution d'une commission chargée de codifier le droit musulman en attendant d'en faire la législation officielle du pays. Il faisait observer à cet égard, durant la rencontre avec la commission chargée d'élaborer le projet du Code de droit musulman, que « notre pays dispose, dans le cadre des études islamiques, d'un patrimoine tellement prospère que nous n'avons nul besoin d'emprunter des lois posées pour d'autres pays » et par conséquent « notre devoir consiste à revenir à notre patrimoine authentique, à réaliser son renouveau, dans le cadre d'un mouvement de codification » (Essaid 2010, p. 109). Cette décision a même fait l'objet d'un dahir, soit le dahir n° 1-57-190 du 22 moharrem 1377 (19 août 1957) relatif à la création au sein du ministère de la Justice d'une commission, composée de dix membres, chargée d'élaborer un code de droit musulman. Selon El-Fassi (1977, p. 5), le mandat de cette commission était loin de s'en tenir au statut personnel puisque « ladite commission, après avoir terminé ce chapitre, avait abordé celui des biens. » Pour des raisons inconnues, la codification « des autres parties du droit musulman » (*ibid.*) a été arrêtée.

institutionnel et financier (Hassen 2006, p. 503) était invoquée par des juges marocains qui bien qu'appliquant le D.O.C., donnaient « l'impression qu'ils étaient contrariés à le faire » (Hassen 2006, p. 503). Notons que la perspective sur la légitimité de l'application du D.O.C. sur le territoire marocain est différente selon qu'il s'agit de juristes français ou marocains. Louée du côté des auteurs français (Blanc 2001, Monéger 1984) qui voient dans la consécration du D.O.C. durant les premiers temps de l'indépendance, un acte de bon sens, « un choix rationnel » et « doctrinalement raisonnable » (Monéger 1984, p. 55) qui devrait mener le pays vers la modernisation. On affirme même qu'« en adoptant une démarche qui semble faire prévaloir l'apport exogène sur le corpus juridique endogène », le Maroc s'est comporté « comme le prophète Muhammad le recommande aux croyants. Garder ce qui est reçu d'ailleurs pour le mettre au service de la Communauté » (Monéger 2004, p. 184)<sup>307</sup>. Cette consécration ne fait pas l'unanimité chez les auteurs marocains. Azziman par exemple y voit la consécration d'une dépendance à l'égard de l'étranger (1980, p. 183; 1984, p.72-74). Bien que trouvant louable la volonté du gouvernement marocain de ne pas perturber la machine judiciaire par un changement drastique, il se demande s'il était possible, « par un trait de plume, de provoquer l'éviction d'un droit, peut-être archaïque, mais profondément ancré à la réalité sociale et son remplacement par un droit, peut être moderne, mais sans racines dans les profondeurs sociales » (1984, p. 69). De nombreux autres auteurs semblent aller dans ce sens (Khamlichi 1984, entre autres) et opposent un certain scepticisme à l'affirmation voulant que le D.O.C. soit enraciné dans l'espace juridique marocain.

Au-delà de ces considérations de légitimité liées à la nature de la réception du D.O.C. dans l'espace juridique marocain, on peut dire que, sur le plan pratique, la préservation du D.O.C. répondait, en partie, aux nouvelles nécessités économiques et commerciales mises en place après quatre décennies de protectorat, auxquelles le droit local ne pouvait pas répondre. De plus, la machine judiciaire, dont la langue de travail était le français, dépendait lourdement de l'expertise française, ce qui a largement favorisé le *statu quo* juridique. Dans l'absence de personnel marocain qualifié, les postes de juges et d'auxiliaire de la justice français ont été

---

<sup>307</sup> Selon les règles du *fiqh*, la référence au Prophète n'est pas chose facile. Il faut indiquer le hadith, ses sources et ses références selon une lignée reconnue de rapporteurs. Il nous a été impossible de vérifier la véracité de ce *hadith*.

maintenus (Blanc 2001, p. 165) en attendant la formation de juristes marocains compétents<sup>308</sup>. Une convention judiciaire franco-marocaine d'assistance technique en date du 5 octobre 1957 (Sauvel 1965, p. 97), faisait de l'arabe la langue judiciaire, mais permettait, tant que des magistrats français siégeaient devant les juridictions marocaines, que les jugements soient rédigés dans les deux langues (Monéger 1984, p. 49). Tel n'a pas été le cas et tout porte à croire que la machine judiciaire avait continué à fonctionner uniquement en français. De fait, dix ans après l'indépendance, des magistrats français rendaient encore justice en français, quoique cette fois-ci, au nom du roi du Maroc (Sauvel 1965, p. 89-90), dans les juridictions du pays. À partir du 1<sup>er</sup> janvier 1966, nul ne pouvait exercer la fonction de magistrat s'il n'était pas de nationalité marocaine. L'arabisation de la justice, tant espérée depuis la proclamation de l'indépendance en 1956, n'a réellement eu lieu qu'après l'adoption de la *Loi de l'unification, marocanisation et d'arabisation de la justice* en 1965.

#### **4.3.2 Pour ou contre l'arabisation? Le double discours de l'élite marocaine**

Dès le début de l'indépendance, « une volonté d'arabisation s'est manifestée et a été officiellement affirmée, dans le sens de la revendication d'une décolonisation culturelle » (Grandguillaume 1983, p. 30), que seul le retour vers la « langue légitime » (Bourdieu 2001, p. 104), c'est-à-dire celle des ancêtres, pouvait permettre. Revendication sociologiquement légitime après une expérience coloniale, l'arabisation a fait l'objet de deux discours antagonistes. L'un provenait des « traditionalistes » et l'autre des « modernistes » (Messaoudi 1995, p. 148).

Pour les traditionalistes, il fallait abroger la législation héritée du protectorat et procéder à son remplacement par une législation reflétant les impératifs du droit musulman. Bien entendu, la

---

<sup>308</sup> Les efforts de marocanisation entrepris dès l'indépendance ont été difficiles. Le remplacement des avocats et des juges, relevés de leur fonction dès la proclamation de l'indépendance, a été fait à la hâte « alors qu'on savait que le jeune centre de formation des magistrats n'était pas en mesure de préparer dans un délai aussi court l'arabisation adéquate des magistrats marocains en fonction de la formation même accélérée de nouveaux juges » (Benjelloun 1964, p. 77-78, cité dans Monéger 1984, p. 50, note 133). Pour pallier la pénurie de juristes qualifiés, un institut de formations de juristes fut créé à Rabat en 1960. Cet institut, qui devait au départ dispenser des cours uniquement en arabe, instaura une section en langue française dont le but était de parfaire la connaissance en français de la langue juridique. Car une difficulté particulière se posait. Tout juge ou avocat devait connaître le français afin d'être en mesure de consulter la jurisprudence antérieure, disponible uniquement en langue française. Le problème linguistique se posait tellement que des interprètes judiciaires ont été promus juges uniquement grâce à leur connaissance des deux langues en cause, l'arabe et le français (Sauvel 1965).

nouvelle législation devait puiser dans la « tradition juridique islamique » (Azziman 1993, p. 8) et s'exprimer en arabe, langue du Coran. Ce discours provenait d'une élite formée à l'Université de Qaraouiyyine ou de lauréats de l'enseignement public arabisé (Benzakour 2000, p. 60), pour qui le maintien du français constituait un facteur de dénationalisation (*ibid.*), une forme de guerre idéologique contre les Marocains pour continuer l'œuvre du colonisateur (El-Fassi 1977) corroborée par un déni, de la part d'une certaine couche de la population, de sa culture, son patrimoine et sa religion du fait même qu'elle s'attache « à la loi, à la langue et au style de pensée du colonisateur » (El-Fassi 1977, p. 4). Dans ce sens, seule l'arabisation est susceptible de bloquer les tentatives d'assimilation et d'empêcher que l'identité arabo-islamique des Marocains ne soit absorbée dans une glorification de l'autre à travers le maintien d'un certain « fétichisme » (Papachristos 1975) du droit reçu. Le discours traditionaliste s'alignait sur celui du Machreq (Égypte et Iraq, entre autres) avec lequel le Maroc partage plusieurs liens communs, dont la langue, la culture et la religion.

Chez les modernistes, tout retour à la langue arabe signifiait un retour en arrière. Le français était la langue de la modernité et du développement. Opposant l'argument que la langue française serait une « condition de développement » (Papachristos 1975, p. 52), les modernistes levèrent les boucliers devant les tentatives d'islamisation et d'arabisation de l'État. Ce discours provenait en majorité d'une élite créée par « l'autorité de contrôle selon des critères politiques et notamment la loyauté des parents envers le régime du protectorat (Benzakour 2000, p. 43) qui était destiné à occuper des postes en commerce ou dans une administration publique (fonctionnaires) ou privée et donc à former une élite fidélisée, qui servirait d'appui au gouvernement protectoral » (Benzakour 2000, p. 43). Elle a « largement contribué à maintenir la langue et la culture françaises, en défendant une politique de bilinguisme » (*ibid.* 2000, p. 52) ainsi qu'une « reconduction pure et simple de la législation coloniale » (Azziman 1993, p. 8).

#### **4.3.2.1 Consensus au Parlement : la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice* (1965)**

La justice, manifestation de la souveraineté nationale ne pouvant plus, dix ans après l'indépendance, être rendue par des étrangers au Maroc, l'appel à l'arabisation finit par trouver oreille attentive même chez les modernistes au cours de l'année parlementaire de 1964. C'est

ainsi que la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice* a été promulguée le 26 janvier 1965<sup>309</sup>. Votée à l'unanimité, dans « une atmosphère extraordinaire, mêlée de passion nationale, d'exacerbation d'une trop longue attente de la marocanisation des juridictions créées par le dahir du 1913, d'une envie d'évincer comme langue de travail le français au profit de la langue maternelle et nationale des Marocains » (Monéger 1984, p. 50).

En unifiant les tribunaux de l'État marocain, la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice* mettait fin au dualisme judiciaire qui caractérisait la justice au Maroc sous protectorat et qui a duré même après le protectorat. La multitude de juridictions de même que l'existence de tribunaux français apparaissaient à de nombreux Marocains comme incompatibles avec l'indépendance du pays. À ce sujet, un auteur écrivait « Une juxtaposition pure et simple de différentes législations à l'intérieur d'un même pays présente, quelle qu'en soit la raison, un aspect choquant. L'unification doit à brève échéance intervenir » (Belkeziz 1968, p. 15; cité dans Monéger 1984, p. 50).

À partir de la Loi d'unification et jusqu'au 15 juillet 1974 (Abboud 1988, p. 20), la nouvelle justice marocaine unifiée était composée désormais de tribunaux de Sadad, les tribunaux régionaux, des cours d'appel et une Cour suprême (Abboud 1988, p. 20). Ces juridictions n'étaient pas complètement nouvelles. Il s'agit de tribunaux de droit commun, déjà créés en 1956, mais qui absorbent les juridictions supprimées, notamment, les tribunaux modernes de 1913, les tribunaux du Chra'a et les tribunaux rabbiniques (*ibid.*). Le changement de dénominations des juridictions marocaines et les hésitations dans les compétences qui leur étaient accordées en vertu de réorganisation judiciaire ont laissé des traces dans les versions consultées aussi bien française qu'arabe du D.O.C.

Une contribution majeure de la *Loi de l'unification, marocanisation et d'arabisation de la justice* est la volonté de généralisation de l'emploi de la langue arabe dans les juridictions marocaines. La loi prévoit dans son article 5 que « seule la langue arabe est admise devant les tribunaux pour les débats, les plaidoiries et la rédaction des jugements ». Un arrêté du 29 juin 1965 énonce que dès le : « 1<sup>er</sup> juillet 1965, toutes les requêtes, toutes mémoires en réponse,

---

<sup>309</sup> Loi n° 3-64 du 22 ramadan 1384 (26 janvier 1965), B.O. n° 2727.

toutes conclusions et d'une façon générale tous documents écrits déposés devant les différentes juridictions devront être rédigés exclusivement en arabe »<sup>310</sup>. En effet, « dans un État souverain [...] la langue utilisée ne peut être que la langue nationale, celle que les justiciables comprennent » (Essaid 2010, p. 308). De ce fait, l'arabisation textuelle allait suivre l'arabisation étatique. On procéda même à l'élaboration d'un fichier destiné à arabiser les termes juridiques et politico-économiques (Grandguillaume 1983, p. 78) afin d'uniformiser la terminologie dans les procédures, les codes et la jurisprudence (*ibid.*)<sup>311</sup>.

### **4.3.3 La traduction vers l'arabe du D.O.C. : effet majeur de la Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice**

Après l'adoption de la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de justice*, l'élaboration d'une version arabe du D.O.C. a été considérée de prime importance. À cet effet, une commission chargée d'arabiser ce texte législatif a été investie par le roi Hassan II, au cours d'une rencontre solennelle en date du 21 octobre 1964. Après une première réunion tenue à Rabat en date du 19 octobre 1964, en présence du ministre de la Justice de l'époque, Abdelhadi Boutaleb, la commission s'est attelée à la traduction du D.O.C. « avec enthousiasme et célérité » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 7)<sup>312</sup> et finit par présenter « une copie » traduite du D.O.C. au Roi (*ibid.*). Celui-ci, juriste lui-même, a donné des indications sur les « textes arabisés » (*ibid.*). Il s'agissait notamment de « revoir » les textes et d'y apporter « des modifications portant essentiellement sur la forme de manière à l'harmoniser avec la situation politique actuelle du Maroc » (*ibid.*, p. 8)<sup>313</sup>. La commission, qui devait se réunir « au moins quatre fois par semaine » (*ibid.*, p. 32) a ensuite « procédé à la révision » (*ibid.*, p. 8) selon les indications royales avant de déposer le texte en langue arabe au ministère de la Justice qui s'est chargé de « la distribution du *texte arabisé* intégral du Code des obligations et des contrats » (Gamiya et Lahkim Bennani 2009, p. 12)<sup>314</sup> (nous soulignons) aux juridictions du pays. Ce texte

---

<sup>310</sup> Cet article comportait toutefois une dérogation : « jusqu'au 31 décembre 1965 :

<sup>1)</sup> les avocats seront autorisés à présenter les documents ci-dessus visés, accompagnés de leur traduction en langue française ou en langue espagnole.

<sup>2)</sup> les procès-verbaux et rapports établis par leurs agents à défaut de pouvoir l'être en langue arabe, pourront être rédigés et présentés dans l'une des langues susvisées. »

<sup>311</sup> Cette mesure ne semble pas avoir été maintenue.

<sup>312</sup> Cette *activité* a été publiée dans la Revue de la justice et du droit, 8<sup>e</sup> année, n° 73-74, 1964, p. 3-59.

<sup>313</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>314</sup> En arabe, notre traduction.

intégral a été ensuite publié dans la Revue de la justice et du droit en 1965. Cette « copie [...] est la plus utilisée dans les milieux juridiques grâce à son authentification dans des numéros spéciaux de la revue » (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 13).

Au cours de nos lectures sur le processus de traduction du D.O.C., nous avons remarqué que durant les premiers temps qui ont suivi la *Loi d'unification, de marocanisation et d'arabisation*, il était d'usage d'employer les termes *arabisation* et *texte arabisé*. Ce n'est que bien plus tard que les termes *traduction* et *texte traduit* ont fait leur apparition et ont fini de nos jours par remplacer les premiers. Les différents termes réfèrent-ils à la même réalité? Si l'on ramenait l'arabisation à sa manifestation réelle, on constate rapidement qu'il s'agit bien d'une traduction. La différence proviendrait probablement de la perspective que les protagonistes de l'époque avaient de la traduction. La lecture de bien des textes (préfaces, introductions, articles) a fait ressortir un constat : le statut dévalorisé de la traduction par rapport à l'arabisation.

#### **4.3.3.1 Arabiser ou traduire? entre survalorisation et dévalorisation**

Dans son ouvrage *Arabisation et politique linguistique au Maghreb*, Gilbert Grandguillaume (1983, p. 31) distingue entre ce qu'il appelle une « arabisation-traduction » et une « arabisation-conversion ». La première, consiste à « vouloir dire les mêmes choses en arabe qu'en français et viserait essentiellement à intégrer dans l'outil linguistique les données nouvelles – linguistiques, mais aussi culturelles au sens large – introduites dans le milieu social par l'intermédiaire de la langue française » (*ibid.*). La deuxième « traduirait la volonté de dire autre chose en arabe qu'en français, de référer à des données culturelles différentes de celles qui furent introduites par la langue française » (*ibid.*). C'est cette deuxième conception qui répond, dans le contexte marocain, à la définition de l'arabisation<sup>315</sup>. En effet, l'arabisation implique au-delà des considérations linguistiques, des considérations nationales et culturelles. Pour Lakhdar Ghazal (1976, p. 9), arabiser n'a pas la signification de termes comme « angliciser », « franciser » ou « germaniser ». L'arabisation est, au Maroc, précise-t-il, « une notion militante

---

<sup>315</sup> Le Grand Robert définit l'arabisation comme étant « le fait d'arabiser, de donner le caractère national, culturel, linguistique arabe (notamment dans les pays du Maghreb anciennement colonisés) ».

liée à la présence coloniale ». Dans ce sens, arabiser signifiait la reconquête du terrain occupé par la langue étrangère (Lakhdar Ghazal 1976, p. 9)<sup>316</sup>.

Bien que les mécanismes de l'arabisation de la justice ne soient pas clairement définis, on a veillé très tôt à lui nier tout rapport avec la traduction. L'arabisation « n'est pas une traduction, car traduire ce n'est que transposer des idées et des concepts d'une langue à une autre de la façon la plus précise sans en déformer le sens » (Lakhdar Ghazal, *ibid.*) C'est « le retour à la langue maternelle, en réfléchissant et s'exprimant dans cette langue dans un style correct et respectueux des caractéristiques propres à cette langue, tout en y incluant des termes nouveaux indispensables pour exprimer les choses et les idées modernes » (Abou Abdou 1984, p. 9). Cette affirmation trahit une conception archaïque de la traduction chez les juristes, c'est-à-dire, une reproduction pure et simple du texte source, caractérisée par un manque de créativité de la part du traducteur. L'arabisation devait dépasser la simple transposition linguistique pour constituer une *révision (mouraja'a)* du D.O.C. Traduire aurait signifié de reprendre servilement un legs que le protectorat avait imposé au pays. En revanche, arabiser impliquait une sorte de purification, puisque l'on entendait expurger le D.O.C. de « ce qui n'était pas conforme à la foi islamique » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 32). Ainsi, la sous-commission d'arabisation du D.O.C. devait produire « un code arabe » et non pas la « copie » d'un code (*ibid.*, p. 31). Dans cette perspective, arabiser le D.O.C. signifiait *naturaliser* (Khamlichi 1984, p. 9) : il ne suffisait pas que ce texte législatif ait le caractère arabe, mais qu'il soit foncièrement arabe, ce qu'une *simple* traduction n'aurait pas permis (nous soulignons). C'est pour cela, déclarait Boutaleb (ministre de la Justice), que la traduction a été écartée au profit de l'arabisation malgré le court délai imparti à la tâche d'arabisation (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 32). On décèle dans ce discours une qualification implicite de facilité attribuée à la pratique de traduction.

L'arabisation du D.O.C., laquelle est à prendre dans le sens de l'amélioration, ne pouvait se faire sans faire appel à une rhétorique arabo-islamique. Le discours prononcé par le roi Hassan II à

---

<sup>316</sup> On peut constater un traitement analogue au Québec. Baudouin affirme que : « si le droit étranger pénètre par ses sources dans le droit québécois, il doit se “québécoiser”, c'est-à-dire ne plus être “étranger”, mais devenir pour prendre une image, comme le cœur nouveau une fois implanté n'est plus celui du donneur, mais celui du greffé » (J. L. Baudouin, Conférence de clôture, in *Le Nouveau Code civil du Québec*, interprétation et application, cité dans Cabrillac 202, p. 302).

l'occasion de la rencontre solennelle en date du 21 octobre 1964 à cet effet est très instructif. Dans cette rhétorique, la religion est instrumentalisée pour donner un fond légitime à un droit reçu dans un contexte colonial. Le roi exhortait les membres de la commission à vérifier, au cours du processus d'arabisation, la conformité des dispositions du D.O.C. avec la constitution marocaine et avec la religion islamique dans le respect des « intérêts des musulmans ». Le roi affirme que « le Code des obligations et des contrats demeure parmi les meilleures codifications, mais comme code élaboré par des humains et dans un contexte de colonisation, il nécessite une révision de manière à le compléter et à le réformer » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 32)<sup>317</sup>. La simple référence à l'origine divine par opposition à l'origine humaine de lois civiles, plaçait le code en situation d'infériorité directe.

La référence au patrimoine islamique ressort également du discours du ministre de la Justice qui s'est adressée à la sous-commission en ces termes : « Votre noble mission nécessite de votre part une recherche minutieuse [...], afin que le résultat de votre travail puisse répondre aux espoirs que l'oumma a placés en vous » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 31). Il poursuit : « Nous voulons un code conforme à nos coutumes et à notre réalité, grâce auquel, nous pourrions préserver notre appartenance (qawmiya) et notre personnalité et qui soit conforme aux besoins de la grande communauté de l'islam (oumma)<sup>318</sup> et de ses besoins » (*ibid.*). La référence à l'oumma confère un caractère sacré à l'entreprise d'arabisation dont le produit « progressiste et révolutionnaire » (*ibid.*, p. 33) servira de modèle aux autres pays arabo-musulmans.

La référence au patrimoine arabo-musulman se manifeste textuellement par l'emploi d'une stratégie discursive puisant largement dans le Coran, dans les hadiths du Prophète et dans l'arabe classique. Ainsi, on s'adresse aux juges membres de la commission de traduction par

---

<sup>317</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>318</sup> Le terme arabe *oumma* ou *umma* désigne l'ensemble de la communauté musulmane sans considération pour l'origine, l'ethnie ou la nationalité.

l'expression يا معشر القضاة (Ô assemblée des juges). On fait appel à des expressions inspirées du Coran comme <sup>319</sup>:

الله تعالى يريد بنا اليسر ولا يريد بنا العسر  
إن تردوه إلى أمير المؤمنين  
ظلم حرمه الله على نفسه ونادى عباده ألا تظلموا  
إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل  
وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى

On fait également appel à des figures de style classiques comme la répétition d'un terme « إلا المثابرة والمثابرة » (que la persévérance et la persévérance) et à des termes à grande connotation religieuse comme *oumma*, *amana* (responsabilité), *aquida* (foi) *mou'emin* (croyants), *istiqama* (droiture). Dans cette optique, la langue arabe devient, par le fait même de l'appel à la langue ancestrale à des termes puisés dans « le bassin identitaire musulman » (Basalamah 2010, p. 180), un instrument politique aux mains du législateur pour, d'une part, insister sur l'ancienne capacité de droit musulman à gérer les affaires des très nombreuses contrées faisant partie de la nation musulmane et sa capacité future à « suivre le développement » (*ibid.*, p. 14) et d'autre part, justifier la légitimation du droit étranger en faisant miroiter le rayonnement du droit musulman sur lui.

Au cours des années 1980, le discours commençait à traiter de la traduction proprement dite, sans rapport avec l'arabisation. C'est le cas également de nos jours. On remarque que le concept arabisation ne réfère plus à la religion ou à la nation. Il a été simplement réduit à sa manifestation réelle : la traduction. Sur la stratégie d'arabisation elle-même, nous ne disposons que de quelques rares informations. La plus importante est que les sous-commissions chargées d'arabiser les « lois civiles », dont celle chargée d'arabiser le D.O.C. faisait partie, « avaient estimé que leur mission se limitait à l'arabisation des textes [...] sans apporter aucune

---

<sup>319</sup> Respectivement : « Allah veut pour nous la facilité, pas la difficulté »; « Portez-le (le problème) devant le commandeur des croyants »; expression empruntée à la formule coranique : « فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ »; expression inspirée d'un Hadith Qodssi (hadith inspiré par Dieu au Prophète) : « Je me suis interdit d'être injuste et vous interdit de l'être alors ne soyez pas injustes entre vous » (يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظلموا) « Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité »; « Et quand vous parlez (témoignez), soyez équitables même s'il s'agit d'un proche parent ».

modification au fond et à la forme de ces textes » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 8)<sup>320</sup>.

La survalorisation de l'arabisation trahit une certaine dévalorisation de la traduction. Cette dévalorisation a lieu sur deux plans, celui de la traduction en tant qu'opération et celui de la traduction en tant que produit ou dans d'autres termes, le résultat final de l'arabisation. En tant qu'opération, examinée a posteriori, la traduction est dévalorisée par rapport à l'arabisation<sup>321</sup>. Elle n'est en somme qu'un « pis-aller » (Covacs 1979, p. 103) auquel le législateur a été obligé de recourir en fonction des circonstances d'urgence qui ont entouré la décision de marocaniser et d'arabiser la justice et les lois marocaines. En tant que produit, on remarque le peu d'égard envers la version arabe du D.O.C. Il est toutefois étrange de constater que, dans la plupart des cas, c'est la « doctrine arabisante » (Monéger 1984, p. 60) qui émet des critiques sur la version arabe du D.O.C. La doctrine francisante (française ou marocaine) quant à elle n'y prête pratiquement aucune attention et se limite à citer le texte français. Une telle situation corrobore l'idée d'existence d'enclaves linguistiques dans l'espace juridique marocain.

Chez bien des auteurs, juristes pour la plupart, qui se sont penchés sur la réception du D.O.C. dans l'espace juridique marocain, la perspective du texte traduit est négative et met en place une certaine dichotomie entre l'original et la traduction. Le D.O.C., en plus de n'être que « l'ombre » du code français<sup>322</sup>, il n'est qu'une traduction. De ce fait, elle est frappée d'office de « défektivité »<sup>323</sup> (1984, p. 41). La version française, si elle n'est pas parfaite, est beaucoup plus « saine » que la version arabe dans laquelle les fautes de terminologie et de phraséologie sont légion. Le style y est « médiocre et l'expression faible » (Madkouri 1984, p. 35). Elle comporte des termes familiers et non uniformes (*ibid.*) et est « susceptible d'être améliorée » (Monéger 1984, p. 61, note 181). Étant « une traduction fautive » (Madkouri 1984, p. 35)<sup>324</sup>, la

---

<sup>320</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>321</sup> La dévalorisation de la traduction par rapport à l'arabisation met en évidence un autre rapport : celui de la traduction avec la codification. Si la codification est généralement perçue comme un grand effort de créativité foncièrement national, la traduction ne serait qu'une imitation qui n'exige pas de créativité ni de réflexion profonde.

<sup>322</sup> Il n'est généralement pas tenu compte des liens historiques entre le D.O.C. et le C.O.C. Les juges marocains ont tendance à l'interpréter « comme s'il était une reproduction pure et simple du Code civil français » (Hassen 2006, p. 504).

<sup>323</sup> La « défektivité » est un terme emprunté à Antoine Berman. Ce théoricien de la traduction définit la défektivité comme un « néologisme qui cherche à rassembler toutes les formes possibles de défaut, de défaillance, d'erreur dont est affectée toute traduction » (Berman 1984, p. 41) (italique de l'auteur).

<sup>324</sup> En arabe, notre traduction.

version arabe serait la cause de la dualité linguistique qui caractérise un code qui « a été élaboré à l'origine en français, ensuite traduit vers l'arabe » (*ibid.*). Cette dualité met les juristes dans une situation fâcheuse puisqu'ils se trouvent devant deux versions parfois contradictoires (*ibid.*).

Au-delà de la perspective quelque peu conservatrice des juristes, on peut se demander si la dévalorisation de la traduction et partant, la survalorisation de l'arabisation, ne reflètent pas tant un rejet de la pratique de traduction elle-même que le rejet d'un *droit traduit*<sup>325</sup>, motivé par des raisons idéologiques liées aux circonstances de réception de ce droit, du désenchantement national consécutif aux grands espoirs fondés sur la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation* de 1965 ainsi qu'à l'espoir de l'État indépendant de s'autosuffire<sup>326</sup> sur le plan juridique. À preuve, la critique de la version traduite ne semble pas avoir fait l'objet de recherches approfondies ni de tentatives de catégorisation des éléments terminologiques ou notionnels qui font du texte arabe une version *viciée*.

#### **4.3.3.2 La commission de traduction du D.O.C. : Abdel-Fattah Abdel-Baqi**

À l'automne 1964, une commission est chargée de l'arabisation des lois civiles. Après une première rencontre à Rabat le 19 octobre 1964, il a été décidé de subdiviser cette commission en trois sous-commissions<sup>327</sup>. Une sous-commission dénommée la « Commission chargée de l'arabisation du Code des obligations et des contrats » (Activité du ministère de la Justice 1964, p. 7) est chargée d'arabiser le D.O.C. Cette sous-commission est composée de 11 membres : Ahmed el-Hemiani, premier président de la Cour suprême; Ahmed Rizk, procureur à la Cour suprême; Ahmed Majid Benjelloun, secrétaire général au ministère de la Justice (devenu ministre au moment de la publication de la revue); Abdelaziz el-Filali, premier président de la Cour d'appel de Rabat; Abdeslam Bennani, premier président de la Cour d'appel de Tanger; Hamad el-Iraqi, Avocat général à la Cour suprême; Moussa Abboud, Conseiller au

---

<sup>325</sup> Dans son ouvrage *Langues et langages du droit* (1990, p. 208), Emmanuel Didier traite de ce qu'il appelle « droit de traduction ». Il s'agit de droits créés davantage par nécessité que par dessein et où la politique a joué un rôle fondamental « pour faire vivre ensemble deux peuples pratiquant deux langues enracinées dans deux cultures, il a fallu créer un droit commun et des langues communes, ou plutôt des ponts linguistiques permettant de passer d'un système juridique à l'autre dans la même langue et d'une langue à l'autre dans le même système juridique ».

<sup>326</sup> Le besoin de s'autosuffire est un souhait inconscient chez toute culture. Toute culture, écrit Berman (1984, p. 16) « voudrait être suffisante en elle-même pour, à partir de cette suffisance imaginaire, à la fois rayonner sur les autres et s'appropriier leur patrimoine ».

<sup>327</sup> Les deux autres sous-commissions se sont penchées sur le code foncier et sur le Code de procédure civile.

ministère de la Justice; Mekki Nacéri, professeur à la faculté de droit de Rabat et membre de la cour constitutionnelle de la Cour suprême; Rachid el-Maslout, conseiller à la Cour suprême, Mohammed el-Abadi, conseiller à la Cour suprême et Abdelkarim ben Alhasni, juge (*ibid.*, note 5)<sup>328</sup>.

Les membres de la sous-commission étaient juristes (avocats et magistrats), enseignants universitaires et oulémas. Les trois derniers membres portent, dans la source consultée, expressément le titre *faqih*. Le choix de personnes versées dans la religion laisse croire l'importance de la composante islamique dans l'opération de traduction.

Bien que la sous-commission chargée de traduire le D.O.C. soit composée de 11 membres « reconnus soit par leur savoir juridique *ou* leur connaissance approfondie en droit musulman *ou* leur double culture juridique » (Activité du ministère de la Justice, p. 31), il semble que la traduction ait été confiée à un seul homme, Abdel-Fattah Abdel-Baqi. Cette affirmation provient d'un des membres de la sous-commission, Moussa Abboud. Cet avocat, professeur et juriste, écrit (1968, p. 48, note 40) « Le D.O.C. a été traduit par un professeur de la Faculté du Droit du Caire, M. Abdel-Fattah Abdel-Baqi, en mission à l'époque à la Faculté de droit de Rabat »<sup>329</sup>. Cette information a été reprise plus tard par Monéger (1984, p. 61, note 181).

Abdel-Fattah Abdel-Baqi est un avocat et juriste comparatiste égyptien, spécialiste du droit civil et du droit comparé. En plus de sa thèse de doctorat intitulée *Du rôle de la possession en matière mobilière : étude comparée et approfondie du droit français* obtenue à l'Université de Paris en 1943, il est l'auteur de plusieurs études dont *Nadariyat al-haqq* et *Nadariyat al-qanun* (Théorie du droit et Théorie de la loi) (1965), *Durus maşadir al-iltizam* (Leçons sur les sources de l'obligation) (1969), *Nadriyat al-aqd wa al-irada al-mounfarida : dirassa mouamaqa wa mouqaran bi al-fiqh al-islami* (Théorie du contrat et de la volonté unilatérale : étude approfondie et comparée avec le droit musulman). Abdel-Baqi a exercé comme professeur à la faculté de droit de Rabat durant les années 1960. Il a également enseigné au Soudan, en Égypte et en Libye et au Koweït, où il a occupé la fonction de doyen à la faculté de droit au Koweït de 1974 à 1976.

---

<sup>328</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>329</sup> Abboud précise dans cette note que « D.C. Com. a été traduit par nous-mêmes et le D.P.C. par une commission d'avocats et de magistrats du tribunal régional de Marrakech, dont la traduction fut révisée par nous ».

Durant ses années au Koweït, il a été chargé de la rédaction la plus grande partie du Code civil koweïtien, notamment de la section portant sur *les causes* des obligations (Travaux préparatoires du Code civil koweïtien 1981, p. 16-17)<sup>330</sup>. Il a rédigé plusieurs ouvrages sur le droit civil de l'Égypte et du Koweït dont, *Nadariyat al-aqd fi al-qanun al-madani al-Koweïti* (Théorie du contrat dans le droit civil koweïtien) et *Massader al-iltizam fi al-qanoun al-madani al-koweïti* (Les sources de l'obligation dans le droit civil koweïtien) (réédité en 1998). Ses ouvrages figurent parmi les manuels d'études dans de nombreuses universités arabes (Iraq, Égypte, Koweït). On fit également appel à son expertise en droit algérien lors de procédures d'arbitrage international.

Le recours à un *étranger* ne traduit pas uniquement une « disponibilité xénophile » (Carbonnier 1979, p. 229). Durant la grande entreprise d'arabisation, les responsables marocains, dans le pays nouvellement indépendant, se sont vite rendu compte du manque de cadres arabisants compétents. L'élite marocaine formée à l'école française ne recevait qu'une éducation islamique de base « assurée par un *fqih*<sup>331</sup> «maître du Coran» et complété par un apprentissage plus consistant de l'arabe classique assuré par un *moudarris*<sup>332</sup> marocain » (Benzakour 2000, p. 45). L'accent était beaucoup plus mis sur l'apprentissage du français et le protectorat encourageait plus les études en France qu'en Palestine ou en Égypte<sup>333</sup>. L'État marocain fait appel à des « coopérants orientaux » (Grandguillaume 1983, p. 71). C'est ainsi que dès janvier 1958, 34 professeurs égyptiens, ainsi que des 34 maîtres syriens arrivaient au Maroc. Il est « tout simple qu'un pays qui manque d'experts » demande « une collaboration technique » (Carbonnier 1979, p. 229). Dans le contexte marocain, cette collaboration technique venait de l'Égypte, État phare dans le monde arabo-musulman.

---

<sup>330</sup> Le peu d'information dont nous disposons sur le traducteur réel du D.O.C. nous a menée à effectuer des recherches dans quelques ouvrages qu'il a rédigés, entre autres les travaux préparatoires du Code civil koweïtien, rédigé en 1974. Nous avons constaté des ressemblances de formulation et de terminologie entre la version arabe du D.O.C. et le code koweïtien. Nous avons également constaté la grande influence du Code civil français sur Abdel-Baqi. En effet, ce code vient en tête des sources étrangères citées en références des dispositions codifiées.

<sup>331</sup> Le terme « *fqih* » est une variante dialectale du terme « *Faqih* ».

<sup>332</sup> Le terme *moudarris* signifie instituteur.

<sup>333</sup> Le protectorat ne facilitait pas les démarches des Marocains voulant étudier dans les pays du Moyen-Orient comme la Palestine, l'Égypte ou la Syrie. Une note du Consul de France à Jérusalem (El-Couri, cité dans Benzakour 2000, p. 43, note 4) : « J'estime qu'il est au plus haut point de notre intérêt de continuer de refuser toute facilité aux Marocains de Fez, Marrakech ou d'ailleurs pour se rendre à Naplouse (Palestine). Nous n'y gagnerons que quelques mauvais sujets, des ratés ignorants et bavards qui ne pourraient, une fois rentrés au Maroc, qu'être source d'ennuis tant pour les Autorités françaises que pour les autorités chériennes ».

La traduction du D.O.C. vers l'arabe nécessitait non seulement la connaissance de cette langue, mais également une connaissance approfondie, inscrite dans une perspective comparatiste, des droits en cause, notamment les droits français et musulman. De tous les membres de la commission, Moussa Abboud semble répondre à ces critères, mais il est probable que la responsabilité de traduire le Code de commerce l'ait empêché d'assumer la traduction du D.O.C. Pour quelles raisons alors la traduction du D.O.C. a-t-elle été confiée à Abdel-Fattah Abdel-Baqi? Deux éléments sont à prendre en considération : la hâte de l'entreprise et le court temps accordé à celle-ci. Ces deux éléments nous font affirmer qu'a priori, la traduction a été confiée à un homme compétent qui peut se mouvoir d'un espace juridique à un autre et qui possède deux atouts de taille : la connaissance de la langue française et le statut du parfait arabisant que lui confère son *égyptianité* même.

#### **4.3.4 Les versions arabes du D.O.C.**

Le D.O.C. a fait l'objet d'une seule traduction vers l'arabe. Cette traduction a commencé dès 1964 et a été, semble-t-il, effectuée en tranches et fournie, en fonction des circonstances d'urgence nationale qui entouraient l'opération d'arabisation, au fur et à mesure aux tribunaux marocains (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 9). Cette traduction a été intégralement publiée en 1965 dans la Revue du droit et de la justice. Par la suite, le D.O.C. a fait l'objet de plusieurs éditions qui ne portaient que des modifications limitées à la version arabe originale de 1965. Dans ce qui suit, nous nous intéressons uniquement à quelques aspects traductionnels et terminologiques de trois éditions en langue arabe du D.O.C. publiées respectivement en 1965 (version originale), en 1966 et en 1986<sup>334</sup>.

##### **4.3.4.1 La version de 1965**

Tel qu'il ressort de quelques écrits sur le sujet, il appert que la première version, soit celle fournie aux tribunaux, comportait « des références et des expressions » qui n'étaient pas conformes à la situation du « Maroc en tant qu'État indépendant et unifié sur le plan politique et judiciaire »

---

<sup>334</sup> La vie en arabe du D.O.C. semble avoir connu trois jalons historiques : celle des années 1964-1965 (période de la traduction vers l'arabe du D.O.C.), celle de 1986 (période où les premières critiques sur la cette traduction ont commencé) et celle de 2009 (période de proposition d'une retraduction du D.O.C.). Nous avons réservé notre analyse aux versions qui traitent de la traduction proprement dite d'Abdel-Baqi. Une analyse approfondie de la terminologie et du style de la traduction en arabe du D.O.C. sera présentée au chapitre V.

(Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 13). Il s'agit là d'un reproche principal adressé à la traduction intitulée simplement *Qanun al-iltizamat wa al-ouqoud* (Code des obligations et des contrats) d'Abdel-Fattah Abdel-Baqi. En effet, on relève dans la première édition du D.O.C. des références au « protectorat », aux « juridictions françaises » ou à « la zone française ». On y relève notamment la traduction littérale de l'expression « zone française de l'Empire chérifien » par « al-minttaqa al-farancia min al-ayala al-charifa » (art. 460), l'expression « territoire soumis à la juridiction des tribunaux français au Maroc » par « al-tourab al-khade'a liwilayate al-mahakem al-faranciya fi al-maghreb » (art. 1136). Il y a également des termes touchant à l'organisation judiciaire et à la monnaie nationale. Ainsi, figure à l'article 745 ter.<sup>335</sup> Le terme « tribunal de paix » qui a été traduit par « mahkamat al-solh ». Pour ce qui est de la monnaie, les articles 261, 789 et 1192 du D.O.C. réfèrent explicitement à la monnaie française de l'époque, le franc (cent francs et 20 000 francs). Sur le plan du fond, la version de 1965 a laissé subsister des dispositions rendues désuètes par le changement de l'organisation judiciaire. Il s'agit, entre autres, de l'article 193 énonçant : « Est nulle la cession à titre onéreux ou gratuit, lorsqu'elle n'a d'autre but que de soustraire le débiteur à ses juges naturels et de l'attirer devant une juridiction qui n'est pas la sienne, d'après la nationalité de la partie en cause ». Cette version ne comporte aucune note explicative justifiant les choix du traducteur. Malgré ces écueils imposés « par le principe de la fidélité inhérent à la traduction juridique »<sup>336</sup> (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 13) et malgré les critiques qu'on lui porte, cette version reste, semble-t-il, la source la plus utilisée dans l'espace juridique marocain (*ibid.*). Cette édition contient une table des matières et ne fait aucune mention de son statut de traduction.

#### 4.3.4.2 La version de 1966

En 1966, le D.O.C. a fait l'objet d'une autre édition, intitulée *Qanun al-iltizamat wa al-ouqoud al-maghribi : al-naşş al-kamil li-magmuaat al-qanun al-madani al-magribi* (Code des obligations et des contrats marocain : texte intégral de l'ensemble du droit civil marocain). Cette édition a été publiée par Dar al-Kitab et distribuée par la librairie de l'Union arabe et ne porte aucune référence à une institution officielle. Elle présente toutefois un élément intéressant : une note

---

<sup>335</sup> Ajouté, D. 18 décembre 1947- 5 safar 1367, et modifié, D. 6 juillet 1954 – 5 kaada 1373.

<sup>336</sup> En arabe, notre traduction.

explicative. Cette note, après avoir traité des circonstances de la *Loi de l'unification, la marocanisation et l'arabisation de la justice* et de la généralisation de l'application du D.O.C. devant l'ensemble des juridictions du Maroc, énonce que « Dans la mesure où son application (le D.O.C.) devant les tribunaux unifiés nécessite des modifications sur le plan du fond et de la forme de façon à l'harmoniser à la situation actuelle et à la nouvelle organisation judiciaire, les articles 4, 6, 85 bis, 193, 195, 311, 460, 480, 745 ter, 745 quater, 789, 875, 1136, 1192 ont été modifiés »<sup>337</sup> (Code des obligations et des contrats marocain 1966, p. 9). À la page 11, on précise que ces modifications sont uniquement formelles et que les seules modifications substantielles résident dans l'abrogation de l'article 193 susmentionné et le remplacement de la monnaie française par la monnaie marocaine à l'article 261. Dans cette édition, « al-minttaqa al-farancia min al-ayala al-charifa » (zone française de l'Empire chérifien) (art. 195) et « al-mahakim al-farancia fi minttaqa al-himaya al-farancia bi al-maghreb » (les juridictions françaises établies dans le protectorat français du Maroc) (art. 460), sont remplacées par « dakhil al mamlaka » (dans le Royaume). « mahkamat al solh » (tribunal de paix) a été remplacée par « mahkamat al sadad » (tribunal de sadad) (art. 745) et les dispositions renvoyant à la monnaie française « 100 et 20 000 francs » par « 120 et 200 dirhams ». Cette édition ne contient pas de notes de bas de page ni une indication relative à son statut de traduction. Elle comporte toutefois un sommaire.

#### 4.3.4.3 La version de 1986

Dans le numéro spécial de la Revue marocaine de Droit et d'Économie du développement consacré au D.O.C. en 1984, Monéger évoque la traduction d'Abdel-Fattah Abdel-Baqi et annonce la préparation d'une édition privée, dans les deux langues. Il affirme (1984, p. 61, note 181) « Selon ce que l'on peut savoir, de nombreuses formulations du texte de M. Abdel-Baqi auraient été affinées, nuancées, corrigées ». Monéger traitait sans doute de l'édition de 1986 établie sous l'égide de deux institutions sérieuses, soit le ministère de la Justice et de l'Institut National d'Études Judiciaires<sup>338</sup>. Cette édition est divisée en deux parties, une en arabe et l'autre en français. Le titre arabe de cette édition est *Qanun al-iltizamat wa al-ouqoud* (Code

---

<sup>337</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>338</sup> Majuscules dans la source citée.

des obligations et des contrats); la version française porte l'ancien titre du D.O.C. soit *Dahir formant Code des obligations et des contrats*. La version française porte, contrairement à la version arabe, sur la page de couverture, juste en dessous du titre la référence suivante « B.O. n° 46 du 12 septembre 1913, p. 78 ». Contrairement aux éditions précédentes, cette édition comporte quelques notes de bas de page. Ainsi, l'article 193 abrogé dans la version de 1966 est préservé, mais on y a ajouté une note de bas de page indiquant que « Depuis la promulgation de la Loi (n° 2-64 du 22 ramadan 1384-26 janvier 1965-B.O. du 3 févr. 1956, p. 103) relative à l'unification des tribunaux, les dispositions du présent article sont sans objet ». L'éditeur n'a pas jugé utile d'introduire la note explicative traitant des modifications apportées à la deuxième édition du D.O.C. en arabe. Elle comporte deux tables de matière, une en arabe précédant le texte arabe et l'autre en français, précédant le texte français.

Il semble que beaucoup d'espoirs aient été mis dans ce texte. Monéger (1984, p. 61) énonce que « si comme on peut l'espérer ce texte améliore le précédent<sup>339</sup>, il faut souhaiter que le Ministère<sup>340</sup> de la Justice en assure la promotion, voire la consécration officielle ». La lecture de cette édition ne permet pas de constater un changement important. Les interventions de l'éditeur, officieuses, demeurent des modifications mineures apportées au texte source soit en indiquant le changement en note de bas de page (art. 193 par exemple) pour une disposition donnée dans le texte français, soit en modifiant des dispositions touchant à l'organisation et à la monnaie marocaine dans le corps même du texte arabe. Ainsi, les expressions touchant à la présence du protectorat français ou référant à la zone française ont été remplacées simplement par « du Royaume » (*mamlaka*). Dans le texte français, l'éditeur insère toutefois « du Royaume » ou « dans le Royaume » entre guillemets, probablement dans une volonté de sa part de mettre l'accent sur la révision dont l'expression française a fait l'objet<sup>341</sup>. Malgré cette tentative de naturalisation, le D.O.C. garde dans la version française, son « remainder »

---

<sup>339</sup> Ce précédent est le texte d'Abdel-Baqi.

<sup>340</sup> Majuscule de l'auteur.

<sup>341</sup> Il est impossible de connaître les motivations de ce marquage, dans la mesure où cette édition ne comporte ni introduction ni mention d'auteur.

(Venuti 1998, p. 11) comme « marc le Franc »<sup>342</sup> (art. 206), « cent francs (100 fr.) » (art. 261)<sup>343</sup> ou « 25 000 francs » (art. 443)<sup>344</sup>.

Il convient de se poser des questions sur le degré d'« officialité » de l'édition bilingue de 1986 puisque les modifications qu'elle apporte au texte du D.O.C. n'apparaissent pas dans les autres versions consultées (en langue arabe ou en langue française). Ce qui aurait dû être le cas, puisqu'au-delà de toute considération nationaliste ou idéologique, la version française du D.O.C. aurait dû subir une uniformisation de son langage par rapport à la version arabe, ne serait-ce que pour éviter les maux de tête aux consultants non arabophones. De plus, comment connaître la version qu'il faut prendre en considération dans le flot des versions arabes (ou même françaises) existantes?

#### **4.3.5 Le statut ambigu de la version arabe du D.O.C.**

Les cent ans de vie juridique du D.O.C. (1913-2013) lèvent le voile sur une situation étonnante. Bien que la justice marocaine soit complètement arabisée et que les décisions judiciaires soient rendues uniquement en arabe, langue officielle de l'État selon la loi suprême du pays (la constitution), il semble que le statut officiel de la version arabe du code ne soit pas consacré, et ce, malgré certaines affirmations du contraire (Madkouri 1984, p. 35). Une telle situation vient du fait qu'elle n'ait pas respecté les impératifs d'une publication officielle dans le Bulletin officiel<sup>345</sup>. Sa publication était pourtant prévue selon les méthodes régulières (Code des obligations et des contrats 2009, p. 8)<sup>346</sup>, mais il semble que des circonstances politiques ainsi que l'urgence qui a caractérisé l'entreprise d'arabisation en général aient empêché sa promulgation « dans sa nouvelle forme »<sup>347</sup>. Or, « [...] tant qu'une traduction en arabe n'a pas

---

<sup>342</sup> Aucune note de bas de page n'accompagne cette expression dans les sources consultées.

<sup>343</sup> L'article 261 est accompagné d'une note de bas de page dans les deux sources consultées. L'édition bilingue de 1986 mentionne que « Lire : la somme de Cent Dirhams (100 Dirhams). Toutefois, cette somme a été portée à 120 Dirhams ».

<sup>344</sup> L'article 443 est accompagné des notes de bas de page suivante « Le franc n'ayant plus cours au Maroc, lire : 250 Dirhams » (Dahir du 17 octobre 1959 – 14 rebia II 1379 instituant une nouvelle unité monétaire).

<sup>345</sup> Au début de la présente recherche pour trouver une version arabe du D.O.C., notre réflexe premier a été de chercher dans de nombreux bulletins officiels du Maroc, en vain. Au-delà de toute considération formelle, la version arabe aurait dû, vu son importance, être publiée dans le bulletin officiel.

<sup>346</sup> Publication de l'Association de diffusion de l'information juridique et judiciaire.

<sup>347</sup> Rapport des activités du ministère marocain de la Justice publié dans la revue de la justice et du droit, n° 72 (numéro spécial sur l'unification des tribunaux), 1964.

été publiée au Bulletin officiel, c'est le texte français qui continue de faire foi à toutes les étapes des procédures judiciaires » (Abou Abdou 1984, p. 26). Aujourd'hui, aucune traduction officielle du D.O.C. n'a été proposée par les autorités compétentes. « Il n'y a pas jusqu'à présent une traduction officielle du DOC, et toutes les traductions officieuses regorgent d'erreurs sur le plan syntaxique et au niveau du vocabulaire utilisé, ce qui n'est pas sans incidences sur la compréhension et l'interprétation, et des juges et des juristes et autres citoyens » affirme Mohamed Chelh (2012)<sup>348</sup> et « les versions officieuses, pour leur part, comportent de grandes contradictions ».

La doctrine rend obligatoire l'application du texte rédigé en arabe. Selon la Gazette des tribunaux du Maroc (1985, p. 129) : « Un texte de loi édité en arabe doit recevoir application même si la rédaction initiale dudit texte a été effectuée en langue française, et par conséquent en cas de différence entre les deux textes, c'est le texte arabe qui prévaut. »<sup>349</sup> Sur le plan pratique, le juge marocain atténue la règle de l'application absolue de la version arabe<sup>350</sup> « malgré l'existence d'une erreur de traduction » (*ibid.*). Se posant la question de savoir quel texte à appliquer en cas de divergence entre les textes arabe et français, le juge reconnaît le principe selon lequel « L'application des textes de loi publiés en langue arabe est obligatoire bien que ces textes soient initialement rédigés en français ». Tout en affirmant que l'existence d'un texte traduit « ne devrait pas être considérée comme négative et justifier le recours au texte français auquel on donne force obligatoire sous prétexte d'une erreur de traduction »<sup>351</sup>, le juge accepte l'application du texte français « puisque le texte arabe contient des fautes de traduction ». Il infirme ainsi le jugement de la cour inférieure fondé uniquement sur le texte arabe « sans consulter le texte original, rédigé en français ». La mauvaise interprétation de la cour inférieure est « due à la traduction du texte original français vers la langue arabe. Or, on ne

---

<sup>348</sup> L'intervention de Chelh fait partie d'une rencontre qui a eu lieu le 27 janvier 2012, à la faculté de droit Rabat Agdal dont le thème est « La codification, quelles approches? » Les débats ont été tenus par des représentants du ministère de la Justice, du Secrétariat général du Gouvernement et des universitaires et chercheurs. Mohamed, Boudari. « Centenaire du DOC : une commémoration sur fond de désaccord? » Le 6 février 2012, [en ligne] [<http://lareleve.ma/news520.html>] (Consulté le 14 décembre 2012).

<sup>349</sup> Gazette des tribunaux du Maroc, n° 36, p. 129; cité dans l'arrêt de la Cour suprême n° 321 en date du 12/01/1984. Dossier pénal n° 10615.

<sup>350</sup> Arrêt n° 321 en date du 12/01/1984 Dossier pénal n° 10615.

<sup>351</sup> Motif du jugement. En arabe, notre traduction.

peut se fonder sur le texte arabe, à moins qu'il soit conforme à l'esprit du texte original » (*ibid.*)<sup>352</sup>.

Dans son article « Du document à l'instrument : les fonctions de la traduction des lois » (2000, p. 2)<sup>353</sup>, Valérie Dullion établit une typologie des textes législatifs en vigueur. Selon cette auteure, un texte législatif peut être un texte unique ayant force de loi<sup>354</sup>, un texte authentique ayant la même valeur juridique que l'original<sup>355</sup>, un texte ayant le statut de version officielle<sup>356</sup>, une traduction officieuse (émanant des autorités, mais sans force de loi)<sup>357</sup> et enfin, une traduction privée utilisée dans la pratique<sup>358</sup>. Selon cette typologie, quel serait le statut de la version arabe du D.O.C.? Le texte arabe demeure, bien qu'émanant des autorités (notamment le ministère de la Justice), une traduction officieuse, mais utilisée en pratique devant l'ensemble des juridictions du pays. De fait, il règne dans l'espace civiliste marocain une situation de flou : une traduction, pour des raisons que l'on connaît, fait force de loi tant que le texte original n'est pas invoqué.

Traduction officieuse, le texte arabe du D.O.C. a donné lieu dès l'approche du centenaire du code (1913-2013) à des appels de recodification et de (re)traduction du texte législatif de 1913. Une refonte ne serait toutefois possible que si l'on entamait « une traduction saine et rigoureuse en langue arabe » (Chelh, 2012). Dans le discours entourant les versions du D.O.C., une réflexion savante et éclairée sur la traduction fait cruellement défaut. Réflexe typiquement juriste, doublé d'un déni postcolonial, ce refus de réfléchir à la traduction ne peut mener qu'à l'exclusion de cette pratique dans une refonte éventuelle du D.O.C.

En attendant cette refonte, la perspective des juristes au D.O.C. reste marquée par une sacralisation<sup>359</sup> excessive du texte du code. Cette sacralisation est sans doute le résultat d'une

---

<sup>352</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>353</sup> En ligne, [<http://www.tradulex.com/Actes2000/dullion.pdf>] (Consulté le 30 juillet 2012).

<sup>354</sup> Dullion donne l'exemple du Code Napoléon dans le Royaume d'Italie et le Royaume de Naples.

<sup>355</sup> Ainsi est le droit des pays plurilingues et ensembles supranationaux avec égalité des langues officielles.

<sup>356</sup> Ainsi est l'exemple du Code Napoléon dans plusieurs États allemands.

<sup>357</sup> Dullion donne comme exemple la traduction en français des lois allemandes maintenues en vigueur après 1918.

<sup>358</sup> Ainsi est l'exemple de la traduction flamande du Code Napoléon de 1831 à 1939.

<sup>359</sup> En droit comparé, les liens entre les textes sacrés et les codes semblent évidents : « Si l'on s'interroge sur la question de l'auteur du texte, la parenté s'affirme entre "les Écritures religieuses rapportées" et les "Codes juridiques ramenés à un même auteur", le législateur » (J. Lenoble et F. Ost, 1980, cité dans Dupret 2000, p. 137). Un élément idéologique est aussi à prendre en considération. Les circonstances *honteuses* de la réception du texte original.

transposition de la sacralisation du Coran, texte sacré chez les Marocains musulmans. Ce qui entraîne une « idéalisation de l'original » (Lavoie 2003, p. 128), notamment la version française du D.O.C. Portalis ne croyait pas si bien dire en affirmant que « les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites » (1844). Tel semble être le cas du législateur marocain dont la volonté « semble aller dans le sens [...], de ne pas toucher "le code" » (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 10-11) lui conférant une immuabilité éternelle. En 2012, cette sacralisation ne semble pas s'atténuer. Une nouvelle édition unilingue arabe du D.O.C., publiée en 2009, trahit une certaine appréhension à approcher le texte de loi. En effet, malgré la gravité des « erreurs » (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 10-11) constatées dans la version arabe, l'équipe de travail a décidé de s'en tenir au texte arabe « tel qu'il a été publié par le ministère de la Justice ». Il a donc été décidé de recourir aux notes de bas de page pour « consigner les remarques et les explications constatées, effectuer le renvoi à d'autres textes juridiques [...], comparer ses dispositions avec de nouvelles dispositions [...], proposer de nouvelles formulations à apporter à certains articles ou une traduction appropriée de certaines expressions et certains termes » (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 13-14)<sup>360</sup>.

Selon de nombreux auteurs, la coexistence d'une version française et d'une version arabe du D.O.C. est la cause de plusieurs problèmes. Le plus important est celui de l'interprétation. Il semble que les juges se trouvent souvent devant des textes contradictoires. Il semble même que les magistrats arabophones unilingues « s'alignent » sur des méthodes d'interprétation provenant des « grandes universités du monde arabe » (Monéger 1984, p. 61). Des considérations de souveraineté poussent ceux-ci à faire prévaloir le texte arabe, bien que souvent, la version française soit porteuse du sens voulu par le législateur. La présence de la version française du D.O.C. dans l'espace juridique marocain pose un problème subsidiaire,

---

<sup>360</sup> L'édition de 2009 comporte de nombreuses notes de bas de page touchant, pour la plupart, aux notions juridiques. Une remarque importante s'impose à la lecture de cette édition : aucune modification n'est portée au texte proprement dit. Les auteurs-réviseurs se limitent à indiquer la *bonne traduction* (souvent une traduction littérale) d'un terme ou d'une expression dans une note de bas de page, souvent par rapport au texte source. Par exemple, l'article 554 du texte arabe évoque dans son alinéa 3<sup>e</sup> paragraphe que « S'il y a danger d'une détérioration rapide, l'acheteur a le droit de travailler à vendre la chose en présence d'un *représentant* de l'autorité compétente... » (nos italiques; notre traduction selon le texte arabe). Une note de bas de page accompagnant cet article énonce ce qui suit « Le texte français comporte l'expression "en présence de l'autorité compétente" sans ajout du terme "représentant" (ممثل) qui figure dans la traduction arabe » (notre traduction). L'énoncé original est « S'il y a danger d'une détérioration rapide, l'acheteur a le droit et, lorsque l'intérêt du vendeur l'exige, il a le devoir de faire vendre la chose en présence de l'autorité compétente ». L'énoncé arabe est :

« وإذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمشتري الحق في أن يعمل على بيع الشيء بحضور ممثل السلطة المختصة ».

mais d'importance. Doit-on conclure de ce qui précède que les avocats et les juges marocains doivent être bilingues? Tel n'est pas le cas<sup>361</sup>. Au Maroc, des questions de souveraineté (siyada) ainsi que l'unilinguisme de la majorité des magistrats semblent pousser ces derniers à consulter uniquement la version arabe du D.O.C.

#### **4.3.6 Les effets de la traduction du D.O.C.**

La traduction du D.O.C. aurait été le « parachèvement de l'indépendance nationale » et « le plus important “évènement rupture” intervenu dans la vie judiciaire marocaine depuis 1913 » (Blanc 2000, p. 165). En effet, il n'y a pas de doute que la traduction du D.O.C. vers l'arabe a légitimé l'utilisation du D.O.C. en tant que droit commun des Marocains. Mais dans la mesure où le D.O.C. est venu concurrencer un autre droit appliqué depuis des siècles dans l'espace juridique marocain, il y a lieu de se demander si la décision de traduire *en bloc* ce texte législatif, sans étude préalable et approfondie de la conformité de certaines de ses dispositions avec le droit musulman et avec certaines réalités de la société marocaine, n'a pas engendré des contradictions et des incohérences, notamment sur le plan juridique, terminologique et social.

##### **4.3.6.1 Traduction un jour, dépendance toujours?**

Peut-on dire que le D.O.C., après plus de 50 ans de vie juridique marocaine, est maintenant un code autonome qui peut vivre par lui-même? La réponse est sans doute négative puisque le D.O.C. reste lié au Code civil français. L'emprunt au code français demeure vivace même de nos jours. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à comparer le chapitre premier bis, portant sur les

---

<sup>107</sup> Un rapport de la Banque mondiale intitulé «évaluation du système juridique et judiciaire marocain», en date du 2003 (traduction non officielle) traite de la « problématique de la dichotomie linguistique » au Maroc et avance que « Bien que certains sujets de concours soient donnés en français, on est en droit de se demander si la procédure ne tend pas à avantager ceux qui ont suivi leurs études de droit en arabe, depuis devenu la langue de l'enseignement de l'I.N.E.J. étant donné que les étudiants francophones sont très demandés dans le secteur privé et à des postes de hauts fonctionnaires, ils sont peu nombreux à embrasser une carrière dans la magistrature. Il en résulterait de fréquentes divergences culturelles et juridiques entre juges et parties au litige, en particulier dans les matières commerciales. » Le rapport recommande : « Il conviendrait que les magistrats stagiaires possèdent les niveaux de capacité adéquats dans les aspects juridiques des deux filières linguistiques. Ces capacités gagneraient à figurer dans la liste des critères de recrutement et de promotion ». « Dans ce contexte, tout l'enjeu consiste à s'abstenir de remettre en question l'emploi de la langue officielle dans le système juridique, mais aussi à tenir compte de l'existence d'une autre langue de travail dans les domaines essentiels au développement économique ». Un quotidien marocain, *L'économiste*, déplore le manque de connaissance linguistique des magistrats et avocats marocains, « qui sont, pour la plupart, exclusivement arabophones » dans un monde de plus axé sur le développement économique. NAIM, Ayoub. « Les magistrats mal formés et peu spécialisés », le 18 juin 2012, [En ligne] [<http://www.leconomiste.com/article/895572-les-magistrats-mal-form-s-et-peu-specialis-s>] (Consulté le 14 décembre 2012).

règles régissant le contrat électronique<sup>362</sup> avec le chapitre VII du Code civil français en vigueur pour constater la dépendance du droit civil marocain au droit civil français. À titre d'exemple les dispositions des articles 1369-1, 1369-2 et 1369-3 du code français énonçant respectivement : « La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services »; « Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen »; « Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir » sont reprises à l'article 65-3 du D.O.C. en ces termes :

La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition du public des offres contractuelles ou des informations sur des biens ou services en vue de la conclusion d'un contrat. Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté expressément l'usage de ce moyen. Les informations destinées à des professionnels peuvent leur être transmises par courrier électronique, dès lors qu'ils ont communiqué leur adresse électronique. Lorsque les informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.

Bien que l'édition française du B.O. énonce sur sa première page « l'édition de traduction (c'est-à-dire la version française) officielle contient la traduction officielle des lois et des règlements »<sup>363</sup>, un survol rapide de la version arabe de l'article susmentionné fait ressortir clairement que les dispositions régissant le contrat électronique ont été puisées dans le code français, subi des modifications mineures et ont été ensuite traduit en arabe afin d'être publié

---

<sup>362</sup> Les règles spéciales régissant ce contrat sont prévues par le Dahir n° 1-07- 129 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques.

<sup>363</sup> Le fait de présenter une traduction comme le texte original et vice-versa est partagé par des pays limitrophes, notamment l'Algérie et la Tunisie. Bien que l'arabisation du Journal officiel (l'équivalent du Bulletin officiel marocain) ait commencé en Algérie en 1970, il semble que ce soit la version française du J.O. qui soit l'original, bien qu'on affirme qu'elle n'est qu'une traduction de la version arabe, « ce qui n'est pas le cas. Tous ceux qui utilisent le Journal Officiel le savent. Lorsque l'interprétation est nécessaire, c'est toujours le texte en langue française qui est sollicité, y compris par les juristes formés en langue arabe » (Babadji, 1990, p. 209, note 15). En Tunisie, il est d'usage de qualifier la version française du C.O.C. de « *simple traduction* à valeur informative » (Charfeddine 2006, p. 696) (nous soulignons).

dans la version arabe du B.O. En témoigne le nombre de calques (contrat électronique et traduit par *aqd electroni*, par exemple) et d'emprunts constatés dans l'article 65-3.

Nous sommes bien devant un cas de fausse traduction qui consiste à présenter un texte original comme une traduction. Comme la langue officielle du pays est l'arabe, c'est le texte arabe qui fait foi. En dehors d'un esprit comparatiste, ou si aucun besoin d'interprétation ne se pose, aucun lien ne sera établi entre la version arabe du D.O.C. et la version mère, notamment celle du Code civil français.

En 1984, un juriste marocain traitait déjà de la dépendance chronique qui « oblige (les juges et avocats), afin de pouvoir lire le D.O.C., à continuer de prendre en considération les rapports de ce texte législatif avec l'école française et empêche toute possibilité de rupture, comme le réclament certains auteurs » (Khamlichi 1984, p. 15)<sup>364</sup>. La situation ne semble pas avoir changé de 1984 à nos jours, comme le montre l'exemple de l'article 65-3 ainsi que les références encore à la Cour de cassation française dans nombre d'ouvrages portant sur le droit civil.

#### 4.3.6.2 Désarroi terminologique

L'emprunt systématique des termes civilistes a créé un certain désarroi terminologique au sein des codes marocains. Il en résulte « que d'une part, les tribunaux chargés des affaires de statut personnel et les actes adoulaïres ont conservé la terminologie employée par le droit musulman traditionnel, et que d'autre part, les tribunaux compétents dans les matières modernes utilisent des termes traduits et empruntés aux codes occidentaux. Ce qui a provoqué des différences et une certaine confusion dans les textes législatifs pour exprimer des choses identiques » (Abou Abdou 1984, p. 25). Citons à titre d'exemple le cas du terme *moqqadem* (مقدم) qui est traduit dans la version française du Code de la famille marocain par « curateur datif » et dans le D.O.C. par « curateur » (art. 4) et par « administrateur » (art. 802) (Abou Abdou 1984, p. 26). Nous avons constaté que le terme est translitéré à l'article 858 (*moqqadem*). Il y a également le cas du terme *taa'wid* (sing.) ou *taa'widate* (pl.) (تعويضات et تعويض) rendu dans le D.O.C. par *dommages-intérêt* et dans le Code de la famille par *réparation*<sup>365</sup>. La différence des termes employés

---

<sup>364</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>365</sup> Le même phénomène est constaté dans d'autres codes. Le terme « curateur » est traduit dans le Code de procédure civil par *qayim* (قيم), mais dans le code de procédure pénale par *wakil* (وكيل) (Abou Abdou 1984, p. 27).

entraîne une déformation du sens qui peut donner lieu à des conséquences graves, surtout en matière pénale. Cette situation est aggravée par l'absence de toute volonté d'uniformisation des termes décrivant la même réalité. Si déjà en 1984, des voix se sont élevées pour réclamer la résolution du désordre linguistique dans l'espace juridique marocain par la constitution d'une « commission chargée de revoir les termes juridiques et judiciaires pour les unifier et préciser leur sens » (Abou Abdou 1984, p. 29), nous ne disposons pas d'informations confirmant qu'une telle commission ait jamais existé. En revanche, une commission de révision a été constituée en 2004 afin de réviser le texte arabe du D.O.C. Les travaux de cette commission ont donné naissance à une nouvelle édition unilingue arabe en 2009. Or, cette nouvelle édition arabe ne semble pas avoir mis un terme au désarroi terminologique marocain. Dans un article en ligne en date du 18 février 2009, publié dans un quotidien arabophone à large diffusion, *Al Alam*, Arbi Miyad critique cette nouvelle édition, dans laquelle pourtant il disait avoir mis de grands espoirs. Miyad affirme qu'il s'est toujours fondé, dans ses plaidoiries devant les tribunaux sur la terminologie des versions du D.O.C. existant dans le marché juridique marocain, qui sont souvent éditées par des magistrats. Il reproche à la version de 2009 de proposer en marge du texte (c'est-à-dire en note de bas de page) de nouveaux termes au lieu d'établir un choix clair dans le corps du texte sur les termes qu'il faut utiliser. Cet avocat se demande si cette version a été validée par le ministère (ministère de la Justice) compétent et a désormais force de loi devant les tribunaux, pour les professeurs de droit et les administrations publiques? En 2012, cette version n'a pas encore le statut d'une traduction officielle, mais fait curieux, elle est présentée telle quelle (c'est-à-dire avec les notes de bas de page) comme consolidation du D.O.C. en date du 22 septembre 2011 sur le site officiel du ministère de la Justice.

#### **4.3.6.3 Contradiction avec le droit musulman et droit parallèle**

La décision de traduire le D.O.C., sans considération des différences entre la société qui l'a engendré et celle qui l'a reçu « non seulement en ce qui concerne la religion, mais aussi dans de nombreux domaines d'organisation sociale et économique et dans la pensée et l'idéologie » (Khamlichi 1984, p. 16)<sup>366</sup> a donné lieu à des institutions et pratiques « inadaptées aux réalités socio-économiques » (*ibid.*) du Maroc. En matière de délais par exemple, Monéger (1984, p. 30)

---

<sup>366</sup> En arabe, notre traduction.

écrit que « la brièveté de ceux prévus à l'article 573 du D.O.C. est inappropriée à une société où il est de bon ton de discuter avant toute action judiciaire ».

L'existence de contradictions entre le D.O.C. et d'autres codes marocains est flagrante. Il y a le cas de l'article 229 du D.O.C. (art. 241 C.O.C.) évoquant la possibilité que les héritiers puissent ou non accepter un héritage « Lorsque les héritiers refusent d'accepter la succession, ils ne peuvent y être contraints et ils ne sont nullement tenus des dettes héréditaires : les créanciers ne peuvent, dans ce cas, que poursuivre leurs droits contre la succession ». Une telle disposition est contraire aux règles du droit musulman qui prévoit le passage automatique de l'héritage aux héritiers, mais qui ne leur impose pas de payer l'excédent de dettes à partir de leur bien propre (Bouthaina Bouguerra Chaaban 2006, p. 32). On peut se demander quelle est l'effectivité de cette règle devant les tribunaux lorsqu'on sait qu'en cas de conflit entre le droit civil et le droit musulman, ce dernier l'emporte. Dans le même ordre d'idées, le code interdit la stipulation d'intérêt entre musulmans (art. 870), mais accepte implicitement celle entre musulman et non-musulman<sup>367</sup>. Il n'interdit pas les jeux et les paris (art. 1097 D.O.C.) alors que de telles pratiques sont prohibées en droit musulman.

À ces écueils, causés par un transfert passif suivi par une légitimation traductionnelle hâtive, il faut ajouter le fait que le code marocain n'englobe pas toutes les facettes de la vie sociale marocaine. À côté du droit officiel (le D.O.C.), subsiste encore un droit effectivement vécu par une partie considérable de la population marocaine (Azziman 1993, p. 27). En fait, plusieurs institutions islamiques ou coutumières vivent autour du code dans un état de résistance du milieu récepteur du droit validé (Deprez 1976, p. 55). Il y a, par exemple, le cas de ces contrats ruraux, « relégués au droit de souche » (Azziman 1984, p. 71) parce que le rédacteur du code marocain avait décidé qu'ils ne faisaient pas partie des réalités marocaines (les contrats de *mougharaça*, de *mouçakate* ou *khemmassa*, par exemple). C'est pourquoi Azziman réclame l'octroi d'une grande liberté au juriste : « On est en droit d'attendre du praticien, en contact permanent avec la réalité sociale, qu'il œuvre pour une adaptation de la loi. Chargé d'appliquer

---

<sup>367</sup> Bien qu'ils soient d'usage dans la société marocaine, notamment à cause de l'absence des banques islamiques, les intérêts sont formellement prohibés par le droit musulman. Ainsi, a jugé le tribunal de première instance de la ville d'al-Jadida n° 2238/87 dans une affaire de défaut de paiement : « et attendu que les intérêts entre musulmans sont prohibés, la réclamation des intérêts est rejetée » (en arabe, notre traduction).

une règle à un milieu pour lequel elle n'a pas été conçue, le praticien se doit à force de créativité, d'atténuer les disparités et de contribuer, autant que possible, à l'adaptation du droit, entre les mains du praticien, la règle venue d'ailleurs se doit d'être naturalisée, acclimatée, investie d'une teneur sociologique nouvelle » (Azziman, 1981, cité par Monéger 1984, p. 61). Monéger (1984, p. 28) avait-il raison de qualifier le D.O.C. de « copie incomplète » du C.O.C. et par extension de notre part du Code civil français? Tel qu'il ressort des critiques adressées à ce texte législatif, la réponse semble être affirmative. En attendant, plusieurs dispositions du code civil sont frappées d'ineffectivité pour des raisons relatives à la société maghrébine, musulmane ou parce que les justiciables n'y accordent aucun intérêt devant la justice (Rawatbi 2006, p. 210).

## **CHAPITRE 5 Un droit civil en arabe? Les traducteurs entre deux traditions textuelles**

Nous avons retracé dans les deux derniers chapitres le long processus de réception du droit civil au Maroc. Nous avons suivi la naissance du code civil dans l'espace juridique tunisien grâce au travail de David Santillana à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Ce code est ensuite transposé dans l'espace juridique marocain en 1913 pour y être appliqué uniquement aux Français et aux Européens vivant sur le territoire marocain. Après plus d'un demi-siècle de vie juridique en français, une version en langue arabe a vu le jour en 1965. En ce sens, c'est la traduction, effet majeur de la *Loi d'arabisation*, traitée au chapitre IV, qui a légitimé le *Dahir formant code des obligations et des contrats* (D.O.C.) en tant que texte législatif et a étendu son application à l'ensemble du territoire marocain.

Dans le présent chapitre, nous traiterons de l'opération de traduction proprement dite, c'est-à-dire le processus de transfert de la norme législative civiliste française vers l'arabe. Nous traiterons également du respect ou du non-respect de la norme linguistique existante avant la rencontre coloniale. En fonction de la nature complexe de ce transfert, nous ciblerons deux éléments, la terminologie et le style. Dans un premier temps, nous présenterons quelques fondements de notre méthodologie, élaborée au fur et à mesure de l'avancement de la recherche, que nous adopterons au cours de notre analyse du corpus. Dans un deuxième temps, nous présenterons les stratégies traductionnelles des traducteurs de nos versions arabes, David Santillana (traducteur de la version tunisienne, C.O.C.) et Abdel-Fattah Abdel-Baqi (traducteur de la version marocaine, D.O.C.), afin de relever des indices quant à leurs traitements respectifs des problèmes terminologiques et notionnels et des questions touchant à la problématique du style civiliste. Nous tenons à préciser que nous entendons lire notre corpus avec l'œil du traducteur avant celui du juriste. Nous traitons ici de l'aspect textuel uniquement, c'est-à-dire l'apparence extérieure. Une étude comparatiste approfondie du texte allant au-delà de la *surface visible* dévoile l'existence de nombreuses contradictions et différences entre les deux droits en cause (droit musulman et droit civil). De plus, l'aspect juridique étant plus ou moins largement traité par les juristes comparatistes, le traitement notionnel ou proprement

juridique ne se fera que dans la mesure où un éclaircissement sur un terme ou une expression se révèle nécessaire.

La présente analyse ne vise aucunement à qualifier de bonne ou de mauvaise la traduction<sup>368</sup> des versions arabes de notre corpus ou de porter un jugement sur celles-ci. Par conséquent, aucun accent, sauf pour des raisons de justifications de choix stylistiques ou terminologiques, ne sera mis sur les fautes de traduction proprement dites, comme les ajouts, les omissions<sup>369</sup>, les faux sens, les glissements (très nombreux), les contresens ou les registres de langue<sup>370</sup>, entre autres. Nous cherchons uniquement à trouver des réponses aux questions qui se sont posées au début de la recherche ou à celles que nous nous sommes posées au fur et à mesure de l'avancement de celle-ci. Il s'agit notamment de questions reliées aux facteurs sociojuridiques qui ont pu influencer le processus traductionnel, aux stratégies adoptées par les traducteurs lors de la traduction du code à partir de la langue française vers l'arabe, à l'hypothèse d'une *réécriture* du code original afin de le rendre conforme au référent textuel existant (*fiqh*<sup>371</sup>). Dans le même ordre d'idées s'est posée la question de savoir si la traduction a été l'objet d'un questionnement identitaire qui aurait donné lieu à une alternative classique : un repli sur soi menant à un retour aux sources traditionnelles ou, au contraire, un véhicule de modernisation (lire : évolution), validant le l'hypothèse de l'incapacité du droit ancestral à répondre aux besoins d'une société en mutation. Au questionnement sur la manière dont la règle islamique a

---

<sup>368</sup> Nous ne voulons pas non plus effectuer une *critique* des traductions. Cette entreprise est menée indirectement par les observations en notes de bas de pages de quelques éditions consultées lors de notre recherche parmi les nombreuses versions arabes de notre corpus. Ces observations sont toutefois marquées par le sceau du respect de la lettre du texte source, même dans ses éléments les plus petits (utiliser la conjonction de coordination « et » au lieu de « ou », par exemple). L'ensemble de ces observations trahit l'approche encore élémentaire à la traduction qui caractérise les juristes arabo-musulmans.

<sup>369</sup> L'étude de cet aspect aurait été intéressante, car les omissions sont très nombreuses chez David Santillana, traducteur de la version tunisienne. Nous avons pu constater qu'elles sont de deux sortes. La première est le résultat de l'abandon d'un segment rendu nécessaire par une adaptation forcée à l'énoncé du *fiqh* (en recourant notamment à l'implication ou à la condensation). La seconde est un réflexe chez Santillana de ne pas reproduire les expressions typiques du style civiliste. Ce qui s'insère parfaitement dans sa stratégie d'islamisation massive (voir *infra*).

<sup>370</sup> Nous avons constaté la forte présence de termes familiers. Ces termes sont particulièrement présents dans la deuxième partie du C.O.C., celle réservée aux contrats. Nous nous demandons si cette présence était volontaire chez Santillana, c'est-à-dire qu'il voulait créer un code populaire destiné à toucher une masse qui n'est pas nécessairement versée dans la langue arabe classique. Il est vrai que les oulémas tunisiens (Aribi 2006, p. 223) étaient les destinataires immédiats de la traduction, le texte devait toutefois être diffusé largement au sein de la population une fois accepté par ceux-ci. La révision de la version arabe du C.O.C. en 2005 a porté sur la révision de ces termes « empruntés à la langue arabe parlée » et trahissant un « anachronisme décevant » (Charfeddine 2006, p. 692). Malgré cette révision, la présence de termes familiers demeure marquée dans la version tunisienne.

<sup>371</sup> Dans le présent chapitre, le terme *fiqh* et l'adjectif *fiqhique* remplaceront majoritairement les termes *droits musulman* et *islamique*. Nous prenons ainsi en considération le fait important que le *fiqh*, bien que d'essence religieuse, enracinée profondément dans l'islam, est également le reflet de la pensée de nombreux savants reconnus à travers les siècles. Il a été élaboré pour régir tous les aspects de la vie (juridique et religieuse). Par ce choix également, nous séparons le concept du *fiqh* de celui du *droit* (laïc) tel qu'il est conceptualisé dans la logique civiliste.

été insérée dans une codification effectuée « sur le type des codes français » traités au chapitre III, suit, dans le présent chapitre, une réflexion sur la traduction comme instrument d’insertion de l’énoncé civiliste, de son mode de rédaction et de son réseau terminologique dans un espace dominé par un autre modèle textuel, dont le style, la structure et les termes sont différents (Chapitre I). Enfin, il y a la question importante des ressources linguistiques dont dispose (ou ne dispose pas) l’arabe, langue cible, pour accueillir la règle civiliste.

### **5.1 Comment lire un code : méthodologie adoptée**

Exploratoire, notre recherche présageait dès le départ un vide méthodologique quand viendrait le temps de l’analyse textuelle. Sans renier les apports de la théorie descriptive à la traduction, notamment la réflexion sur les normes de Toury (tendances, régularités, *adequacy*, *acceptability*), nous nous sommes inspirée de la méthode d’analyse du « matériau textuel » de Gouanvic (2007, p. 39), fondée sur le repérage de marqueurs concrets ou abstraits (ponctuation, agencement syntaxique ou rythmique et prosodie). Pour les besoins spécifiques à notre corpus, nous avons également puisé dans les travaux en sociologie juridique de Beaudoin Dupret et de juristes comparatistes (Malcolm Harvey, Gérard Cornu). Les travaux des sociologues juridiques présentent, à notre avis, un lien avec l’angle de vision suivi dans notre thèse (l’espace géographique observé, la pluralité des systèmes et des référents juridiques, la relation entre le droit musulman et le droit civil, le rôle transformateur du transfert juridique). Nous avons puisé dans la pensée de Beaudoin Dupret (2006, p. 272 et s.) une forme d’analyse textuelle fondée sur le repérage d’expressions et de termes pouvant mener à une certaine forme d’interprétation de textes (entretien ou décision judiciaire, par exemple). L’intérêt de Beaudoin Dupret porte généralement sur des affaires de mœurs. À partir d’une décision judiciaire, il se livre à une analyse structurelle, d’abord, une lecture de l’environnement sociologique de la décision afin de cerner le discours qui a pu la motiver. Ensuite, il analyse les éléments structurels de la décision (introduction, énoncé de l’accusation, fait et enquête, audition). Pour l’analyse textuelle, Dupret relève dans le texte des expressions formelles (entreprendre de, de ton propre point de vue), techniques (convocation), des formules stéréotypées (est-ce ça veut dire que..., qu’as-tu à dire?). À ce stade, les travaux de juristes comparatistes sur le langage du droit civil (Cornu) et ceux portant sur la traduction juridique (Harvey) ont constitué une aide précieuse.

Pour lire notre corpus, nous avons procédé de la manière suivante. D'abord, pour parer tout risque d'éparpillement, nous avons délimité le champ de la recherche en visant un aspect particulier : à partir de la rencontre de deux droits relevant de deux familles juridiques différentes, chercher les traces de démarcation entre les versions arabes d'une même disposition source, c'est-à-dire y relever les signes d'une appartenance à un système juridique ou à un autre. Au passage, relever les marqueurs d'hétérogénéité textuelle qui témoignent de cette rencontre et décrire la stratégie rédactionnelle (une hypothétique islamisation ou une dite modernisation, par exemple) dans les textes traduits. Dans ce but, une lecture comparative s'est opérée dans un premier temps entre le texte original rédigé en français et ses traductions (marocaine et tunisienne) pour repérer les indices caractéristiques de tendances traductionnelles et, dans un deuxième temps, entre le texte arabe marocain et le texte arabe tunisien. Au premier stade, nous avons pu constater, non sans surprise, que la traduction a été partie intégrante du processus de codification lui-même (chapitre III). Au second stade, en prenant en considération l'objectif du traducteur (la fonction du texte), nous avons pu dégager les procédés traductionnels et rédactionnels utilisés par les traducteurs pour régler la question épineuse d'un transfert terminologique et stylistique imposé par un transfert juridique en bloc et le rapport que ce transfert a pu établir avec une terminologie et un mode d'énoncé préexistants et légitimes dans le système et la société cible. En ayant bien en tête l'opposition consacrée par les auteurs qui orbitent autour de la problématique d'un transfert juridique engendrant une superposition des droits (dichotomies religion/modernité, droit positif/droit religieux) nous avons limité notre analyse aux dispositions communes aux deux versions arabes<sup>372</sup> (selon les critères de fréquence des occurrences islamiques, ou au contraire le recours à une terminologie dite moderne et par là même l'expurgation de ce qu'il est fréquent d'appeler *archaïsmes*<sup>373</sup>). Nous avons ainsi pu

---

<sup>372</sup> A ainsi été exclue toute disposition, même d'intérêt, qui ne figure pas dans l'une ou l'autre version. C'est le cas, par exemple, du 2<sup>e</sup> paragraphe de l'article 87 du C.O.C. Cette disposition contient des termes provenant directement du droit pénal islamique ainsi que des mots à forte connotation religieuse qui font appel à de l'intertexte (le Coran notamment). Par exemple, Santillana traduit le délit d'injure par *qadf* et ajoute le terme *taazir* pour donner une couleur islamique à la disposition. Ce terme a été supprimé dans la version tunisienne révisée en 2005.

<sup>373</sup> La question de la notion d'«archaïsme» est épineuse. Les auteurs arabes contemporains (Charfeddine 2005, al-Dabbagh 2013, entre autres) semblent qualifier d'archaïques les termes relevant du répertoire du *fiqh*. Il s'agit là d'un réflexe lié à l'émergence d'un arabe dit moderne, mais qui est surtout inspiré du style de la langue française. Il faut noter aussi que l'archaïsme de ces termes (et par extension, leur exotisation) n'est apparu qu'après la rencontre avec le droit colonial où tout ce qui était importé était moderne et tout ce qui était *autre* ne l'était pas. Cette attitude est à déplorer chez bon nombre de juristes dont la connaissance des ouvrages majeurs du *fiqh* reste élémentaire.

relever les termes pouvant être qualifiés, selon le cas, d'islamiques ou de civilistes, ainsi que le mode d'inscription de ces occurrences dans les versions arabes.

Si le lien, pour des raisons que nous verrons ultérieurement, entre la version marocaine et la version française est généralement facile à établir, la question est tout autre pour ce qui est de la version tunisienne. En effet, l'énoncé étant parfois si éloigné du texte original que le processus de consultation s'en trouvait complexifié : comprendre l'énoncé arabe tunisien, lire son équivalent français et effectuer une recherche par mot-clé dans le code de langue française marocain, lequel nous menait directement à la disposition équivalente arabe. D'un point de vue terminologique, la lecture approfondie à laquelle nous nous sommes livrée a servi à jeter la lumière sur les différences de tonalité textuelles ainsi que sur le degré de technicité des termes et de phraséologies utilisés pour atteindre un certain effet stylistique, civiliste ou fiqhique. Les termes et expressions (dans les deux sens) relevés dans les textes analysés ont été consignés dans un tableau afin de faciliter toute consultation ultérieure, ce qui a permis d'établir un lexique tripartite de base. Pour ce qui est du style, une relecture attentive du texte original et de ses traductions arabes nous a permis de relever, dans les deux sens, des tournures relevant tantôt du fiqh, tantôt du droit civil. D'une façon subsidiaire, la lecture de l'original français a permis de relever les termes et expressions typiques du droit civil susceptibles de présenter des difficultés pour les traducteurs. Nous avons particulièrement insisté sur les segments illustrant une caractéristique du style et de la terminologie civiliste. Les termes et expressions recensés sont ensuite comparés avec les traductions.

Un certain nombre d'éléments ont orienté notre recherche. Il s'agit notamment de la présence de procédés de traductions comme le calque ou l'emprunt dont la présence peut révéler certaines régularités chez le traducteur, du degré de restructuration<sup>374</sup> de l'énoncé arabe, des raisons qui ont pu motiver la sélection par le traducteur d'un équivalent plutôt qu'un autre parmi ceux que lui offre la langue cible, des écarts (volontaires ou involontaires) par rapport à la norme linguistique source. Dans une moindre mesure, nous avons aussi porté attention à l'existence de

---

<sup>374</sup> Pour mesurer le degré de restructuration, nous avons souvent utilisé le procédé de « rétrotraduction » Harvey (2001, p. 42), c'est-à-dire retraduire l'énoncé traduit vers la langue source. Harvey semble limiter la notion de rétrotraduction au traitement du terme. Dans le présent travail, nous donnons à cette notion un champ plus large en l'appliquant à l'énoncé entier. Il est à noter que ce concept est nommé *réversibilité* par François Ost (2009, p. 231; citant Eco 2006, p. 68).

certaines procédés péritextuels de la part des traducteurs pour marquer la présence d'éléments étrangers à l'espace cible. Ce recensement terminologique et stylistique a permis de dégager petit à petit la stratégie traductionnelle des traducteurs de manière à individualiser chacune des deux versions arabes et à faire ressortir sa différence propre.

Notre analyse s'est muée en une recherche transtextuelle dont le dénouement a été la découverte de relations cachées entre plusieurs textes dans lesquels les traducteurs ont puisé leur terminologie et leur style d'énonciation. L'ensemble s'inscrit dans des politiques différentes qui invitent une lecture rétrospective des textes en présence avec tous les risques d'aléas, de bonnes ou de mauvaises interprétations que nous pouvons faire de ces témoins de tendances, révolues pendant un certain temps, mais ravivées par les rappels à la recodification ou à la retraduction.

## **5.2 Un texte, deux stratégies de traduction**

Dans un projet traductionnel de nature législative, le choix d'une stratégie obéit à des facteurs divers, notamment l'espace temporel de la traduction, la société cible et les destinataires de la traduction (nation ou groupe), la fonction du texte traduit, l'idéal<sup>375</sup> poursuivi par le traducteur et enfin les moyens (ressources terminologiques, par exemple) dont dispose celui-ci pour effectuer son œuvre. Dans un corpus de nature historique comme le nôtre, une stratégie de traduction est toujours matière à spéculation, faute de preuves matérielles et textuelles qui dénotent une certaine réflexion sur la traduction elle-même de la part des traducteurs. En revanche, les lignes d'une stratégie peuvent être dégagées dans le paratexte, c'est-à-dire à partir d'informations glanées dans les écrits des traducteurs sur des sujets reliés, et à partir de quelques tendances et régularités relevées dans le texte traduit. Il peut s'agir notamment de l'emploi d'un réseau terminologique relevant du champ<sup>376</sup> particulier d'un savoir destiné à régir la vie des personnes, des emprunts à d'autres textes et de la nature des textes sources de ces emprunts. Au cours de cette stratégie, il y a bien sûr des choix (omissions ou ajouts) terminologiques qui ont

---

<sup>375</sup> La notion d'idéal renvoie à une volonté d'être *créatif*. Si chez nos deux traducteurs, cette volonté est très présente, elle prend une orientation différente selon l'espace sociohistorique dans lequel les traductions s'insèrent.

<sup>376</sup> Bien que nous entendions le champ juridique dans ces lignes, nous ne voulons pas rétrécir la perspective d'analyse, car renvoyer au terme « droit » oblige une conception civiliste (laïque) de ce qui régir la vie quotidienne des personnes.

été faits, des écarts (syntaxiques) et des rejets<sup>377</sup> terminologiques (synonymie, par exemple) ou notionnels (divisions classificatoires, homologation, par exemple) reliés non seulement au respect des normes linguistiques et juridiques d'un système ou d'un autre, mais à une certaine prédisposition consciente ou non chez le traducteur à traiter la règle juridique.

La fonction de la traduction peut aider à dégager une stratégie chez le traducteur et à expliquer certains choix opérés lors du processus de traduction. L'exploration des versions arabes ainsi que des écrits qui les entourent a révélé que chacune d'elles avait une fonction propre, qui n'est pas nécessairement celle du texte source. La version arabe tunisienne visait un double objectif. D'abord, garantir l'acceptabilité du projet de la part des oulémas, c'est-à-dire une élite savante et lettrée. Ensuite, étendre l'application du texte à l'ensemble de la population tunisienne. Nous savons de Santillana lui-même qu'il n'a « tenu à parler aux Arabes que dans leur langage même et, pour ainsi dire, par la bouche de leurs jurisconsultes » (Santillana 1989, p. xii). Informative, mais cherchant avant tout une approbation légitimante, la traduction visait à convaincre des hommes de religion musulmane de la conformité d'un code élaboré par le colonisateur, suivant un modèle étranger, avec le droit musulman. Santillana savait qu'un texte dont la forme ne correspondait pas à un certain type d'écrit risquait d'être rejeté. Il a donc veillé à utiliser un langage fiqhique (la langue des fouqaha) (Rawatbi 2006, p. 412) que ceux-ci pouvaient comprendre et dans lequel ils pouvaient se reconnaître. En termes traductologiques, Santillana s'est livré à une stratégie de « domestication » (Venuti 1995)<sup>378</sup> étonnante afin de créer chez les oulémas, « les conditions de la recevabilité » (El-Amari 2001, p. 126) de sa création, en les plaçant notamment sur un terrain familier et sécuritaire. Le résultat en est un code accessible<sup>379</sup> pour l'arabisant détenant un savoir minimal dans le fiqh, mais profane en droit civil dans la mesure où il ne contient que très peu de termes étrangers<sup>380</sup> et une phraséologie non marquée. Il n'est donc pas étonnant que les oulémas aient donné leur accord à un texte qui représente

---

<sup>377</sup> Nous pouvons voir en ces rejets une stratégie de non-choix par laquelle le traducteur préfère un équivalent parmi une gamme d'options que lui offre la langue cible. Dans une perspective sociotraductologique, ce non-choix est un acte volontaire ou involontaire de la part du traducteur motivé par un ensemble de facteurs linguistiques ou sociaux. Le degré de conscience chez le traducteur de ces facteurs peut expliquer en partie certains choix ou non-choix opérés dans le texte cible.

<sup>378</sup> La domestication est une stratégie de traduction qui réfère à une « ethnocentric reduction of the foreign text to target-language cultural values » (Venuti 1995, p. 20). La domestication vise essentiellement à minimiser l'étrangeté du texte traduit, c'est-à-dire, à le faire fondre dans la culture cible.

<sup>379</sup> Nous ne dirions pas compréhensible dans ces lignes. La compréhension n'est pas toujours le corollaire de l'accessibilité.

<sup>380</sup> Nous relevons bien quelques emprunts, mais ils sont très rares dans le texte. Nous en verrons quelques-uns dans les pages qui suivent.

toutes les caractéristiques du style, de la terminologie et de l'énoncé fiqhique auxquels ils étaient habitués.

La fonction du texte marocain explique en partie son style, plus précisément sa technicité. Cette technicité se traduit par la présence d'une terminologie recherchée et d'un style tendant vers la neutralité, difficilement saisissable chez l'homme ordinaire, c'est-à-dire le non-spécialiste du droit (civil). Dans les faits, cette version n'était pas destinée à « des gens de médiocre entendement » (Montesquieu 1748, p. 139) ni à des hommes de religion<sup>381</sup>. Elle visait un public en particulier, les juristes. Dans un premier temps, le texte traduit devait permettre à la machine judiciaire marocaine de fonctionner, au civil, en arabe. Dans un deuxième temps, il devait constituer une source de formation pour de jeunes juristes arabisants, destinés à faire régir la vie civile des Marocains. Le législateur ne visait donc pas à transférer des connaissances ou à enrichir un dialogue culturel et la décision de traduire elle-même ne semble pas avoir fait l'objet de réflexion profonde de faisabilité à court ou à long terme. Sous de grandes aspirations liées à l'arabisation, à l'amélioration de la norme civiliste<sup>382</sup> imparfaite par la règle religieuse parfaite, il semble que la traduction visait essentiellement à débarrasser la langue arabe de ce qui était jugé à l'époque comme un rattachement stérile au passé, tout ce qui a empêché l'évolution du pays vers la modernité.

Plusieurs lectures comparatives des versions arabes de notre corpus ont montré une différence prononcée entre les deux traductions. Une lecture primaire de la version tunisienne laisse voir immédiatement, du moins pour un lecteur arabophone unilingue, que le texte est rédigé dans un style fluide et n'oppose, du moins en surface, que très peu d'éléments d'étrangeté. En revanche, celle de la version marocaine permet de détecter une tendance marquée chez le traducteur à utiliser des termes et locutions aux allures de calques, créant ainsi des énoncés dont la structure, la phraséologie et la terminologie sont très différents de l'énoncé fiqhique ancestral. Les deux textes donnent une impression de déjà vu, mais dans des sens différents, présageant un rapport marqué d'intertextualité, l'un par rapport à l'autre ainsi que chacun par rapport à d'autres. Le

---

<sup>381</sup> À noter que la commission d'arabisation (chapitre IV) se composait, à côté de juristes formés à l'euro-péenne, de trois membres portant officiellement le titre de *faqih*. L'examen de la version marocaine donne à penser que la présence de ces derniers relevait uniquement du formel (présence légitimante).

<sup>382</sup> Cette question a été traitée au chapitre IV de la présente thèse.

constat de la présence de certaines régularités terminologiques et phraséologiques suggérait une parenté non seulement entre les deux versions arabes, mais entre chaque version arabe et des textes qui lui étaient antérieurs.

Dans la présente recherche, la question de la connaissance des langues sources et cibles de la part de nos traducteurs ne se pose pas. Santillana et Abdel-Baqi démontrent une maîtrise hors du commun non seulement des langues de travail, mais également des différents registres de l'arabe. De plus, leur statut de juristes comparatistes leur confère une connaissance approfondie des droits en cause également.

### **5.2.1 La version tunisienne de 1906 : la stratégie traductionnelle de Santillana**

Nous n'avons que peu d'informations sur l'élaboration de la version tunisienne. L'on sait qu'une fois que la version française définitive a été acceptée par les membres de la Commission de codification des lois tunisiennes, le code « fut traduit et soumis à l'examen d'une commission de juristes musulmans, pris parmi les membres du Charâa et les professeurs de la Grande Mosquée et présidée par Cheikh el Islam. Cette sous-commission se réunit à la fin de juin 1900 et poursuivit ses séances jusqu'au mois de juillet 1901 » (Benoit 1901, p. 398, cité dans Sakrani 2009, p. 25). L'entreprise de traduction par les soins des autorités du protectorat ne fait aucun doute, même en l'absence de toute preuve de discussions entre la commission de rédaction du Code tunisien et la sous-commission des oulémas tunisienne de même que les informations sur les travaux de la commission de juristes musulmans dont le « rôle exact n'est pas réellement connu » (Charfeddine, 1996, p. 426). L'on sait toutefois que le texte arabe « fut minutieusement discuté et modifié sur nombre de points » (Sakrani 2009, p. 25) et qu'une fois les modifications arrêtées, les textes arabe et français ont été « collationnés » (Benoit 1901, p. 398).

Dans le présent chapitre, nous tenons pour acquis que David Santillana est bien le traducteur du code tunisien français de notre corpus vers l'arabe. Bien que nous n'ayons trouvé aucune source officielle qui aille dans ce sens<sup>383</sup>, plusieurs indices suggèrent que c'est bien Santillana qui a

---

<sup>383</sup> En revanche une source, qualifiée d'« anonyme » le traducteur du code tunisien (Aribi 2006, p. 214). Le statut d'anonymat cadre bien avec le statut du législateur et celui du traducteur. De la même manière qu'un code n'a pas d'auteur, il n'aura pas de traducteur.

traduit en arabe le code tunisien. Ainsi, dans la version arabe du D.O.C. publiée en 2009 (p. 30, note 27), les éditeurs semblent reconnaître en Santillana le traducteur de la version française du C.O.C. Ils affirment que, en traitant de l'article 41, « par *dat a chay'e* (identité de l'objet), Santillana renvoyait à *jinss achya'e*. Il se fonde en cela sur le fiqh malékite, notamment *Touhfat ibn Assim* ». Sans le mentionner clairement, Sakrani (2009) semble penser que la version arabe est l'œuvre de Santillana. Nous pensons la même chose, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord la connaissance de l'arabe et de la société tunisienne dont Santillana se prévalait. À l'inverse figure la non-connaissance (ou connaissance insuffisante, notamment de la part de Stéphane Berge) de la langue arabe des autres membres de la commission de codification des lois tunisienne. La traduction tunisienne a nécessité non seulement une connaissance approfondie de l'arabe, mais également la consultation d'œuvres dont le langage est non seulement fiqhique, mais très spécialisé. Par conséquent, seule une personne versée dans ce domaine pouvait s'y hasarder. Santillana était tout indiqué pour cette tâche. Dans le même ordre d'idées, la non-connaissance ou la connaissance insuffisante de la langue française, véhicule de la matière juridique, objet de la codification, excluait toute participation des oulémas au processus de traduction proprement dit. Une certaine unité textuelle ainsi que la présence de certaines régularités terminologiques et syntaxiques dans le code tunisien suggèrent que celui-ci a été l'œuvre d'une seule personne. L'appel fait à Santillana afin qu'il *explique* le code aux oulémas corrobore le postulat qu'il était à la fois le codificateur du texte original rédigé en français et le traducteur de la version arabe tunisienne.

Les éléments réunis jusqu'ici sur Santillana ont montré la disponibilité du traducteur tunisien à agir d'une certaine façon (emprunt de la terminologie et de la phraséologie civiliste) sur le texte codifié, obéissant ainsi au canon de la société source et répondant aux normes de rédaction qui prévalaient à l'époque de la codification tunisienne. Dans le chapitre III, nous avons vu comment il a procédé à un mélange étonnant entre plusieurs systèmes juridiques, notamment le droit français, le droit musulman et le droit allemand, pour ne citer que ceux-là. Le fait que Santillana ait employé largement, dans la version française du code tunisien, la terminologie et le style du code français ne l'a pas empêché d'emprunter une certaine terminologie et une certaine phraséologie à d'autres codes dont le style casuistique s'approchait de celui du fiqh (le code allemand, notamment) ou dans des traductions de certains ouvrages fiqhiques comme le

*Mokhtassar*. Nous avons ainsi vu que Santillana a réussi à insérer l'énoncé du fiqh ou encore celui du code allemand dans le moule civiliste. Cette tendance à l'adaptation chez Santillana allait-elle se reproduire dans la version arabe du code tunisien?

### 5.2.1.1 Légitimation par le terme : emprunt massif au langage du fiqh

Le lexique établi lors de notre opération de dépouillement terminologique a corroboré notre hypothèse initiale de l'existence d'une terminologie qu'on peut qualifier de typiquement fiqhique. Sur le plan textuel, la version tunisienne présente de nombreuses similitudes avec les ouvrages consultés par Santillana lors de sa codification, comme *Morchid al-Hairan* et *Mokhtassar*. Un auteur écrit d'ailleurs à ce sujet : « Les dispositions du code tunisien sont puisées dans le fiqh. Même la terminologie et les intitulés des subdivisions sont repris de *fiqh al-moua'amalates*, traité dans la majorité des ouvrages du fiqh »<sup>384</sup> (Rawatbi 2006, p. 185). Un autre juriste tunisien affirme « [...] De la même manière dont le livre premier (du code) contient des termes provenant du fiqh comme le *jou'al*, *moubah*, *safah*, le deuxième livre contient de nombreux autres termes comme *instinqad*, *kirad*, *mouadaraba*, *khoulou*, *nassba*, *ariya*, *tassfiya*, *moussaqate*, *mougharassa*, *rouhoun*, etc. » (Bouzghiba 2006, p. 48)<sup>385</sup>. Un auteur semble même affirmer que la consultation des ouvrages du fiqh lors du processus de codification a facilité l'opération ultérieure de traduction elle-même (Benmoussa 2006, p. 412-413)<sup>386</sup>.

La présence d'une terminologie fiqhique dans le texte tunisien est très visible. En témoignent les nombreux termes qu'on peut aisément repérer, pour peu qu'on dispose d'une connaissance suffisante des ouvrages classiques du fiqh. À titre indicatif et sans aucune prétention à l'exhaustivité, citons les termes *mal et ra'ess al-mal*, *habss al-mal*, *soum*, *aqar*, *sobra*, *intifa'e* et *manfa'a*, *dima* et *itihad adima*, *ibra'e*, *wali* et *wilaya*, *wassiy* et *wissaya*, *dayn*, *ariya*, *jinaya*, *qayim*, *mohabate*, *solh*, *safah*, *faskh*, *ibtal*, *ithra'e*, *iktissab*, *fassad*, *arch*, *fodoli* et *fodala*, *matl* et *moumattala*, *ijab* et *qoboul*, *wadi'a*, *badina*, *houja*, *gharim*, *maghram* et *magharim*, *manfa'a* et *intifa'e*, *ghasb*, *hawz*, *gharar* et *taghrir*, *holoul*, *moradate*, *hazl*, *azl*, *reda*, *wafa'e*, *hajr*, *kinaya*, *yamin*, *oussr*, *iflass*, *tarika*, *taa'wid*, *tafritt*, *tafliss*. Nous retrouvons également les

---

<sup>384</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>385</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>386</sup> En arabe, notre traduction.

termes *bay'e assilm, hiba, joue'l, mabi'e, taman* et *motaman, kirad, choufa'a, wadi'a, wakala, daman, daman addark, kafala, chariqa, kira'e, ijara, moudaraba, mouzayada, charika, hawala, rahn, bay'e jouzaf, maqassa, inaba, tafwid, iqala*. Nous retrouvons également des termes plus généraux comme *ahliya, fadl, talaf* et *itlaf, halak, makiilate* et *mawzounate, moukhatalate, ghala, thimar, istihsan, dawab, khassara, amana, i'atiman, istihqaq, istifa'e, ichrak, madara, jahala, tadbir, ibram, infaq, ounmoudaj, choubha, darar, daroura, safqa, sawa'ir, khalass, oudr, ayn, kassb, kassad, moukss, mithli, majhoul, mossalaha, maa'doum, milk, nafaqa, etc.* Dans les vices de consentement, nous retrouvons *khayar, ilja'e et moulji'e, ayb, ghabn, taghrir et tatliss, kinayate*.

Chez Santillana, le recours à une terminologie fiqhique ne saurait être justifié par une disparité culturelle prononcée ou à une recherche d'exotisation, ni même être envisagé comme une réponse identitaire à l'existence même d'une terminologie civiliste invasive. Il traduit une intention d'insérer le texte traduit dans un espace linguistique particulier, ce que peut expliquer la fonction du texte lui-même. Ce recours à la terminologie fiqhique semble toutefois être limité par l'existence de certaines réalités occidentales non existantes dans l'espace juridique tunisien. Nous relevons le recours à des emprunts phonétiques<sup>387</sup> à la langue française ou italienne, comme *avocato* (avocat), *makinate* (machines), *rissala tilighrafiya* (télégramme; littéralement *lettre télégraphique*), *wakil bilcommissione ou commesioneji* (commissionnaire, litt. *représentant avec commission*), *boursa* (bourse), ou *fotoghrafiya* (photographique). Santillana emprunte également le terme *kimbialate*<sup>388</sup> pour rendre le terme « lettre de change » et *tamber* pour rendre « timbre ». Toutefois, Santillana ne marque pas ces emprunts par des procédés péritextuels connus (guillemets ou parenthèses, par exemple), mais les greffe directement dans le texte arabe. Ces termes semblent acceptables puisqu'ils ne réfèrent pas à des notions religieuses ou coutumières, mais à des réalités imposées par la modernité de la société tunisienne sous protectorat.

---

<sup>387</sup> L'emprunt illustre, selon Richard (2007, p.79), une situation intéressante : l'idée d'une identité linguistique différentielle, qui elle-même réfère le caractère intraduisible du terme à traduire. « Plus exactement, elle démontre [...] que ce qu'il n'est pas possible de dire, il reste cependant toujours possible de le montrer » (*ibid.*).

<sup>388</sup> Le terme *kimyabalates* provient de l'italien et est classé comme un emprunt par des dictionnaires arabes spécialisés. Il est répandu dans le droit égyptien et dans bon nombre de droits arabes, dont la Jordanie (Hammad 2008, p. 385).

À part ces emprunts occasionnels, Santillana préfère recourir, dans l'ensemble, à un terme fiqhique, même approximatif, que de recourir à un terme étranger ou procéder par calque. Par exemple, il rend le terme « obligations solidaires » par la périphrase *iltizamat allati yahkomouha al-khayar fi attalab*<sup>389</sup>. En cas de synonymie, il préfère utiliser, dans une stratégie qui semble parfois arbitraire, le terme le plus fiqhique possible, c'est-à-dire le plus fermé sémantiquement. Par exemple, parmi tous les équivalents possibles en arabe au terme « impôts », Santillana a choisi *magharim*<sup>390</sup>. Ce choix est probablement motivé par deux raisons. D'abord, il s'agit d'un terme que seul un connaisseur de la langue ancienne du fiqh peut connaître. Ensuite, parce qu'il s'agit du même terme utilisé par Qadri Bacha dans *Morchid al-Haïran*. En cas de polysémie, Santillana sélectionne un sens unique, parfois valable pour une disposition, mais renvoyant à un autre sens dans une autre (ex. *rab al-mal, faskh*). Grâce à un certain processus homologuant (Sacco 1991, p. 31-32), il relève dans le réseau terminologique fiqhique plus ou moins récent (*Morchid al-Haïran*) ou ancien (*Mokhtassar*, entre autres) le terme qui peut renvoyer à un concept similaire civiliste. Ensuite, il réduit le concept fiqhique à des « notions plus élémentaires » (*ibid.*, p. 32), c'est-à-dire qu'il ne lui confère qu'un des sens admis par les fouqaha. C'est le cas du terme élémentaire « obligation » rendu globalement, mais non exclusivement, dans le C.O.C., par *iltizam*. Ce terme est envisagé par les fouqaha dans deux sens, un restreint et l'autre élargi. D'abord, il renvoie à une obligation par laquelle une personne consent volontairement à faire quelque chose, surtout en matière de charité. C'est un sens admis uniquement chez les malikites (Hammad 2008, p. 78). Il peut également avoir un sens plus large et désigner le consentement d'une personne à faire quelque chose volontairement ou par obligation étatique. Le sens du terme *iltizam* dans le C.O.C. concorde avec le deuxième sens dont il partage la majorité des éléments. C'est le cas également du terme *aqd* dont les éléments ont été réduits à une entente bilatérale entre deux parties, alors que chez les fouqaha, un contrat pouvait également désigner une entente unilatérale (don, par exemple). Cette politique de sélection d'équivalents n'est pas systématique ni cohérente chez Santillana, ce qui ouvre la porte à de nombreuses conjectures. Parfois, il procède a contrario, c'est-à-dire qu'il élargit le champ

---

<sup>389</sup> Notons que ce terme a été remplacé dans la version révisée de 2005 par le calque *iltizamat tadamouniya*. La présence de ce terme (ainsi que celle de beaucoup d'autres termes *modernes*) suggère une consultation très probable par les réviseurs tunisiens, de la version d'Abdel-Baqi.

<sup>390</sup> Le traducteur de la version marocaine de notre corpus a choisi un terme plus usuel, bien qu'existant dans la langue du fiqh.

sémantique d'un terme en lui donnant un sens plus large que celui qu'il présente dans le fiqh. Dans le C.O.C., le terme « résolution » a été généralement rendu par *faskh*. Le terme français réfère à l'annulation dont la cause est l'inexécution fautive de l'une des parties, avec effet rétroactif et restitution des prestations reçues. La résolution peut être prévue dans le contrat (clause résolutoire) ou obtenue par voie judiciaire (Bardo, 2014). La partie qui a subi le préjudice à cause de la résolution du contrat a droit à des dommages-intérêts. La différence entre le terme « résolution » et son équivalent arabe *faskh* se manifeste sur le plan des effets. Dans le fiqh, le *faskh* ne confère pas à l'une des parties le choix de demander l'annulation du contrat ou de l'annuler par voie judiciaire. Il ne lui confère que le droit d'en demander l'exécution ou, en cas d'impossibilité de celle-ci, de demander une compensation pour le dommage subi par l'effet de l'inexécution (Abdel-Baqi 1980, p. 247). Chez les fouqaha, le terme *faskh* réfère à l'annulation volontaire du contrat des deux parties. Il devient *infisakh* si la cause est involontaire (destruction de l'objet de la vente ou la mort d'un des contractants par exemple). Dans le C.O.C., le terme *faskh* englobe les deux sens et Santillana l'utilise également pour rendre le terme « rescision ». Dans la version marocaine, le traducteur veille bien à préciser la notion (art. 53 C.O.C. et 50 D.O.C.) :

#### Énoncé français

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

#### Énoncé arabe (D.O.C.)

La violence donne ouverture à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite.

الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من  
المعاقد الذي انجرت له منفعة العقد.

الإكراه يخول إبطال الالتزام  
وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع  
الاتفاق لمنفعته.

Dans tous les cas, on note chez le traducteur tunisien une préférence de la terminologie malékite, allant même jusqu'à employer un terme connu seulement chez ceux-ci. Cette tendance peut s'expliquer par le fait qu'il était un connaisseur de cette école dont il a traduit un ouvrage important, le *Mokhtassar* (Chapitre III) et a enseigné le courant de pensée. À titre d'exemple, il préfère le terme bay'e *al-khayar* à bay'e *achartt* bien que ce dernier figure dans *Morchid al-Hairan*, source importante de sa terminologie. Il y a l'exemple de bay'e *athonya* (vente à

réméré) préféré au terme hanafite<sup>391</sup> *bay'e al-wafa'e*, du terme *dayn* (créance) auquel il donne le sens élargi des malikites, c'est-à-dire tout ce qui peut être source d'obligation (Hammad 2008, p. 208). Dans l'exemple qui suit (art. 726 C.O.C., 626 D.O.C.), Santillana utilise non seulement une terminologie (*manafi'e, adami*) et une phraséologie fiqhiques (*al-aqd ala al-manafi'e*), mais il tient compte de la division uniquement malékite entre les formes de louage, notamment l'*ijara* et le *kira'e*<sup>392</sup>, ce qui loin d'être le cas dans la disposition marocaine :

### Énoncé français

Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses (*kirâ*); celui des personnes ou d'ouvrage (*idjâra*).

### Énoncé arabe (C.O.C.)

العقد على المنافع نوعان نوع على منافع غير الأدمي وهو الكراء ونوع على منافع الأدمي وهو الإجارة.

### Énoncé arabe (D.O.C.)

الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل.

Pourtant, la tendance à suivre la terminologie malékite n'empêche pas le traducteur tunisien de recourir à une terminologie hanafite ou de donner à un terme le sens qui lui est reconnu dans cette école. C'est le cas du terme *khayar ata'eyin* (obligation alternative) employé par les hanafites, mais que les malikites dénomment *bay'e al-ikhtiyar* (Hammad 2008, p. 98). Dans le même ordre d'idées, Santillana utilise le terme *tadliss* dont le sens est plus large chez les hanafites que chez les malikites. Chez les premiers, ce terme désigne non seulement les réticences, mais également les manœuvres destinées à induire l'acheteur en erreur. Il désigne uniquement chez les deuxièmes une réticence du vendeur à indiquer le vice de l'objet vendu. Le choix du terme hanafite est sans doute motivé par le fait qu'il englobe davantage le sens civiliste. À noter qu'en agissant de la sorte, Santillana ne va pas contre la logique fiqhique. Dans la pensée islamique, il n'y a pas d'interdiction à puiser dans les autres écoles du fiqh une solution si celle-ci n'existe pas dans l'école de laquelle on relève. Ce principe est même confirmé juridiquement dans certains pays. C'est ainsi que le code de la famille marocain (art. 400) n'écarte pas la possibilité de recourir à d'autres écoles de l'islam : « Pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du Rite Malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*), aux fins de donner leur expression concrète

<sup>391</sup> Nous avons vu dans le chapitre III que les écoles hanafite et malékite étaient suivies en Tunisie.

<sup>392</sup> Parmi toutes les écoles du fiqh, les malikites distinguent entre les termes *ijara* et *kira'e*. Le premier désigne le contrat de louage des services d'un *adami* (humain, litt. fils d'Adam) ainsi que de choses mobiles (meubles). Le deuxième désigne le contrat de louage des immeubles (une maison, par exemple) (Hammad 2008, p. 21).

aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam ».

Par son appartenance au discours du fiqh, la terminologie empruntée confère au texte un caractère sacré et lui fait acquérir une légitimité que peu de juristes arabisants contestent. Cette appartenance est même présentée comme preuve irréfutable de l'*islamité* du C.O.C. Il n'est donc pas étrange que le code tunisien soit qualifié de « codification fidèle du fiqh malékite » (Mohammad abd al-Jawad 1977, p. 38, cité dans Rawatbi 2006, p. 191).

### **5.2.1.2 Tendances anti-civiliste : non-uniformité, imprécision et mots concrets**

La lecture comparative du texte français source et de ses deux versions arabes cibles permet de relever quelques tendances chez Santillana, notamment une certaine forme d'imprécision et de non-uniformité ainsi qu'un certain rejet d'abstraction, lequel se traduit par le recours à des termes concrets. Ces tendances sont certainement motivées par la fonction du texte, par l'influence qu'exerce le langage du fiqh sur Santillana ainsi que par des choix terminologiques volontaires de celui-ci. Elles peuvent également être motivées par une certaine conception que le traducteur tunisien se faisait du langage fiqhique, notamment une polysémie marquée et une absence d'unification terminologique, jumelées à une tendance à la non-abstraction. La précision et l'uniformité sont des caractéristiques importantes dans toute codification civiliste et l'emploi des termes concrets appartenant à la langue commune va à l'encontre de l'idéal d'abstraction terminologique savant recherché dans une démarche civiliste. Chez un juriste versé dans deux langages spécialisés, cette tendance paraît étrange et tout mène à croire que le non-respect des critères d'abstraction, de précision et d'uniformité terminologiques faisait partie d'une stratégie volontaire qui reflète une conscience élevée chez le traducteur tunisien de la particularité de l'approche des fouqaha au terme. Si les fouqaha accordaient beaucoup d'importance à la précision de l'énoncé, en définissant notamment les termes et en expliquant ceux-ci, on ne relève chez eux aucune tendance à fixer le sens d'une notion à un seul terme ou à atteindre une uniformité terminologique au moyen d'une répétition chronique de mots rendant possible l'établissement de schémas terminologiques abstraits ou le repérage de certaines phraséologies récurrentes, comme c'est le cas en droit civil. La logique d'énonciation étant différente, les fouqaha pouvaient traiter du même concept juridique en nommant plusieurs

synonymes, souvent en raison de leur appartenance géographique<sup>393</sup> et dans une volonté d'atteindre l'ensemble de l'Oumma.

L'absence d'uniformité se manifeste surtout dans le choix des termes marqueurs de l'énoncé civiliste. Nous avons relevé plusieurs équivalents du terme « non avenü », notamment *la amala alayh*, *la yataratab ala dalika chay'e*, *la amal al a-chartt* (litt. n'est pas pris en considération; n'entraîne aucun effet; il n'est pas tenu compte de la condition). Le cas du terme « cas fortuit » est intéressant, il est rendu invariablement par *sabab tare'a*, *amr tare'a* et *amr samaoui* (litt. cause soudaine, événement soudain et acte du ciel)<sup>394</sup>. L'exemple du terme figé « bonne foi » est très significatif pour comprendre la tendance à la non-uniformisation chez Santillana. Nous avons relevé plus de quinze équivalents dans le texte arabe, notamment *an jahl* (par ignorance), *lijahlin kana bihi* (du fait qu'il ignorait que...), *jahlan minhou* (par ignorance de sa part), *mou'atquidan bidalaka* (croyant que), *amana* (confiance, intégrité, loyauté), *houssn qassd* (bonne intention), *bidoun tatliss wa la gharar* (sans dol ni lésion), *bighairi tatliss* (sans dol), *bichoubha* (à la suite d'un doute), *istiqama wa salamat anniya* (litt. sans tricherie et avec une saine intention), *bidoun taghrir* (une forme de dol). On relève la même stratégie dans le traitement du terme « mauvaise foi »<sup>395</sup>. Pour désigner une situation de bonne ou de mauvaise foi chez les parties d'un contrat de vente, Santillana emploie *mouchtari maghrour* (litt. personne ayant subi le dol) pour rendre « acheteur de bonne foi » et *ba'i'e moudliss* (litt. vendeur dolosif) pour rendre « vendeur de mauvaise foi ». La non-uniformité peut traduire chez Santillana un certain rejet d'abstraction dans la mesure où il préfère expliciter la notion que de recourir à une notion abstraite et générique comme « bonne ou mauvaise foi ». Dans le même ordre d'idées, Santillana utilise le terme *waliy*<sup>396</sup> pour rendre à la fois « tuteur », « curateur » et « représentant

---

<sup>393</sup> Par exemple, le terme *mouadaraba* (commandite simple), employé en Iraq avait deux synonymes *mouqarada* et *qirad* dans la péninsule arabe (adopté par les malikites). Cette tendance est encore présente actuellement chez certains auteurs comparatistes. On peut ainsi commencer le traitement du contrat de *mouadaraba* de la manière suivante : « Le contrat de *mouadaraba* ou *mouqarada* ou *qirad* est un contrat qui désigne dans le *fiqh*... »

<sup>394</sup> Il s'agit probablement de néologismes créés par Santillana. Nous n'avons pas trouvé ces termes dans les ouvrages consultés. Les fouqaha nommaient ces concepts *afu samaouiwa* (litt. catastrophe venant du ciel) et *ja'iha* (catastrophe naturelle comme un séisme ou éruption volcanique) (Hammad 2008, p. 18).

<sup>395</sup> La terminologie est tellement différente que l'éditeur de la version tunisienne consultée estime nécessaire de préciser à chaque occurrence, en renvoyant au texte français, qu'il s'agit des notions de *houssn niya* et *sou'e niya*. Ces termes (néologismes) figés ont remplacé quelques occurrences dans la version révisée de 2005.

<sup>396</sup> Le terme *waliy* est très présent dans le code de la famille marocain, lequel relève exclusivement du droit musulman. Dans la version française de ce code, ce terme peut être un tuteur matrimonial (les auteurs veillent à insérer entre parenthèses le terme

légal ». Le terme *créancier*, qui ne devait pas poser un problème particulier lors de la traduction, puisqu'il s'agit d'une notion universelle, est traité de la même manière : il est rendu par *gharim* (litt. rival), *rab adayn* (litt. maître de la créance<sup>397</sup>), *sahib adayn* (litt. le possesseur de la créance), *wahib*<sup>398</sup> (donateur) et *da'in* (créancier), le terme débiteur est rendu par *madin* et *madyoun* et parfois *gharim* ou *moukhalif* (litt. contraire). L'usage des termes est flottant et Santillana peut, selon le cas, utiliser l'un à la place de l'autre. Dans l'exemple qui suit, Santillana réserve le terme *sahib adayn* au créancier et *gharim* au débiteur (art. 162 C.O.C./152 D.O.C.) :

#### Article français

Si les deux prestations deviennent impossibles par la faute du créancier, il sera tenu d'indemniser le débiteur de celle qui sera devenue impossible la dernière, ou si elles sont devenues impossibles en même temps, de la moitié de la valeur de chacune d'elles.

#### Article arabe (C.O.C.)

إذا صار الأمران الملتزم بهما غير ممكنين لتقصير من صاحب الدين الوفاء فعليه للمدين قيمة ما تعذر به أخيراً فإذا صار الأمران غير ممكنين في آن واحد لزم الغريم نصف قيمة كل منهما

#### Article arabe (D.O.C.)

إذا أصبح الشبان مستحيلين بخطأ الدائن، وجب عليه أن يعرض المدين عن آخر ما استحال منهما، إذا كانت استحالتهما في وقتين مختلفين، وعن نصف قيمة كل منهما إذا استحالا في وقت واحد.

Le terme générique *madin* (débiteur) signifie également « cessionnaire » chez Santillana et le terme *da'in*, *cédant*. Le terme *créance* est rendu par *maghram* et par *dayn*. Ce dernier terme réfère également à la notion de « nantissement ». Pour l'expression « en vertu de la loi », Santillana utilise *min haytou al qanoun* et *bimoujib al qanoun* (litt. suivant la loi) et l'expression étrange *wilaya houkmiya* (litt. autorité légale). Le manque d'uniformité peut même se constater sur le plan des termes civilistes primaires comme « obligation » rendue invariablement par *aqd* (contrat), *wajib* (devoir) et *iltizam* (obligation). Il utilise d'autres formules dans des expressions construites autour de ce terme clé du droit civil comme *moutaad bih* (متعهد به) (objet de l'obligation) et *dayn mouchtrak fihi bil'khayar* (obligation solidaire) (الدين المشترك فيه بالخيار), entre autres. Dans deux articles consécutifs (34 et 35), il emploie *assader minhou al ijab* et *sahib al ijab* pour rendre le terme « proposant ». Santillana utilise invariablement les termes *taghrir*, *tadliss* ou *gharar* pour rendre la notion civiliste clé du « dol ». Il recourt même à l'explicitation

wali dans l'énoncé français afin de préciser la notion). Le *wali* est généralement un parent proche ou éloigné d'un mineur, selon un ordre de priorité souvent patriarcale.

<sup>397</sup> Ce terme est utilisé dans le contrat de *moudaraba* (commandite simple) par exemple dans le sens d'investisseur.

<sup>398</sup> Ce terme a été remplacé par *da'in* dans la version de 2005.

en employant le terme *ta'amoud* (intention « frauduleuse ») pour rendre cette notion. Il y a également le cas du terme *syndic* lequel est rendu par *moqqadem attafliiss*, mais parfois par l'emprunt « sandic ». Dans le dernier cas, la non-uniformité peut certainement s'expliquer par une absence d'équivalents dans un cas comme celui du « syndic », lequel renvoie à une réalité inexistante, sous cette forme, à l'époque dans le système récepteur. Dans les autres cas, elle peut également traduire un refus volontaire de figer les termes à la manière civiliste, de peur de rebuter les oulémas. Aucune ignorance de la part du traducteur ne peut être opposée au lecteur dans ce contexte.

L'absence d'uniformité peut se constater aussi bien sur le plan de la structure que sur le plan du contenu. L'article introductif 339 du C.O.C. constitue un exemple parfait à cet égard. En effet, dans cet article qui énumère les causes d'extinction des obligations, Santillana utilise des termes différents de ceux qui vont constituer les titres des chapitres détaillés qui vont suivre. Ainsi :

#### Article français

Les obligations s'éteignent par :

- 1) le paiement;
- 2) l'impossibilité de l'exécution;
- 3) la remise volontaire;
- 4) la novation;
- 5) la compensation;
- 6) la confusion;
- 7) la prescription;
- 8) la résiliation volontaire.

#### Article arabe (C.O.C.)

تتقضي الالتزامات بأحد الأوجه الآتية وهي: أولاً: الوفاء بالالتزام.  
ثانياً: تعذر الوفاء به. ثالثاً: الإبراء الاختياري. رابعاً: استبدال  
الالتزام بغيره. خامساً: المقاصة. سادساً: اختلاط الذمة. سابعاً:  
مضي مدة القيام بالحقوق. ثامناً: الإقالة الاختيارية.

En plus d'opter pour une énumération horizontale et une absence de chiffres arabes dans la mesure où il emploie les adverbes ordinaux *awalan*, *thaniyan*... (premièrement, deuxièmement...), Santillana renomme les chapitres de la manière qui suit : *fi al-ada'e*, *fi adam imkan al-wafa'e bi al-aqd*, *fi bara'at al-isqatt*, *fi tajdid al-iltizamat*, *fi al-maqassa*, *fi ikhtilatt adimma*, *fi soqoutt a-da'ewa bi mourour azzaman*, *fi al-iqala*. La différence entre les intitulés des chapitres et l'énumération de l'article introductif du titre VII rend le repérage de la matière difficile, le lien entre les titres ne se faisant pas immédiatement à la lecture.

Sur le plan de l'imprécision terminologique, imposée surtout par des cas de vide terminologique, nous avons noté le recours à des équivalents approximatifs<sup>399</sup>. Ce recours paraît étrange dans la mesure où le traducteur tunisien aurait pu créer des néologismes pour rendre les termes problématiques. À la place, il préfère recourir à des termes existants dans la langue cible dont le sens est partiellement ou complètement différent, selon le cas. Ainsi Santillana rend « notaire » par *adoul*. Le terme arabe ne couvre pas le champ sémantique du terme français, les *adoul* étant des personnes occupant une fonction très auxiliaire dans le système judiciaire, contrairement à la fonction de notaire. Suivant la même logique, Santillana rend « actions industrielles » par *awraq* (litt. documents, feuilles), « acte authentique » par *ichhad* (témoignage solennel), « responsabilité civile » par *daman* (garantie et caution). Il y a par exemple le cas du terme « greffier », rendu par la périphrase approximative *koutab al mahakim al-houkmiya*<sup>400</sup> (litt. scribes des conseils légaux); « officier public » rendu par *ma'amour*; « fonds de commerce » rendu par *mahal attijara* (litt. lieu du commerce) ou « obligation morale » rendue par *amr mousstahssan* (acte recommandé), « droit réel » rendu par *haq aqari* (litt. droit sur un immeuble), « juges naturels » par *houkam al mila* (juges compétents en matière de religion). Hautement abstrait, le dernier terme est non seulement vague dans la langue cible, mais ne renverrait à aucune notion connue chez les destinataires de l'époque<sup>401</sup>. Dans le même sens, il emploie le terme « servitude » rendu par le terme général *haq* (droit). Il y a aussi l'exemple de « conseil judiciaire » rendu par la périphrase suivante: من هو لنتظره على الصورة المرغوبة قانونا. Fidèle à sa politique de non-uniformité, Santillana ne reprend pas cette périphrase dans d'autres articles pour rendre le terme « conseil judiciaire ». Les exemples qui relèvent de cette catégorie sont très nombreux. L'imprécision terminologique qui caractérise le C.O.C. ne dénote probablement qu'en partie une incapacité chez le traducteur à remplir un vide terminologique, mais renvoie plutôt à son intention éclairée de ne pas placer son lecteur sur un terrain étranger. Elle nous a

<sup>399</sup> Souvent, ces équivalents approximatifs font l'objet de commentaires explicatifs de la part de l'éditeur de la version tunisienne de notre corpus. Ainsi le terme « jour férié » est rendu par *yawm aid rassmi*. Il juge ainsi utile de préciser (p. 79) que « le dimanche est un jour férié, pas un jour de fête », car le terme *aid* signifie littéralement « fête ». La confusion vient du fait que la notion de jour férié telle qu'elle est présentée par le C.O.C. n'est pas connue en ces termes dans la société précoloniale.

<sup>400</sup> Cet équivalent a été modifié lors de la révision de 2005.

<sup>401</sup> Notons que les réviseurs de la version tunisienne de 2005 ont adopté le calque *qodate tabi'iyin* (litt. juges naturels), ce qui trahit une consultation très probable de la version marocaine. Un auteur (Belkani 2006, p. 36) voit dans ce changement une visée sociologique en ce sens que l'adoption du nouveau terme constitue une « admission des changements de la signification des normes dans la mesure où, liés à la transformation des codes culturels associée à la lecture de la loi par la jurisprudence ou la doctrine, ils constituent la simple prise de compte, dans le droit, des valeurs dominantes auxquelles adhère la société ».

imposé une consultation fréquente du texte source dans la mesure où le lien entre celui-ci et sa traduction semblait souvent perdu.

Motivé sans doute par une volonté de rendre sa version fiqhique<sup>402</sup>, le traducteur tunisien procède de deux manières : soit il adopte des termes de la langue commune à forte charge morale et religieuse, qui réfèrent à une mémoire collective et à la vie de tous les jours, ou il évite les termes marqués dont l'emploi aurait imposé une nécessité de définition. Le terme « patrimoine » constitue un exemple de la deuxième tendance. Santillana recourt à une périphrase pour le rendre : *maa kana mawjoudan indahouma* (litt. ce dont ils disposaient). Cette périphrase a nécessité une explication (suivie du terme français original) de la part de l'éditeur de la version consultée. Les exemples de la deuxième tendance sont très nombreux. Il y a le terme *haya'e* (pudeur) pour rendre « crainte révérencielle » (art. 55 C.O.C.). Le concept de *crainte révérencielle* est utilisé, dans le contexte civiliste, pour désigner la crainte que peut éprouver un descendant envers un ascendant. En revanche, le terme *haya'e* n'a pas exclusivement ce sens en arabe, mais désigne le sentiment général de pudeur, généralement attribué aux jeunes filles. C'est le cas également du terme *istiqama* (droiture) ou celui de *amana*<sup>403</sup> pour rendre le terme *bonne foi*. Le terme *istiqama* a une forte charge morale. C'est une qualité que chaque bon musulman doit posséder et c'est une qualité que le Coran et les dires du Prophète encouragent fortement. On relève l'existence d'autres termes comme *nikah* au lieu du terme plus général *zawaj* (mariage)<sup>404</sup> ou du terme *wafa'e* (loyauté, fidélité) au lieu du terme exact *tanfid*. On peut citer l'exemple du terme *tribunal* rendu par *majliss* au lieu du terme *mahkama*. Le choix du terme *majliss* renvoie à une tradition, à une certaine manière de faire, notamment celle des oulémas réunis pour résoudre un litige, présents dans la mémoire collective comme une vision de justice sociale parfaite. Il y a les termes *salaf* (celui dont on hérite) et *khalaf* (héritier et succession) alors que des termes plus précis existent, notamment *waarit* et *mawrouth, kitab* (litt. livre ou lettre) au lieu de « proposition ». Dans le même ordre d'idées, notons l'emploi des

---

<sup>402</sup> On devine également chez Santillana une fascination pour le *fiqh*, une certaine volonté de codifier le droit musulman, de créer un ouvrage similaire aux ouvrages majeurs du *fiqh*, mais qui serait amélioré, plus systématique, moins *anarchique*.

<sup>403</sup> Ce terme est d'ailleurs fortement présent dans le Coran (Rawatbi 2006, p. 199, note 50). Terme motivé dans la culture arabo-islamique puisqu'il constitue un caractère du Prophète (*amin*) (Rawatbi 2006, p. 199, note 50).

<sup>404</sup> Relevé du religieux, ce terme a d'ailleurs été modifié lors de la révision du C.O.C. en 2005. Notons également que Santillana n'a pas jugé utile de tenir compte du fait que Qadri Bacha fait la différence entre les deux termes dans *Morchid al-Hairan*.

verbes renvoyant à des notions *ibaha*, *ijaza* (permission), *fassad* (invalidation), etc. Santillana va même jusqu'à rattacher les clauses d'un contrat à la notion de *ibaha*, laquelle est d'essence religieuse et morale, « rattachée à l'idée du halal et haram » (Al-Dabbagh 2011, p. 418, note 105) ou de *nah'y* pour rendre « ne pas faire ». L'expression *nahy' an* ne comporte pas uniquement, contrairement à l'expression « ne pas faire », une forme d'abstention. Elle s'inscrit dans un principe religieux fondamental, celui de « al-amr bi al-maarouf et anahy an al mounkar » (recommander le bien et condamner le mal). La présence de ce principe dans le Coran lui-même confère au choix du terme par Santillana une certaine référence qui va au-delà de la simple abstention. Par ces choix stratégiques, Santillana place les clauses contractuelles dans la sphère du permis et du non-permis religieux, les éloignant par la même occasion de la sphère positive (*machrou'a*) laïque. Une obligation illicite devient alors *aqd ghayr moubah* (litt. contrat non permis) et *iltizam ghayr moubah*. Il va même jusqu'à traduire « cause illicite » par *chay'e haram* (litt. chose interdite par une prescription religieuse). Il adopte le même traitement pour « cause illicite », rendu par *sabab ghayr ja'iz* (litt. cause non permise). Pour rendre la notion de validité d'une obligation, il utilise le terme *siha* dans ses dérivés verbaux (*yasih*, *la yasih*) et adjectivaux (*sahih*).

Dans tous les cas, il y a une tendance très marquée chez le traducteur tunisien à éviter les termes et expressions civilistes figés, créant ainsi des dispositions difficilement compréhensibles. L'article 73 du C.O.C. en fournit un bel exemple :

### Énoncé français

Celui qui, se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait, a payé ce qu'il ne devait pas, a droit à répétition contre celui auquel il a payé. Mais celui-ci ne doit aucune restitution si, de bonne foi et en conséquence de ce paiement, il a détruit ou annulé le titre, s'est privé des garanties de sa créance ou a laissé son action se prescrire contre le véritable débiteur. Dans ce cas, celui qui a payé n'a de recours que contre le véritable débiteur.

### Énoncé arabe

من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه ممن اتصل به لكن لا يلزم هذا بالرد إذا مزق رسم الدين أو أبطله أو سلم في توثقة الدين أو ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقه في القيام بمرور المدة جهلا منه بحقيقة الأمر فلم يبق للدافع والحالة هذه إلا الرجوع على المدين الحقيقي.

Dans cet exemple, Santillana ne rend pas exactement les concepts « erreur de droit » (*min hayth al-houqouq*) et « erreur de fait » (*min hayth haqiqat al-amr*). Il rend la collocation « a droit à répétition » par *lahou an yastarji 'e ma adah* (litt. peut se faire restituer ce qu'il a payé) et traduit « garanties » par le faux sens *tawthiqat adayn*. À noter que Santillana utilise plusieurs expressions pour rendre « droit à répétition ». Dans le même ordre d'idées, on retrouve l'expression *youmhil ala wajh al fadl* comme équivalent de « délai de grâce ».

Le recours à des procédés traductionnels comme la paraphrase ou l'explicitation et le rejet du calque et des néologismes trahit une certaine prise en considération, chez Santillana, de la particularité des langues juridiques en cause. Estimant sans doute qu'un calque constituerait un élément étranger dans un code emprunté, il préfère décrire un concept en des termes connus de ses destinataires immédiats, même au risque de produire un énoncé cible méconnaissable, très éloigné de sa source. D'un point de vue strictement terminologique, la stratégie de Santillana ne nie pas au lecteur unilingue arabophone le droit de se reconnaître dans un code traduit destiné à régir un espace considérable de sa vie désormais *moderne*. Il ne le rebute pas par une prolifération de calques et de néologismes qui pouvaient rendre la compréhension du texte difficile. D'un autre côté, il l'empêche de saisir pleinement le sens civiliste et le pousse vers une quête de compréhension de termes dont le sens est souvent éparpillé entre deux textes.

### **5.2.1.3 Légitimation par l'énoncé : style fiqhique contre style civiliste**

Le style, dit Gouanvic (2007, p. 74), « ne dépend pas au premier chef du sens des mots, mais de l'agencement syntaxique et de la prosodie de la phrase ». Dans l'espace rédactionnel du droit, c'est par son jeu d'insertion de termes et sa modulation de la forme de l'énoncé que le rédacteur se démarque. Ce rédacteur, lorsqu'il est civiliste, recourt à une certaine forme d'agencement des termes, et à certaines formulations syntaxiques de manière à faire acquiescer à l'énoncé un certain ton. Ce ton, dans le cas civiliste, n'est pas sans exercer une certaine fascination sur le lecteur. Au début de notre recherche, nous nous sommes demandé si le traducteur tunisien avait réussi à traduire le style marqué de la version française. Ensuite, la comparaison entre la version tunisienne et la version marocaine, plus proche du style source, a révélé que Santillana a suivi généralement le modèle fiqhique, laissant un « remainder » (Venuti) très fort dans la version arabe. Connaissant profondément la société tunisienne, il a veillé à adapter un discours législatif

porteur d'autres valeurs et d'une autre vision à l'espace juridique cible. Les réalités sociales de l'époque et la fonction du texte lui ont imposé de gérer d'une certaine façon ses savoirs doublement juridiques et linguistiques et d'opérer certaines transformations à tous les niveaux du texte afin que le code traduit soit accepté par ses destinataires. Ces transformations s'inscrivent dans une approche méthodique menée dans le but d'assurer une naturalisation optimale du texte traduit, de manière à effacer toute trace étrangère dans son tissu rédactionnel. En effet, à part le respect d'une certaine concision présente dans l'énoncé civiliste et imposée par l'existence même du texte source, Santillana a procédé de trois manières pour créer un style fiqhique. D'abord une insertion méthodique de la terminologie particulière du fiqh. Ensuite, l'emploi d'une phraséologie fiqhique (surtout dans la seconde partie du code consacrée aux contrats, aspect plus pratique régi abondamment par les théologiens-juristes musulmans). Il a veillé à puiser à même la langue du fiqh des expressions entières qu'on peut facilement repérer. Ces expressions sont si nombreuses qu'un auteur affirme que Santillana va « jusqu'à copier mot à mot des règles du fiqh » (Bouzghiba 2003, p. 198, cité dans Rawatbi 2006, p. 190). Enfin, il y a la modulation syntaxique (inversion, tournures verbales, concision, explicitation, personnalisation) qui éloigne la version traduite du texte source, constituant une sorte d'hypertraduction (Delisle 2003, p. 43). Le recours intensif à la modulation et à ses corollaires (ajout, étoffement ou à l'inverse, l'implicitation) trahit chez Santillana une conscience élevée du mode d'énoncé fiqhique. Elle suppose chez le traducteur tunisien une connaissance des moyens d'un registre de langue spécialisée, celui du fiqh. Elle présuppose aussi la capacité de ce dernier à choisir les tournures susceptibles, non pas de produire le même effet chez le lecteur que celui voulu dans le texte source, mais un effet similaire à celui que susciterait un énoncé original du fiqh. Le recours à une terminologie fiqhique ayant été traité dans les pages précédentes, nous consacrerons cette section à l'examen de la phraséologie et du remodelage syntaxique manifeste dans la version tunisienne.

Une lecture comparative du C.O.C. et de *Morchid al-Haïran* démontre clairement que Santillana a puisé largement dans les dispositions de celui-ci les termes et les phrases pouvant être utilisés dans la traduction ou qui peuvent inspirer celle-ci. Le choix d'adopter le style de cet ouvrage est sans doute allé de soi. D'abord en raison de sa modernité par rapport aux œuvres mères du fiqh. Ensuite parce que les dispositions du texte source français se prêtaient sans doute mal à un

exercice d'adaptation extrême au style islamique classique, comme celui d'*al-Mouwatta'e* par exemple<sup>405</sup>. Voici des exemples :

Art. français	Art. arabe (C.O.C.)	Art. <i>Morchid al-Hairan</i>
<p>Lorsqu'elle (la violence) est constituée de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable, eu égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à leur degré d'impressionnabilité. (art. 51, 2e al.)</p>	<p>إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم يبدين المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو عرضة أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره.</p>	<p>(مادة ١٩٤) يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحسب والضرب كرامة وقلة وسنة وضعفا</p>
<p>Est nulle la vente d'une chose inexistante, telle que des fruits en germe ou dont l'existence est aléatoire, par exemple le produit à naître d'un animal, une récolte non encore sortie de terre. (574)</p>	<p>بيع المعدوم باطل كثمره لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه</p>	<p>(مادة ٢٨٩) بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نياحه ولا بيع الحمل</p>
<p>Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes, ou à</p>	<p>العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.</p>	<p>(مادة ٢٢٠) العبرة في العهود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني</p>

<sup>405</sup> Voir le chapitre I de cette thèse.

la construction des phrases. (515)

À l'article 565 du C.O.C., l'expression, « la vente faite par un malade, pendant sa dernière maladie... » est rendue par Santillana par « بيع المريض في مرض موته » (litt. La vente effectuée par un malade pendant la maladie qui a causé sa mort). Notons la ressemblance avec la disposition suivante de *Morchid al-Hairan* :

( مادة ٤٦٤ )  
بيع المريض في مرض موته لو ارثه موقوف على اجازة بقية الورثة ولو كان بمن المثل فان اجازوه  
جازوان لم يجزوه يطل

On note également une similitude dans les titres :

Titre français (chap. II)	Titre arabe (C.O.C.)	Titre <i>Morchid al-Hairan</i>
Du louage d'ouvrage et du louage de services (idjara)	في الإجارة على خدمة الأدمي أو على صنعه	في اجارة الأدمي للخدمة والعمل
De la prescription	في سقوط الدعوى بمرور الزمن	عدم ماعة الدعوى بمرور الزمان

De ce fait et en comparaison à la version marocaine, dont la phraséologie utilisée est plus neutre, le texte tunisien se caractérise par une phraséologie très marquée. Les exemples sont très nombreux : *aqd moualag ala chartt*, *bay'e al maa'doum*, *houwa mahmouloun ala arrida*, entre autres. Nous retrouvons également des expressions fiqhiques comme *habss al-mabi'e* (ne pas délivrer la chose vendue) et *da oussra* ([personne] tombée en déconfiture)<sup>406</sup>, *la qiyam bil ayb fima bi'e* (litt. aucune action pour vice dans ce qui a été vendu), *bila wajhin youbihou dalik* pour rendre « sans une cause qui valide ce profit ». L'énoncé tunisien se caractérise aussi par des tournures métonymiques comme *rojou'e al-mabi'e liyadi al-ba'i'e* (litt. retour de l'objet vendu

<sup>406</sup> Art. 601 du C.O.C.

à la main du vendeur)<sup>407</sup> ou des collocations idiomatiques relevant de l'arabe classique comme *yadriba ajalān* (litt. frapper un délai).

Examinons l'exemple qui suit :

### Énoncé français

Le cautionnement peut avoir pour objet une obligation éventuelle (telle que la garantie pour cause d'éviction), future ou indéterminée, pourvu que la détermination puisse être faite par la suite (telle que la somme à laquelle une personne pourra être condamnée par un jugement); dans ce cas, l'engagement de la caution sera déterminé par celui du débiteur principal.

### Énoncé arabe (art. 1483 C.O.C.)

تجوز الكفالة في عقد معلق على شرط مشكوك الوقوع كضمان الدرك أو مستقبل أو غير معين بشرط إمكان التعيين بعد ذلك كقوله ما يثبت لك على فلان بالقضاء فعلي وفي هذه الصور يكون التزام الكفيل بقدر ما يثبت على المكفول.

### Énoncé arabe (art. 1121 D.O.C.)

تجوز كفالة الالتزام المحتمل (كضمان الالتزام الذي قد ينشأ بسبب الاستحقاق) أو المستقبل أو غير المحدد، بشرط أن يكون قابلاً للتحديد فيما بعد (كالمبلغ الذي يمكن أن يحكم به على شخص معين)، وفي هذه الحالة يتحدد التزام الكفيل بالتزام المدين الأصلي.

La comparaison entre l'énoncé marocain et son équivalent tunisien jette la lumière sur la stratégie islamisante de Santillana. En effet, en plus d'une insertion de termes typiquement fiqhiques, sans tenir compte de la différence sémantique, comme *daman adark* pour rendre *garantie pour cause d'éviction*, ou de termes généraux comme *imkan taa'yin, qada'e, biqadr*, Santillana emploie les expressions *aqd moualaq ala chartt, aqd machkouk al-wouqou'e* (litt. contrat conditionnel incertain), *fi hadihi assouwar* (litt. dans ces situations). Il n'estime pas nécessaire de rendre débiteur par *madin*, mais utilise le terme fiqhique précis dans les circonstances *makfoul*. Dans cet exemple toutefois, l'élément le plus important reste la personnalisation (par rapport à la dépersonnalisation manifeste de la version marocaine et partant, celle de l'énoncé original) de l'énoncé arabe. Pour rendre le segment « telle que la

<sup>407</sup> Art. 697 C.O.C. Cet article fait partie de la section consacrée à la vente à réméré dont les articles ont été abrogés en 1958. La section équivalente demeure en vigueur dans le code marocain.

somme à laquelle une personne pourra être condamnée par un jugement », Santillana préfère recourir à la formulation suivante : « [...] que lorsque tel affirme, je suis garant de la somme à laquelle sera condamné tel à ton avantage ». Notons également le non-recours aux parenthèses dans la version tunisienne<sup>408</sup>, contrairement à l'énoncé marocain. Cette stratégie démontre l'influence du style fiqhique chez le traducteur tunisien qui se manifestait, chaque fois qu'il lui était possible, par l'insertion d'une forme d'oralité distinctive relevant du répertoire terminologique et phraséologique du fiqh. Cet autre exemple va dans le même sens :

### Énoncé français

Le prix de la vente doit être déterminé. On ne peut en rapporter la détermination à un tiers ni acheter au prix payé par un tiers, à moins que le prix ne soit connu des contractants. On peut, cependant, s'en référer au prix fixé dans une mercuriale, ou tarif déterminé, ou à la moyenne des prix du marché, lorsqu'il s'agit de marchandises dont le prix ne subit pas de variations. Lorsque ce prix est variable, les contractants sont présumés s'en être référés à la moyenne des prix pratiqués.

### Énoncé arabe (art. 579 C.O.C.)

تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح بعت أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى به فلانا إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع وقد يصح الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريف معينة أو على متوسط اسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنهما اعتمادا متوسط الثمن الواقع.

### Énoncé arabe (art. 487 D.O.C.)

يجب أن يكون الثمن الذي ينعقد عليه البيع معينا. ولا يسوغ أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الغير، كما أنه لا يسوغ أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به الغير ما لم يكن هذا الثمن معروفا من المتعاقدين. ومع ذلك، يجوز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريف معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

Dans cette disposition, Santillana réécrit « On ne peut en rapporter la détermination à un tiers ni acheter au prix payé par un tiers » en « il n'est pas permis (de dire) j'ai vendu ou acheté au même prix déterminé par tel ou au même prix payé par tel ». La différence avec la version

<sup>408</sup> Des guillemets ont été ajoutés dans les versions ultérieures du C.O.C.

marocaine est significative et montre le degré d'écart de Santillana par rapport à la disposition originale.

Dans cet article (art. 547 C.O.C.) :

<b>Énoncé français</b>	<b>Énoncé arabe (C.O.C.)</b>
Nul ne peut venir contre son fait si la loi ne le permet expressément.	من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا اجاز القانون ذلك بوجه صريح.

Le traducteur tunisien commence son énoncé par la conjonction *man* (litt. qui, quiconque) et emploie le verbe *sa'a* (سعى) (litt. œuvrer) et son substantif (سعي) (en contexte, démarche) dans l'expression *fa sa'eyouhou mardoudoun alayh* dans une démarche explicative manifeste qui s'éloigne du texte source. Une retraduction (littérale) donne ce qui suit :

*Celui qui cherche à annuler ce qui a été fait de sa part, sa démarche sera retournée contre lui sauf si la loi le permet d'une façon claire.*

Le refus de rendre les formules figées civilistes comme « toute stipulation d'un... », « le tout sauf les stipulations des parties » est une autre forme d'adaptation à la phraséologie fiqhique dans un texte où la présence d'une autre forme d'énonciation risque d'étonner des destinataires habitués à une forme spécifique d'énonciation de la norme (les oulémas). Chaque fois que cette situation conflictuelle se posait, Santillana préférait soit commettre une omission et ignorer complètement (art. 696 C.O.C.) l'expression, soit procéder au remplacement de celle-ci par des équivalents explicites. Notons la différence entre la version de Santillana et celle d'Abdel-Baqi dans ce paragraphe (art. 703 C.O.C., 604 D.O.C.) :

<b>Énoncé français</b>	<b>Énoncé arabe (C.O.C.)</b>	<b>Énoncé arabe (D.O.C.)</b>
Les parties peuvent, toutefois, convenir d'un délai moindre; toute stipulation d'un délai supérieur est nulle et doit être réduite aux délais ci-dessus.	وللمتعاقدين أن يتشرطا أجلا أقل مما ذكر لا أكثر منه وإن زاد عليه يحط إلى القدر المبين في صورتين أعلاه.	ومع ذلك يسوغ للمتعاقدين أن يتفقوا على أجل أقصر. وكل اشتراط لأجل أطول يكون باطلا، ويلزم إنقاصه إلى الأجل المبينة فيما سبق.

En comparaison avec la version marocaine, l'énoncé tunisien manifeste un écart prononcé, par rapport à l'énoncé civiliste. Pour rendre l'expression « toute stipulation d'un délai supérieur est

nulle », Santillana évite de créer une formule correspondante en arabe, mais procède à un remodelage syntaxique complet de l'énoncé afin d'insérer uniquement le segment *wa'in zada alayh* (litt. si « le délai » dépasse...). À l'opposé, Abdel-Baqi calque l'expression française *wa koulou ichtiratt li ajal attwal yakounou battelan*.

Le remodelage syntaxique auquel s'est livré Santillana dans le C.O.C. témoigne du degré de liberté que seul, dans un contexte de traduction législative, un auto-traducteur peut se permettre<sup>409</sup>. Plusieurs éléments font de la version tunisienne une version pratiquement autonome du texte source : la condensation des paragraphes et des alinéas, l'existence d'une certaine forme de coordination qui caractérise généralement l'énoncé en langue arabe, la domination des tournures verbales sur les tournures nominales, le rejet de la ponctuation, la modification, parfois extrême, de l'ordre des éléments des énoncés, le recours fréquent à l'explicitation et à l'implicitation. Les exemples qui suivent illustrent ces procédés.

La condensation des paragraphes civilistes produit des énoncés arabes longs, compacts (phrases regroupées) et sans ponctuation (à l'exception du point final), dont la lecture n'est pas facile :

Énoncé français	Énoncé arabe (art. 630 C.O.C.)	Énoncé arabe (art. 532 D.O.C.)
<p>La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets :</p> <p>a) le premier est la jouissance et la possession paisible de la chose vendue (garantie pour cause d'éviction);</p> <p>b) le second, les défauts de cette chose (garantie pour les vices rédhibitoires).</p> <p>La garantie est due de plein droit, quand même elle n'aurait pas été stipulée. La</p>	<p>ضمان البائع للمشتري ينحصر في أمرين أولهما حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض وهو ضمان الاستحقاق. ثانيهما سلامته من العيب وهو خيار العيب. والبائع محمول على هذا الضمان ولو لم يشترط صراحة في العقد ولا تنفك عهده منه بثبوت شبهة له.</p>	<p>الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين: أ- أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛ ب- وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب). والضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط. وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.</p>

<sup>409</sup> Le statut d'auto-traducteur, écrit Glanert (p. 70), confère à celui qui s'en prévaut le droit de « désorganiser et de réorganiser sa phrase en bouleversant l'ordre des syntagmes ainsi qu'il lui convient. Il peut se livrer sans scrupule à tous les déplacements sémantiques, si insolites soient-ils. Comme il est loisible de s'adonner à des omissions ou à des ajouts ». En dehors du texte littéraire, la liberté de désorganiser un énoncé législatif ne constitue pas une réaction normale. Le transfert juridique en bloc ne constituant pas une situation de « traduction normale » (Sacco 1991, p. 30), on se demande si le traducteur, surtout s'il est aussi codificateur, n'est pas dans son droit d'intervenir comme bon lui semble sur le texte cible. Ses interventions répondraient à des fonctions d'adaptation à la langue cible et à l'obtention de l'aval des destinataires du texte traduit.

bonne foi du vendeur ne l'exonère pas de cette obligation.

### Énoncé français

Lorsqu'il s'agit de choses mobilières, autres que les animaux, l'acheteur doit examiner l'état de la chose vendue aussitôt après l'avoir reçue et notifier immédiatement au vendeur tout défaut dont celui-ci doit répondre, dans les sept jours qui suivront la réception. A défaut, la chose est censée acceptée, à moins qu'il ne s'agisse de vices non reconnaissables par un examen ordinaire, ou que l'acheteur n'ait été empêché, pour une cause indépendante de sa volonté, d'examiner l'état de la chose vendue. Dans ce cas, les vices de la chose doivent être notifiés au vendeur aussitôt après leur découverte; à défaut, la chose est censée acceptée. Le vendeur de mauvaise foi ne peut se prévaloir de cette dernière réserve.

### Énoncé arabe (art. 652 C.O.C.)

إذا بيع شيء من المنقولات ما عدا الدواب فعلى المشتري أن يقبله عند وصوله له فإن ألقى به عيبا وجب عليه إعلام البائع بذلك حالا وإن لم يعلمه في السبعة أيام الموالية ليوم وصول المبيع له اعتبر سكوته قبولا. إلا إذا كانت تلك العيوب من شأنها أن تخفى عند التقليب على من لم يتأمل أو إذا حصل للمشتري مانع عاقه عن التقليب وفي هاتين الحالتين يجب عليه إعلام البائع بمجرد اطلاعه على العيب وإلا اعتبر راضيا هذا إذا كان البائع غير مدلس وإلا فلا يعد سكوت المشتري رضاء.

### Énoncé arabe (art. 543 D.O.C.)

إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة، عدا الحيوانات، وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه، خلال السبعة الأيام التالية للتسلم.

وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته، من فحص الشيء المبيع. وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافها. فإن لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع سبئ النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير.

Dans le même ordre d'idées, notons la tendance chez Santillana à créer des dispositions indivisibles dont les composantes sont liées par des conjonctions de coordination, notamment *wa*. Santillana emploie souvent la formule classique suivante : *man* (qui)..., *fa* (donc)... *wa*, comme le montre l'exemple suivant :

### Énoncé français

Nul ne peut venir contre son fait si la loi ne le permet expressément.

### Énoncé arabe (C.O.C.)

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا اجاز القانون ذلك بوجه صريح.

Parfois, le recours abusif au *wa* produit un effet assez chargé. Voici un exemple (art. 38) :

#### Énoncé français

Néanmoins, on peut stipuler au profit d'un tiers, même indéterminé, lorsque telle est la clause d'une convention à titre onéreux que l'on fait soi-même ou d'une libéralité que l'on fait au promettant.

Dans ce cas, la stipulation opère directement en faveur du tiers; celui-ci peut, en son nom, en poursuivre l'exécution contre le promettant, à moins que l'exercice de cette action n'ait été interdit par le contrat ou n'ait été subordonné à des conditions déterminées.

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

يسوغ اشتراط شرط تعود منفعتة على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين. وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة وإذا اشترط شيء للغير فاعلم الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشرط.

Chez les *fouqaha*, le *wa* n'agit pas toujours comme élément de coordination, mais a parfois une fonction uniquement rhétorique. Notons que Santillana emploie *wa*, sans que son équivalent français « et » n'existe vraiment, implicitement ou explicitement, dans l'énoncé source. Il procède au même jeu avec la particule *fa* qui peut exprimer la coordination et la conséquence. En juxtaposant ces deux particules, l'énoncé traduit n'est pas loin de rappeler l'énoncé coranique<sup>410</sup>. Santillana recourt à d'autres formules *layssa ala* (litt. n'est pas tenu), *fala* (litt. ne doit pas), *ida* (lorsque)... *kana* (était).

Sans être systématique chez le traducteur tunisien, il y a une prédominance des tournures verbales sur les tournures nominales. L'article commence par un verbe placé en début de phrase (*yajouz*, *yanqadi*, *you'atabar*, *yatim*, *yassough*). Voici un exemple (art. 30) :

---

<sup>410</sup> Nous retrouvons ce type d'énoncé dans le code de famille marocain fondé essentiellement sur le *fiqh* malékite.

### Énoncé français (C.O.C.)

La proposition est révocable tant que le contrat n'est point parfait par l'acceptation ou le commencement d'exécution entrepris par l'autre partie.

### Énoncé arabe (C.O.C.)

يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر 411.

Par rapport à la disposition marocaine, l'article qui montre clairement le degré de liberté que prend Santillana par rapport au texte français :

#### Article français

Le père qui administre les biens de son enfant mineur ou incapable, le tuteur, le curateur et généralement tous administrateurs constitués par la loi, ne peuvent faire aucun acte de disposition sur les biens dont ils ont la gestion, qu'après avoir obtenu une autorisation spéciale du magistrat compétent; cette autorisation ne sera accordée que dans les cas de nécessité ou d'utilité évidente de l'incapable.

Sont considérés comme actes de disposition, au sens du présent article, la vente, l'échange, la location pour un terme supérieur à trois ans, la société, le partage, la constitution de nantissement et les autres cas expressément indiqués par la loi.

#### Article arabe (art. 15 C.O.C.)

الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من القاضي أو من غيره من ذوي النظر حسب ديانة المولى عليه

#### Article arabe (art. 11 D.O.C.)

الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية. ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمعاوضة والكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة.

<sup>411</sup> Par rétrotraduction, l'énoncé commencera de cette manière : « Il est permis de révoquer la proposition tant que le contrat n'a pas été accepté ou exécuté par l'autre partie ». Il est à noter que cet article est repris tel quel dans le code marocain, sauf pour le verbe introductif. Abdel-Baqi utilise *yajouz* (synonymie) :

يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر.

En appliquant la technique de rétrotraduction à cet article, l'énoncé tunisien sera comme suit :

Le père administrateur des gains de son enfant mineur et incapable ainsi que l'administrateur de gains désigné d'une façon légale ne peut pas agir sur ce qui fait l'objet de leur mandat comme la vente l'échange la location qu'après une durée de trois ans et *inzal* et *charika* et *mouqassama* et *rahn* que sur autorisation du juge ou d'une personne ayant ce pouvoir selon la religion de l'incapable.

Comme l'exemple qui précède, celui qui suit témoigne du degré élevé de restructuration syntaxique chez Santillana :

#### Article français

La vente de la chose d'autrui est valable :

- 1) si le maître la ratifie;
- 2) si le vendeur acquiert ensuite la propriété de la chose;

Dans le cas où le maître refuse de ratifier, l'acquéreur peut demander la résolution de la vente; le vendeur est tenu, en outre, des dommages-intérêts, lorsque l'acquéreur ignorait, au moment de la vente que la chose était à autrui.

La nullité du contrat ne peut jamais être opposée par le vendeur, à raison de ce que la chose était à autrui.

#### Article arabe (art. 576 C.O.C.)

يجوز بيع ملك الغير إذا أجاز له ربه أو صار المبيع ملكا للبائع بعد. فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أن البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطان البيع بدعوى أنه فضولي<sup>412</sup>.

#### Article arabe (art. 485 D.O.C.)

بيع ملك الغير يقع صحيحا:  
1- إذا أقره المالك؛  
2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.  
ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير.

Outre une absence d'énumération, la présence d'équivalents explicatifs (*fodoli*) que le texte source ne nomme pas de cette manière (Santillana traite du « vendeur *fodoli* » au lieu de la « chose appartenant à autrui »), le plus remarquable reste le recours à des termes usuels chez les fouqaha comme *rab* (polysémie : « Dieu », mais aussi « propriétaire ») ou *khasara*

<sup>412</sup> Cette disposition a été modifiée dans la version révisée de 2005 (insertion d'une énumération « premièrement et deuxièmement ») :

يجوز بيع ملك الغير: أولا: إذا أجاز له ربه. ثانيا: أو صار المبيع ملكا للبائع بعد. فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أن البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطان البيع بدعوى أنه فضولي.

(dommages-intérêts). Plus remarquable encore le recours à une forme verbale (*yajouz... fa'in lam youjizhou*) pour introduire un énoncé long dont la rythmique semble sortir tout droit d'un ouvrage fiqhique.

Dans la version arabe du C.O.C. Santillana va *a contrario* de la stratégie rédactionnelle qu'il a adoptée durant la codification du code tunisien. De la même manière qu'il a versé l'énoncé islamique dans le moule civiliste (terminologie et formulation y comprises), il réadapte l'énoncé civiliste, dans une entreprise d'aller-retour entre des sources linguistiques variées, à l'énoncé du fiqh. Ayant à l'esprit d'assurer l'acceptabilité de son œuvre parmi les oulémas, sa stratégie rédactionnelle était claire : il prenait la règle civiliste, mais l'écrivait, autant que possible selon le modèle fiqhique, modulant la syntaxe de manière à ce qu'elle ressemble à celle utilisée par les fouqaha. Cette stratégie ne l'empêche toutefois pas de *céder* de temps en temps au style civiliste en utilisant des formules indéterminées ou des tournures impersonnelles. Il utilise ainsi « koul » (tout), « likoul » (litt. à chacun), « layssa li ahad » (litt. il n'est pas permis à une personne). Voici un exemple (art. 117 C.O.C.) :

#### Énoncé français

Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend. (art.117)

#### Énoncé arabe

كل شرط تعلق بمحال أو بما يخالف  
الأخلاق الحميدة أو القاتون فإنه  
باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى  
الصحة لو صار ذلك الشرط ممكناً  
فيما بعد.

Ces concessions, comme les quelques emprunts qui existent dans le texte, ne sont pas les seuls indicateurs d'une présence étrangère. Un œil comparatiste peut relever la présence, quoique légère, de constructions binaires civilistes. Ces constructions que l'existence même d'un texte source rend nécessaires sont puisées pour la plupart dans *Morchid al-Hairan*. Nous retrouvons ainsi *rachid* (majeur) et *saghir* (mineur), *taman* (prix) et *motaman* (objet de la vente), *moulji'e* et *ghayr moulji'e* (cause déterminante ou non déterminante), *da'in* et *madin* (créancier et débiteur). Il reste que dans l'ensemble, nous pouvons dire qu'il n'existe que peu d'éléments dans le texte arabe qui rappellent l'origine socioculturelle du texte français. Le texte ne témoigne pas d'un « retour dans la langue des contradictions et affrontements qui tissent le social »

(Lecerclé 1990, p. 182; Venuti 1998, p. 10). Au contraire, il semble couler de source et s'inscrit à la perfection dans l'espace textuel du fiqh. L'agencement de l'énoncé arabe du C.O.C. grâce à l'emprunt systématique de la phraséologie fiqhique classique et postclassique (*Morchid al-Hairan* et la *Medjella* ottomane) traduit un choix conscient et systématique d'un idiolecte (mots et style facilement identifiés par un faqih) parfaitement compréhensible chez ses destinataires (petit groupe d'une élite sociale légitimante : les oulémas). Les choix linguistiques de Santillana puisent largement dans les normes de langage déjà institutionnalisées dans la société réceptrice (Toury 1995), c'est-à-dire un langage non différencié (Ray 1926, p. 23), non marqué et possédant une cohérence propre qui est tout le contraire de celui adopté dans son œuvre en français. Le résultat est un texte extraordinaire, presque irréel, rédigé dans une langue élaborée pendant des siècles et dont témoignent les ouvrages de ses savants, encore préservés religieusement dans le monde arabo-musulman. Dans ce texte, immédiatement reconnaissable, sans être nécessairement intelligible chez le profane en langage fiqhique, l'aspect formel a pris le dessus sur l'aspect substantiel dans une procédure adaptatrice sans précédent. Aucun postulat de reformulation par inadvertance ne peut être opposé dans le cas de Santillana, traducteur motivé par une double volonté : celle de codifier le droit musulman, éparpillé selon lui, et celle de plaire aux oulémas.

Il ne fait pas de doute que la version tunisienne est plus proche du modèle qui prévalait avant la rencontre coloniale. Toutefois, malgré son caractère exceptionnel, nous trouvons le postulat de « parfaite islamité » de certains auteurs arabisants exagéré. L'islamisation de Santillana demeure majoritairement formelle. La terminologie empruntée est essentiellement esthétique et son insertion dans un code moderne répond généralement à des fins stratégiques. La domination de la couleur fiqhique sur le C.O.C. ne renvoie à une symbiose juridique que par bribes. Bien que la voix empruntée soit fiqhique, le code présente une unité substantielle à forte charge civiliste. Sous l'habit islamique réside un corps essentiellement étranger dont la logique est loin d'être celle du système récepteur original et dont certaines dispositions vont à l'encontre des dispositions du droit existant (l'acceptation de l'aléa dans les contrats, l'imposition de délais rigides par exemple). Le choix de termes classiques sert à placer le texte dans un espace temporel précis et rassurant pour ses destinataires. Si la lecture de la version française et de sa traduction tunisienne produit un effet étrange, notamment celui de passer d'une époque à une autre, elle ne

réussit pas à empêcher une réflexion sur certaines solutions de droit adoptées *obligatoirement* en raison d'un transfert civiliste en bloc.

## **5.2.2 La version marocaine de 1965**

L'existence d'une version arabe élaborée en 1906 bien avant que la traduction du D.O.C. ne soit enclenchée soulève des questions importantes. S'agit-il de la version reprise en 1964 par le traducteur du D.O.C.? Si la réponse est affirmative, quel serait le statut de la version d'Abdel-Baqi? S'agit-il d'une retraduction, ou d'une simple révision? A-t-elle servi d'avant-projet traductif à la version arabe du code marocain? Il nous paraît peu probable que le traducteur du texte marocain n'ait pas consulté la version de Santillana. Dans la présente section, nous présentons l'article tunisien, à côté de sa contrepartie marocaine à des fins de comparaison.

### **5.2.2.1 La version tunisienne : un avant-projet traductif?**

Durant les premiers temps de notre recherche, nous avons constaté à la lecture de la version arabe marocaine du code civil un fait étrange. Celle-ci contenait certains termes, bien que peu nombreux, qu'on peut qualifier d'*islamiques*, mais qui contrastaient avec la terminologie plus générale du code. Ces termes, que nous savions classiques du fait qu'ils figurent dans les ouvrages du fiqh reconnus, ne nous étaient pas complètement inconnus. En revanche, le lien entre le terme arabe et son équivalent français ne se faisait pas automatiquement, ce qui nécessitait de notre part une consultation fréquente de la version française. La question de savoir ce qui pouvait motiver l'emploi de ces termes dans un code que des circonstances politiques voulaient *moderne* s'est alors posée. Plus tard, la découverte de la version tunisienne a répondu à cette question. Une lecture attentive des deux versions laisse penser qu'il est fort possible que le traducteur égyptien ait consulté la version tunisienne, mais que des directives précises du législateur marocain allaient dans le sens de l'élaboration d'un texte moderne, qui s'éloigne de l'énoncé fiqhique. Plusieurs indices vont dans ce sens : le court laps de temps consacré à la traduction, l'existence de plusieurs segments identiques entre la version tunisienne et la version marocaine et la présence d'une terminologie classique, qui semble étrangère dans le texte arabe

marocain, mais qui se fond d'une manière surprenante dans le texte tunisien. Certains articles semblent avoir été légèrement *réécrits* par Abdel-Baqi. Voici des exemples<sup>413</sup> :

Article français	Article arabe (C.O.C.)	Article arabe (D.O.C.)
Les contre-lettres ou autres déclarations écrites n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers. Elles ne peuvent être opposées aux tiers, s'ils n'en ont eu connaissance; les ayants cause et successeurs à titre particulier sont considérés comme tiers, aux effets du présent article.	الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل.	الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل.
Le transport des droits et créances du créancier primitif à une autre personne peut avoir lieu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention entre les parties.	يجوز انتقال حق أو دين من الدائن الأصلي إلى شخص آخر بموجب القانون أو اتفاق المتعاقدين.	يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر، إما بمقتضى القانون وإما بمقتضى اتفاق المتعاقدين.
La simple promesse ne crée point d'obligation.	مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام.	مجرد الوعد لا ينشئ التزاما
La proposition est révocable tant que le contrat n'est point parfait par l'acceptation ou le commencement d'exécution entrepris par l'autre partie.	يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر.	يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر.
Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط	مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها.
L'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine, sauf les exceptions établies par la loi.	يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثنى في القانون.	يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

<sup>413</sup> Suivant l'ordre de présentation : art. 26 C.O.C. et art. 22 D.O.C., art. 18 C.O.C. et 14 D.O.C., art. 30 C.O.C. et art. 26 D.O.C., art. 47 C.O.C. et 43 D.O.C., art. 66 C.O.C. et art. 61 D.O.C., art. 74 C.O.C. et 69 D.O.C., art. 75 C.O.C. et art. 70 D.O.C., 199 C.O.C. et 189 D.O.C.

Il n'y a pas lieu à répétition, lorsqu'on a acquitté volontairement et en connaissance de cause ce qu'on savait ne pas être tenu de payer.

من دفع باختياره ما لا يلزمه عالماً بذلك فليس له أن يسترد ما دفعه.

من دفع باختياره ما لا يلزمه، عالماً بذلك، فليس له أن يسترد ما دفعه.

On peut répéter ce qui a été payé pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister.

يجوز استرداد ما وقع دفعه لسبب مستقبل لم يقع أو لسبب موجود قد زال.

يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، أو لسبب كان موجوداً ولكنه زال.

Le transport des droits et créances du créancier primitif à une autre personne ne peut avoir lieu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention entre les parties.

يجوز انتقال حق أو دين من الدائن الأصلي إلى شخص آخر بموجب القانون أو اتفاق المتعاقدين.

يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر، إما بمقتضى القانون وإما بمقتضى اتفاق المتعاقدين.

L'hypothèse d'énoncés réécrits ressort également de la présence de segments identiques dans de nombreuses dispositions. En voici un exemple :

#### Article français

Lorsque le commodat n'est point prouvé par acte authentique ou sous seing privé, l'affirmation de l'emprunteur fait foi, à charge de serment, quant à la restitution de la chose prêtée. Il peut se dispenser du serment en faisant la preuve de la restitution. Si le commodat est prouvé par écriture sous seing privé ou par acte authentique, l'emprunteur n'est libéré que par une preuve écrite.

#### Article arabe (art. 1073 C.O.C.)

القول قول المستعير يمينه في رد العارية إن لم تكن فيها حجة رسمية أو غير رسمية وله أن يتخلص من اليمين بإثبات ردها فإن قيل العارية بحجة سواء كانت بخط اليد أو بالإشهاد فلا تبرأ ذمته إلا بحجة مكتوبة.

#### Article arabe (art. 848 D.O.C.)

إذا لم تثبت عارية الاستعمال بمقتضى حجة رسمية أو عرفية، كان القول قول المستعير يمينه، بالنسبة إلى رد الشيء المستعار. وللمستعير أن يعفي نفسه من حلف اليمين بإقامته الدليل على حصول الرد. أما إذا أثبتت عارية الاستعمال بمقتضى حجة، رسمية كانت أو عرفية، فإن ذمة المستعير لا تبرأ إلا بالدليل الكتابي.

Il est étrange aussi de constater les mêmes écueils dans les deux versions. Par exemple, l'emprunt du terme « téléphone »<sup>414</sup> transposé phonétiquement en arabe (*tilifoun*) figure à l'article 27 du C.O.C. et à l'article 23 du D.O.C. On note même l'emploi du terme *adami* (litt. humain) pour rendre « personne », du terme *tachwich* pour rendre « trouble » ou du terme *taqyid* (annotation) figurant à l'article 461 du C.O.C. et repris à l'article 432 du D.O.C. L'existence de nombreuses similitudes terminologiques et phraséologiques entre les deux versions rend le lien entre les deux versions difficile à nier<sup>415</sup>. Il est fortement probable que le traducteur égyptien se soit livré à une révision d'au moins une partie du C.O.C. Cette révision se traduit par une reformulation des dispositions tunisiennes en des termes plus sourciers et partant, plus civilistes. Nous relevons des ajouts aux énoncés ou aux titres de manière à ce qu'ils rendent mot à mot leur équivalent français, la greffe de termes aux allures de néologismes à des énoncés tunisiens quasiment fiqhiques, l'adoption d'une terminologie abstraite et précise, ainsi que la reproduction de la structure de la disposition source, entre autres.

Dans l'exemple suivant (art. 633 C.O.C., art. 535 D.O.C.), les modifications apportées à la disposition tunisienne sont mineures. Abdel-Baqi s'est limité à préciser qu'il s'agit d'une servitude (*haq al-irtifaq*) et non globalement d'un droit, comme l'a fait Santillana. Sur le plan de la structure, Abdel-Baqi a séparé la disposition en paragraphes, ce qui est plus proche de la disposition source. Il a aussi jugé pertinent de rendre la connotation négative du terme « grever » (*mouthqala*; litt. alourdie). Une servitude n'est pas un avantage à proprement parler en droit civil<sup>416</sup>, ce qui n'est pas le cas dans le fiqh.

#### Article français

L'éviction d'une partie déterminée de la chose équivaut à l'éviction du tout, si cette partie est de telle

#### Article arabe (art. 633 C.O.C.)

استحقاق جزء معين كاستحقاق الكل إذا كان الجزء له من الأهمية بالنسبة إلى الباقي ما لو علمه المشتري لما رضي بالشراء. وكذلك إذا وجد على المبيع حق

#### Article arabe (art. 535 D.O.C.)

استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء، بالنسبة إلى الباقي من الأهمية بحيث إن المشتري ما كان ليشتري بدون ذلك الجزء.

<sup>414</sup> À noter qu'un équivalent moderne existe pour ce terme (*hatif*). D'ailleurs, l'emprunt phonétique *tilifoun* a été remplacé par *hatif* dans la version tunisienne révisée de 2005.

<sup>415</sup> Notons que les juristes comparatistes ne semblent pas établir explicitement de lien direct entre la version marocaine et sa contrepartie tunisienne. Les deux codes sont traités comme étant des textes autonomes.

<sup>416</sup> Une servitude désigne une charge imposée à un immeuble au profit d'un autre immeuble appartenant à une personne distincte.

importance par rapport au reste que l'acquéreur n'aurait point acheté la chose sans elle. Il en est de même, si l'immeuble se trouve grevé de servitudes non apparentes ou autres droits sur la chose non déclarés lors de la vente.

غير ظاهر لملك آخر أو حقوق أخرى لم تذكر حين البيع.

ويسري نفس الحكم إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع.

La probabilité qu'Abdel-Baqi se soit limité à réécrire certaines dispositions tunisiennes est corroborée par le fait que la livraison de la version marocaine s'est faite à la hâte et qu'elle a été fournie par tranches aux tribunaux, en fonction des circonstances d'urgence nationale qui entouraient l'opération d'arabisation (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 9). Malgré tout, la possibilité que le traducteur égyptien ait traduit des dispositions du code marocain n'est pas à écarter. Il va sans dire qu'Abdel-Baqi s'est livré à la traduction de dispositions qui n'existaient pas dans la version tunisienne. Comme nous avons limité notre recherche aux articles identiques dans les deux codes, nous n'avons accordé qu'un intérêt très subsidiaire à ces énoncés, lesquels s'insèrent bien dans la stratégie sourcière du traducteur. Dans les deux exemples suivants (art. 547 D.O.C. et 645 C.O.C., 203 D.O.C. et 213 C.O.C.) et malgré la ressemblance terminologique et parfois phraséologique entre l'énoncé tunisien et marocain, Abdel-Baqi se démarque par sa tendance à suivre le texte français :

#### Article français

Le vendeur, même appelé en cause en temps utile, n'est tenu d'aucune garantie lorsque l'éviction a lieu par le dol ou la faute de l'acquéreur, si cette faute a été la cause déterminante du jugement qui a évincé ce dernier, et notamment :

a) lorsque l'acquéreur a laissé accomplir contre lui une prescription commencée du temps de son auteur, ou s'il néglige lui-même d'accomplir une prescription déjà commencée par ce dernier;

b) si l'acquéreur laisse accomplir à son préjudice une immatriculation à

#### Article arabe (art. 547 D.O.C.)

البائع، ولو أدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطاه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:

أ- إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم أو إذا أهمل إتمام تقادم بداهه البائع؛

ب- إذا بنى الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري.

#### Article arabe (art. 645 C.O.C.)

إذا استحق المبيع من المشتري بسبب غرور أو تفريط منه وكان ذلك موجبا للحكم الذي صدر في الدعوى فإن البائع لا يضمن ولو أعلمه المشتري بالدعوى المذكورة في الوقت المناسب ومن ذلك الأحوال الآتية: أولها: إذا ابتدأت مدة الحوز قبل البيع وتوانى المشتري حتى تمت عليه أو ابتدأ البائع مدة حوز وفرط المشتري في إكمالها. ثانيها: إذا وقع تسجيل في دفتر خاتمة مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في الوقت اللازم. ثالثها: إذا كان سبب الاستحقاق مبنيا على فعل

laquelle il aurait eu le temps de s'opposer;  
c) lorsque l'éviction se fonde sur un fait ou une cause personnelle à l'acquéreur.

من المشتري أو على سبب من ذاته.

#### Article français

#### Article arabe (art. 203 D.O.C.)

#### Article arabe (art. 213 C.O.C.)

Celui qui cède à titre onéreux une créance ou autre droit incorporel doit garantir :

- 1) sa qualité de créancier ou d'ayant droit;
- 2) l'existence de la créance ou du droit au temps de la cession;
- 3) son droit d'en disposer;

le tout, quoique la cession soit faite sans garantie.  
Il garantit également l'existence des accessoires, tels que les privilèges et les autres droits qui étaient attachés à la créance ou au droit cédé au moment de la cession, à moins qu'ils n'aient été expressément exceptés.  
Celui qui cède à titre gratuit ne garantit même pas l'existence de la créance ou du droit cédé, mais il répond des suites de son dol.

من أحال بعوض ديناً أو أي حق معنوي آخر يلتزم بأن يضمن:

- 1 - كونه دائناً أو صاحب حق.
- 2 - وجود الدين أو الحق وقت الحوالة؛
- 3 - حقه في التصرف فيه.

وكل هذا ولو حصلت الحوالة بغير ضمان. وهو يضمن أيضاً وجود التوابع، كالامتيازات وغيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين أو بالحق المحال في وقت الحوالة، ما لم تكن قد استثنيت صراحة. ومن أحال بدون عوض لا يضمن حتى وجود الدين أو الحق المحال وإنما يكون مسؤولاً عما يترتب على تدليسه.

من أحال ديناً أو حقاً مجرداً بعوض فعليته ضمان ما يأتي: أولاً - صفة كونه دائناً أو صاحب حق. ثانياً - وجود الدين أو الحق وقت الإحالة. ثالثاً - الحق التصرف فيه. كل ذلك ولو على فرض وقوع البراءة بلا ضمان وعليه أيضاً أن يضمن وجود التوابع كالامتيازات وغيرها من الحقوق المتعلقة بالدين أو الحق المحال حين الإحالة إلا إذا استثنى ذلك استثناء صريحاً. ومن أحال شيئاً مما ذكر بلا عوض فلا ضمان عليه ولو في وجود الدين أو الحق المحال وإنما عليه ضمان ما يترتب عن تدليسه.

En ce qu'elle est plus proche de la lettre du texte source (traduction sourcière), la version marocaine se distingue fortement de la traduction tunisienne sur le plan rédactionnel. Cette question sera traitée dans les pages qui suivent.

### 5.2.3 La stratégie traductionnelle d'Abdel-Baqi : expurgation des termes du fiqh ou modernisation?

La lecture attentive du texte marocain révèle une régularité chez Abdel-Baqi : l'adoption dans la mesure du possible d'une terminologie neutre et plus technique que celle du code tunisien. En comparaison avec le C.O.C., le langage du D.O.C. est ce qu'on peut qualifier de *moderne* (quoique pas toujours dans le sens positif) caractérisé par une présence moindre de la formule

fiqhique. Celle-ci se limite en général aux termes référant à des types de contrats déjà existants dans l'espace marocain (*mouawada, hiba, mouzayada, moqassa, inaba, ijara, ariya, wakala, solh, kafala, rahn*), à certains contrats de vente comme *bay'e athonya* (vente à réméré), ou *bay'e al-khayar* (vente sous condition suspensive), *bay'e selem*, ou à certains types de vices de consentement (*ghoubn, ikrah, tatliss*). Elle se manifeste, dans une très petite mesure, par la sauvegarde de certains éléments fiqhiques déjà existants dans le code tunisien (*ibra'e, matl, ounmoudaj, wafa'e, dima, iqala, bara'a, habss al-mal, gharar*). Si l'on maintient l'affirmation de similitude entre les codes marocain et tunisien, on peut même relever une tendance à écarter les choix fiqhiques<sup>417</sup> et à adopter des termes plus modernes. Ainsi le terme « mariage » est rendu par *zawaj*. Par ce non-choix, Abdel-Baqi s'éloigne de la composante islamique présente dans le terme *nikah*, ce qui enlève au terme sa dimension religieuse (obligation envers Dieu également) pour le confiner à une dimension civile (rapport entre deux personnes). N'apparaissent pas dans le texte marocain des expressions comme *arch*, bien que ce terme soit plus précis que le terme *inqass athaman* (diminution du prix), *imsak* (garder, retenir), *magharim* (impôts). Abdel-Baqi préfère les termes relevant de ce qu'il est d'usage d'appeler l'arabe standard ou qui ont des allures modernes comme *dariba* pour rendre « impôts », par exemple, même si ce terme est peu fréquent chez les fouqaha (Hammad 2008, p. 289). On retrouve ainsi le terme *taawid adarar* au lieu du terme fiqhique *jabr addarar, wa'ad bi jaiza* au lieu de *jou'al* (promesse de récompense)<sup>418</sup>, *adam tasslim achya'e al mabi'e* au lieu de *habss al-mabi'e* (litt. ne pas délivrer la chose vendue). Il y a également l'emploi de l'expression *ala al-fawr* au lieu de l'expression *majliss al-aqd* employée par Santillana. Abdel-Baqi utilise pourtant ce terme dans ses ouvrages de droit comparé comme *Massader al iltizam fi al-qanun attijari al-koweïti* (1976) ainsi que dans les travaux préparatoires du Code civil koweïtien (1974). Sont également absents de la version marocaine, malgré une grande ressemblance entre les énoncés, des termes marqués comme *moulji'e, moukhatalate, kinayate*. Abdel-Baqi évite aussi de renvoyer à des

---

<sup>417</sup> Sans aller jusqu'à qualifier cette tendance d'épuration, on ne peut que s'interroger sur cette tendance chez Abdel-Baqi à écarter la terminologie fiqhique dans sa traduction du texte marocain. L'acte d'écarter cette composante importante de la norme linguistique ancestrale s'inscrit-il dans une nécessité de libérer la langue arabe de l'emprise du religieux afin qu'elle puisse accéder à la technicité qui a été source de modernisation dans le monde civiliste?

<sup>418</sup> Ce terme figure dans plusieurs ouvrages comparatistes de notre traducteur.

notions d'*ibaha* ou de *halal* et *haram*, plaçant ainsi ses choix d'équivalents sur un terrain positif renvoyant à la loi elle-même est non à des aspects religieux ou moraux.

La version marocaine ne se veut pas un retour vers la langue ancestrale. Nous ne pouvons toutefois pas affirmer avec certitude que le traducteur égyptien épurait son texte de termes jugés foncièrement fiqhiques. Toutefois, nous ne pouvons pas non plus nier la volonté du traducteur égyptien d'atteindre une certaine juridicité, laquelle s'inscrit parfaitement dans l'ère de modernisation étatique dont un des objectifs était l'adoption d'une langue « épurée de toutes les scories et déformations qui résultent des siècles de décadences » (Ben Achour 1980, p. 224, cité dans Dupret 1999, p. 180). Il se pourrait que cette tendance reflète simplement des contraintes de *fidélité juridique* ou un respect des consignes d'un législateur ne voulant pas imposer à de jeunes juristes un renvoi aux sources classiques dont ils n'ont que des connaissances élémentaires.

Le constat d'existence d'une terminologie dite moderne aux allures de néologismes a mené inévitablement à cette question : Abdel-Baqi a-t-il créé le réseau terminologique qu'on trouve dans le code marocain? La question est épineuse, car elle nécessite une recherche, fondée sur un soupçon, dans d'autres textes, notamment le Code civil égyptien<sup>419</sup>. Contrairement à Santillana, Abdel-Baqi n'a pas connu les mêmes enjeux terminologiques posés lors des premiers contacts entre le droit musulman et le droit civil. Santillana n'avait devant lui que quelques sources dont la plus moderne était *Morchid al-Hairan*. Cet ouvrage, bien qu'ayant adopté la structure des codes européens, n'était pas arrivé à créer une nouvelle terminologie, se distanciant complètement de celle du fiqh, le contact ayant été encore trop récent. La situation est différente pour le code marocain. En effet, quand est venu le temps de traduire le D.O.C. vers l'arabe, Abdel-Baqi ne s'est pas trouvé devant l'inexistence d'une réflexion en arabe sur le droit civil ni devant un vide théorique sur le rapport entre celui-ci et le droit musulman. Le début du 20<sup>e</sup> siècle connut une abondance d'écrits sur ces rapports, et dans les années 1960, il existait déjà bon nombre d'ouvrages comparatistes, dont plusieurs dictionnaires et glossaires, souvent bilingues, provenant des pays du Machreq, notamment l'Égypte, le Liban et la Syrie. En Égypte, pays d'origine de notre traducteur, un code civil, rédigé par Abdelrazzak Sanhoury et inspiré du Code

---

<sup>419</sup> La version consultée dans le cadre du présent travail est celle de 1948.

français vit le jour en 1948. Plusieurs ouvrages explicatifs de ce code ont suivi. Juriste comparatiste reconnu, s'inscrivant dans une perspective réformatrice tendant vers l'occidentalisation du droit, Sanhoury a plusieurs contributions sur le droit civil à son actif. Ses ouvrages font partie des programmes d'études juridiques dans le monde arabe et sont encore cités de nos jours par les juristes et les enseignants de droit<sup>420</sup>. Sanhoury est cité plusieurs fois par Abdel-Baqi dont les réflexions laissent entendre que celui-ci a grandement contribué à établir une terminologie civiliste en arabe. Par exemple, sur le choix d'un terme récent, dont la théorie n'existe pas dans les ouvrages du fiqh et que le passage à un type d'économie différent a imposé, Abdel-Baqi affirme : « Le terme "contrat d'adhésion" a été conçu par le grand professeur Sanhoury [...]. Le terme arabe est un choix heureux, car il réfère au fait que l'acceptation d'une des parties n'est pas volontaire, mais qu'elle se soit soumise ou a cédé à la volonté de l'autre partie » (Abdel-Baqi 1984, p. 204, note 2)<sup>421</sup>.

D'un point de vue terminologique, l'examen des ouvrages comparatistes d'Abdel-Baqi laisse voir une prise de position intéressante<sup>422</sup> qui reflète en elle-même, contrairement à Santillana, une certaine conscience des enjeux traductionnels. Au cours de sa réflexion sur le terme *ouqoud fawriya* (contrats instantanés), il affirme ce qui suit (Abdel-Baqi 1976, p. 73) :

Le terme *al-ouqoud al-fawriya* (litt. contrats à exécution limitée dans le temps) est une traduction du terme équivalent français. Cette traduction peut pousser à confusion, car le terme *fawri* peut renvoyer à l'idée que les obligations naissant d'un contrat surviennent aussitôt que ce dernier est conclu. Il serait plus juste de le traduire par *ouqoud wa houdoudiyate attanfid*, ce qui signifie que les obligations sont exécutées une seule fois. Mais nous ne sommes pas des partisans de l'innovation des termes consacrés<sup>423</sup>.

Dans sa critique de l'emploi erroné, selon lui, du terme *mas'ouliya aqdiya* (responsabilité contractuelle), il écrit :

---

<sup>420</sup> Les références à la réflexion de Sanhoury font partie, au Maroc, de la section du droit enseignée en arabe.

<sup>421</sup> Le contrat d'adhésion est traduit par *aqd al-indemam* dans d'autres codes arabes. Il s'agit d'une traduction mot à mot préférée par de nombreux juristes (Hammad 2008, p. 326), mais critiquée par d'autres (Al-Dabbagh 2011, p. 415, note 95).

<sup>422</sup> La prise de position d'Abdel-Baqi est juridico-linguistique. On ne dénote, chez ce juriste, aucune prise de position politique. En effet, on retrouve dans la version arabe marocaine la traduction des articles qui ne cadrent pas avec la loi d'arabisation ni avec la réalité du pays indépendant. Abdel-Baqi reprend non seulement tous les éléments du texte source, mais également des expressions qui renvoient à l'état du pays protégé : « zone française de l'Empire chérifien » = « *fi al minttaqa al janoubiya min al mamlaka* ». On peut aussi se poser des questions sur l'existence dans la version marocaine des dispositions comme « cette dernière disposition n'a pas lieu entre musulmans ». Cette disposition existe également dans Santillana, mais on peut comprendre aisément sa nécessité dans le code tunisien destiné initialement à être appliqué aux Tunisiens et aux Européens.

<sup>423</sup> En arabe, notre traduction.

Il ne faut pas conclure de ce qui précède que nous appelons à proscrire l'emploi de ce terme consacré par l'usage actuel. Nous sommes toujours partisans de l'adage « une erreur courante est mieux qu'une vérité abandonnée »<sup>424</sup>.

Cette prise de position caractérise sa stratégie traductionnelle.

La comparaison entre les dispositions du code civil marocain et celles du code civil égyptien montre une certaine similitude terminologique<sup>425</sup>. Nous retrouvons des termes comme *iltizam*, *mahal al-iltizam* (objet de l'obligation), *taabir an al-irada* (déclaration de volonté), *nossouss tachri'iya* (lois), *haq ayni* (droit réel), *ahliya madaniya* (civil) ainsi que des expressions comme *fi'el mounchi'e li al-iltizam* (acte constitutif de l'obligation) *iltizam qanouni* (obligation légale), *hiyal* (manœuvres), *mounafassa machrou'a* et *ghayr machrou'a* (concurrence loyale et déloyale), *hawalat al-haq* (transfert d'un droit). Relevons également les mêmes choix du terme *tadliss* (dol), *chakhss maa'nawi* (personne morale), *houssn anniya* (bonne foi), *sou'e niya* (mauvaise foi), *ha'iz* (possesseur), *taqa'adom* (prescription), *holoul* (subrogation), *inaba* (délégation), *tarika* (succession). Il y a aussi la présence de *achya'e mithliya* (choses fongibles), *chay'e mabi'e* (chose vendue), *hirassa* et *hariss* (séquestre) et celui du calque *ithra'e bidoun sabab* (enrichissement sans cause), *qasser* (mineur), *ariya al-isti'emal* (prêt à usage), *mousta'ir* (emprunteur), *chay'e mou'ar* (chose prêtée), *mou'ir* (prêteur), *qard fa'ida* (prêt à intérêt)<sup>426</sup>, *rahn hiyasi* (antichrèse), *jaiza* (récompense), *ouqoud moussamate* (contrats déterminés), *akhlaq hamida* (bonnes mœurs), *nidam a'am* (ordre public), *achbah al ouqoud* (quasi-contrats), *houssn niya* (bonne foi), *darar madi* (dommage matériel), *darar maa'nawi* (dommage moral), *ithra'e bidoun sabab* (enrichissement sans cause)<sup>427</sup>. Nous retrouvons cette terminologie dans plusieurs codes civils arabes pour lesquels le code de Sanhoury a servi de modèle. C'est une terminologie qui est caractérisée par de nombreux néologismes et semi-néologismes grâce auxquels le traducteur crée une dénomination pour qualifier une réalité juridique nouvelle. Les néologismes sont des termes entièrement nouveaux. Par contre, les semi-néologismes sont des termes

---

<sup>424</sup> En arabe, notre traduction.

<sup>425</sup> Cette similitude peut avoir été motivée par le rêve de création d'un code civil panarabe.

<sup>426</sup> Santillana utilise le terme *fa'id* (surplus) pour désigner les Intérêts. Il esquive de la sorte la connotation péjorative du terme *riba*.

<sup>427</sup> Résultat d'un calque, ces termes ne sont pas rendus de manière unifiée dans d'autres codes arabes. Par exemple, pour le terme *ithra'e bidoun sabab*, nous retrouvons également le terme *kassb bidoun sabab* et *iktissab bidoun sabab*. Bien que ce dernier terme soit employé par Santillana, l'éditeur de la version tunisienne consultée recourt dans son explication des dispositions portant sur ce concept civiliste au terme *ithra'e bidoun sabab*.

composés d'un terme déjà existant dans la langue du fiqh auquel on accole un nouveau mot. C'est le cas du terme *rahn hiyasi* (antichrèse) composé du terme fiqhique *rahn* et de l'adjectif *hiyasi*. C'est le cas également du terme *ariya al-isti'emal* composé du terme fiqhique *ariya* et du terme général *isti'emal* (usage). Grâce à cette terminologie, les fondements et l'appareil conceptuel vers ce qui est aujourd'hui le code marocain étaient déjà tracés.

L'influence du Code civil égyptien<sup>428</sup> sur Abdel-Baqi ne fait aucun doute. De même que la terminologie préétablie par Sanhoury. Il semble même qu'Abdel-Baqi ait repris, avec une légère modification, certains énoncés de l'avant-projet de ce code (Fakahani 1986, p. 13). Cette influence combinée à la tendance relevée chez Abdel-Baqi à ne pas créer inutilement des termes juridiques nouveaux se traduit dans la version marocaine par l'adoption des mêmes termes pour désigner les notions civilistes. Par exemple, tel le code égyptien, il rend les termes « rescision » et « annulation » par un seul terme *ibtal*. Il rend « droit de priorité » par *haq al-awlawiya* et « droit incorporel » par *haq maa'naoui* (droit subjectif). Dans le même ordre d'idées, il rend aussi les contrats successifs par *ouqoud moustamira*, même s'il propose un autre équivalent dans ses autres ouvrages comparatifs (1984, p. 72), notamment *ouqoud al-mouda* (litt. contrats dont l'exécution est étalée dans le temps).

Bien qu'on ne dispose d'aucune preuve en ce sens puisque le traducteur égyptien n'a pas jugé utile d'indiquer dans son texte qu'il avait créé de nouveaux termes, le respect de la terminologie égyptienne n'a probablement pas empêché Abdel-Baqi de créer des néologismes lors de sa traduction. Cette création était nécessaire par respect de la société réceptrice, mais également pour le texte source dont le mode d'énoncé semble exercer une grande attirance pour le traducteur. Fidèle à son respect d'une terminologie consacrée, Abdel-Baqi insère ses néologismes entre des parenthèses, marquant ainsi son hésitation à les imposer comme termes de rechange<sup>429</sup>. C'est le cas par exemple du terme nouveau *haq al-mourour* (litt. droit de passage) créé pour rendre le terme « droit de transit » (art. 511 D.O.C.). Abdel-Baqi préfère utiliser l'emprunt *transit*, mais insère le terme arabe entre parenthèses, le présentant comme une

---

<sup>428</sup> Le code égyptien est considéré comme le code arabe type par plusieurs auteurs. Chehata (1967, p. 883) considère que ce code est le code type moderniste qui a influencé bon nombre d'autres codes arabes.

<sup>429</sup> Notons que dans l'édition de 2009, les réviseurs effectuent un changement. C'est l'emprunt phonétique « transit » qui est mis entre parenthèses, comme terme explicatif de *haq al-mourour*.

sorte de glose au terme emprunté. Dans tous les cas, la tendance à employer une terminologie moderne est bien réelle chez Abdel-Baqi, malgré l'existence de vestiges, bien rares toutefois, rappelant le droit ancestral (*gharar, ariya*) ainsi que certains termes et tournures coraniques. Cette tendance à la modernisation a sans doute nécessité un travail énorme d'adaptation du vocabulaire existant à un nouveau type de terminologie, dont la logique est différente et qui répond à des idéaux de précision, d'uniformité et d'abstraction caractéristiques d'une codification civiliste.

### 5.2.3.1 Aspects civilistes du terme : précision et uniformité

Tout en respectant, dans la mesure du possible, la terminologie reconnue, Abdel-Baqi mobilise le bagage acquis durant son apprentissage juridique en France pour créer un langage technique qui respecte les caractéristiques civilistes de précision et d'uniformité. La précision se traduit par le recours à des termes savants, recherchés et abstraits. Il s'agit généralement de termes relevant de ce qu'on peut dénommer « arabe standard ». Ces termes dominent dans la version marocaine. De ce fait, le texte marocain est beaucoup moins accessible à la personne ordinaire que le texte tunisien.

L'adoption de termes techniques et abstraits civilistes par Abdel-Baqi transpose dans l'espace juridique récepteur une conceptualisation juridique et une certaine manie classificatoire étrangères à cet espace. C'est par exemple le cas des termes *achbah al-jara'im* (pluriel de quasi-délit) et *achbah al-ouqoud* (pluriel de quasi-contrat) et la division des biens en *aqar* (immeuble) et *chay'e manqoul* (meuble) (litt. chose transportable) et *iltizamat qabila lil qisma* (obligations divisibles) et *iltizamat ghayr qabila lil qisma* (obligations divisibles), de *ouqoud mossamat et de ouqoud ghayr mossamat*<sup>430</sup>. Le respect de l'abstraction civiliste pousse Abdel-Baqi à répéter des termes abstraits comme *chay'e* (chose), *athar* (effets) ou *solta qada'iya* (autorité judiciaire) d'une manière systématique. Nous n'avons pas relevé une telle tendance chez Santillana qui préfère les termes concrets et partant, plus accessibles à l'homme ordinaire et qui sont reconnus chez les fouqaha. En adoptant de nouvelles formules, Abdel-Baqi introduit de nouvelles

---

<sup>430</sup> Le dernier terme ne figure pas dans le code marocain. Sa présence est toutefois implicite dès que la catégorie « contrats nommés » a été adoptée par le traducteur.

constructions dans le langage législatif actuel, lequel semble parfois très artificiel, parfois même entaché d'une certaine raideur, contraire au vocabulaire souple du C.O.C.

Le respect d'une précision terminologique est manifeste sur le plan textuel. On relève une volonté claire chez Abdel-Baqi d'écarter toute possibilité de confusion, choisissant ainsi d'observer les critères de rationalité juridique qui tendent à l'unité et à la fixation du sens. Cet esprit se traduit par un rejet de la synonymie et des répétitions explicatives tolérées dans une certaine mesure dans le langage du *fiqh* et, par extension, dans le code tunisien. Il se traduit aussi par un respect du principe de récurrence terminologique qui caractérise la méthode législative civiliste. Abdel-Baqi emploie le terme *aqd* pour rendre « contrat » et le terme *itifaq* pour rendre « convention », les termes *machrou'e* et *ghayr machrou'e* pour rendre les termes « licite » et « illicite » chaque fois que ces termes surviennent dans une disposition. La recherche de précision terminologique pousse Abdel-Baqi à respecter la dichotomie qui caractérise l'énoncé civiliste. C'est le cas du terme « créancier » rendu généralement par *da'in* et le terme « débiteur » par *madin*. Il utilise le terme *koutlat daa'inin* pour rendre l'expression « masse des créanciers ». Dans le même ordre d'idées, il rend « cédant » et « cessionnaire » par *mahil* et *mouhal lah* (contrat *hawala* « cession »), « délégrant » et « déléataire » par *mounib* et *mounab laday'h*. Dans un réflexe civiliste, Abdel-Baqi tient ainsi souvent que possible à préciser le statut des parties à une transaction juridique, créant ainsi des formules binaires. Le recours à ces constructions binaires n'est pas systématique chez les auteurs classiques du *fiqh*. On trouve bien des termes comme *ba'i'e* (vendeur) et *mouchtari* (acheteur), mais en général, les fouqaha peuvent employer un terme aussi général que *personne*, comme ceci « une personne loue/vend à une autre personne » ou « celui qui a prêté/celui qui a emprunté ». De telles formulations mettent plus l'accent sur l'action elle-même que sur les parties, ce qui s'inscrit parfaitement dans l'esprit empirique du *fiqh*.

L'uniformité se manifeste surtout sur le plan des termes ou des expressions figées civilistes, Abdel-Baqi emploie le même terme pour rendre une notion civiliste, presque toujours dans le même sens. Il fait ainsi abstraction d'une large variété de termes pouvant désigner la même notion. Contrairement à Santillana, il rend toujours les termes figés « bonne foi » et « mauvaise foi » par *houssn niya* et *sou'e niya*. Il rend également les expressions comme « est non avenue », « réputée non avenue », « sera considérée comme non avenue » par *ka'an lam yakoun* (litt.

comme s'il n'a jamais eu lieu) avec quelques variations dans la syntaxe. Dans le même ordre d'idées, Abdel-Baqi choisit de rendre les expressions « en vertu de la loi » par *bimouqtada al-qanoun* et « sans effet » par *adim al-athar* dans la majorité des articles ou ces occurrences apparaissent. Il emploie toujours le terme moderne *qoua qahira* (litt. force contraignante) et *hadath fouja'i* pour rendre les locutions « force majeure » et « cas fortuit ». Cette tendance à l'uniformité est respectée même dans les termes plus généraux comme « effet », « usage », « parties » ou « autorité judiciaire », toujours rendus par *athar*, *isti'emal*, *tarafaiyn*, et *solta qada'iya*<sup>431</sup>. Dans l'exemple qui suit, Abdel-Baqi préfère suivre l'énoncé français et répéter le terme *daman* dans deux occurrences *daman al-istihqaq* (garantie pour cause d'éviction) et *daman al-ayb* (garantie pour les vices rédhibitoires). Dans la mesure où un équivalent sémantique existe dans le fiqh, Santillana ne juge pas important de reprendre le terme *daman* dans la deuxième occurrence, mais emploie le terme consacré *khayar al-bay'e*<sup>432</sup> :

#### Énoncé français

#### Énoncé arabe (D.O.C.)

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur à deux objets :

a) le premier est la jouissance et la possession paisible de la chose vendue (garantie pour cause d'éviction);

b) le second, les défauts de cette chose (garantie pour les vices rédhibitoires).

La garantie est due de plein droit, quand même elle n'aurait pas été stipulée. La bonne foi du vendeur ne l'exonère pas de cette obligation.

الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:  
أ - أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛  
ب - وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب).

والضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط. وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.

ضمان البائع للمشتري ينحصر في أمرين: أولهما: حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض وهو ضمان الاستحقاق. ثانيهما: سلامته من العيب وهو خيار العيب. والبائع محمول على هذا الضمان ولو لم يشترط صراحة في العقد ولا تنفك عهده منه بثبوت شبهة له.

Le respect de la terminologie civiliste étant manifeste chez Abdel-Baqi, le calque semble constituer la solution aux problèmes terminologiques qui ont pu se poser lors du processus de

<sup>431</sup> Certains de ces termes ont été repris dans des articles révisés du C.O.C.

<sup>432</sup> Notons à ce stade que les notions de *khayar al ayb* et de « garantie pour les vices rédhibitoires » ne présentent pas le même champ sémantique.

traduction. Le recours au calque est en soi un réflexe naturel chez un juriste craignant que tout écart lexical ou syntaxique soit susceptible de modifier le sens, entraînant ainsi des erreurs d'interprétation majeures. Cette technique « transparente et sans ambiguïté » (Harvey 2002, p. 44) a l'avantage de permettre un repérage rapide du terme d'origine. En cela, Abdel-Baqi s'inscrit parfaitement dans ce que l'on pourra nommer, en nous inspirant de Sacco, une traduction-imitation, car « lorsqu'un modèle juridique forme l'objet d'une imitation pour indiquer dans la nouvelle langue le modèle originaire, l'on recourt parfois à des emprunts, ou à des calques » (Sacco 1991, p. 25). Abdel-Baqi rend le terme « représentant » par *na'ib* et celui de « représentant légal » par *na'ib qanouni*, « déclaration de volonté » par *taa'bir an al-irada*, « fonds de commerce » par *assl tijari*, entre autres. L'emprunt de la forme civiliste se traduit de différentes manières. La plus repérable est l'emploi d'un terme composé d'un substantif suivi d'une forme adjectivale. C'est le cas du terme *iqala ihktiyariya* (résiliation volontaire), *iltizam taa'qoudi* (obligation contractuelle) ou *iltizam tadamouni* (obligation solidaire). Notons que dans ce dernier cas, Santillana emploie l'équivalent fiqhique *khayar ata'eyin*<sup>433</sup> ou *dayn mouchtrak bil khayar*. Dans l'exemple qui suit, Abdel-Baqi recourt au calque *iltizamat takhyiriya* pour rendre le terme « obligations alternatives » :

#### Alinéa français

#### Alinéa arabe (D.O.C.)

#### Alinéa arabe (C.O.C.)

#### 2) aux obligations

alternatives, lorsque l'une des prestations promises est impossible.

2- إذا كانت الالتزامات  
تخييرية وكان أحد الأشياء الموعود بها  
مستحيلا...

ثانيا: إذا كان بالعقد خيار  
التعيين وكان أحد الأشياء المعدة للخيار  
غير ممكنا...

Les termes composés calqués sur la forme civiliste sont très nombreux chez Abdel-Baqi et constituent une caractéristique du code marocain. Ainsi, le terme « vices de consentement » est rendu par *oyoub arrida*, « voies de fait » par *afa'al madiya*, « intérêts stipulés » par *fawa'id*

<sup>433</sup> Les deux équivalents terminologiques proviennent respectivement du Code civil égyptien et de *Morchid al-Hairan*. Il est intéressant de noter la coexistence de ces deux termes dans les écrits civilistes en arabe.

*itifaquiya*, « chose due » par *chay'e moustahaq*, « erreur de droit » par *ghalatt fi al qanoun*<sup>434</sup>, « actes matériels » par *tassaroufate fi'aliya*, « faits juridiques » par *waqa'ia qanouniya*, « responsabilité civile » par *massouliya madaniya*, entre autres. On ne retrouve pas tant de calques dans les codes civils arabes (égyptien, jordanien, irakien, par exemple). La prolifération des calques est sans doute à l'origine de la qualification *rakik* (de qualité médiocre, lourd) qui semble coller au texte marocain par les juristes arabisants. En effet, en comparaison avec les formulations idiomatiques de plusieurs codes arabes, l'effet *calque* est très manifeste dans le code marocain. En plus de produire un « sentiment d'étrangeté » (Harvey 2002, p. 44), il trahit une certaine facilité dans le choix des équivalents les plus directs. Le recours à ce procédé de traduction ne constitue pas uniquement chez Abdel-Baqi une solution aux problèmes terminologiques ou le moyen de régler une situation de non-équivalence. Il traduit une quête bien civiliste de précision terminologique par laquelle le traducteur semble penser que seule une structure calquée est en mesure de véhiculer pleinement le sens du terme. Dans l'exemple suivant, relevons la tendance chez Abdel-Baqi d'employer des équivalents terminologiques les plus proches possible des termes civilistes :

#### Énoncé français

#### Énoncé arabe (D.O.C.)

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

L'ivresse, lorsqu'elle est volontaire, n'empêche point la responsabilité civile dans les obligations dérivant des délits et quasi-délits. Il n'y a point de responsabilité civile, lorsque l'ivresse était involontaire; la preuve de ce fait incombe au prévenu.

السكر، إذا كان اختياريًا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة الجرائم وأشبه الجرائم. ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري، وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة.

إذا كان إنسان على حالة سكر وارتكب جنحة أو شبهها فإنها لا تمنع القيام بالخسارة الناشئة عن فعله إذا كان سكره اختياريًا فإذا فلا عهدة مالية عليه وعليه كان غير اختياري التبوث.

Contrairement à Santillana, Abdel-Baqi reprend quasiment mot à mot l'énoncé source, même dans ses termes les plus généraux comme « volontaire » (*ikhtiyari*) et « involontaire » (*ghayr*

<sup>434</sup> Par contre, il ne semble pas avoir assigné un équivalent à l'erreur de fait qu'il appelle invariablement *jahl bil waqi'e*. On comprend que ces notions peuvent constituer des contraintes aux traducteurs devant puiser dans un système des classifications binaires étrangères au système récepteur.

*ikhdiyari*) créant ainsi cette récurrence terminologique qui caractérise l'énoncé civiliste. Il rend « responsabilité civile » par *massouliya madaniya*, et « obligations dérivant des délits et quasi-délits » par *iltizamat nachi'a an al-jara'im* et *achbah al-jara'im*. Il va même jusqu'à répéter le substantif *ahliya*<sup>435</sup> (capacité) dans des dispositions où il aurait pu ne pas l'utiliser sous cette forme, comme c'est le cas dans les codes égyptien ou jordanien, par exemple. La comparaison avec l'énoncé tunisien, très éloigné de la disposition source, montre le degré de fidélité juridique du traducteur du texte marocain à la terminologie du texte source. La technique de rétrotraduction des deux énoncés auquel nous nous sommes livrée corrobore ce constat :

#### Disposition marocaine

*L'ivresse, quand elle est volontaire, n'empêche pas la responsabilité civile dans les obligations naissant de délits et de quasi-délits. Et il n'y a pas de responsabilité civile si l'ivresse était involontaire, et le prévenu doit prouver ce fait.*

#### Disposition tunisienne

*Le fait qu'une personne soit en état d'ivresse et commette un délit ou un acte similaire à un délit ne constitue pas un obstacle à payer les dommages qui peuvent naître de son acte (la personne), mais si l'ivresse n'est pas volontaire, la personne n'est pas responsable et doit être en mesure de prouver cet état.*

Le recours au calque ne reflète toutefois nullement une mauvaise maîtrise de la langue ni de ses moyens de la part du traducteur, mais constitue uniquement une forme de respect quasi absolu de la terminologie civiliste. Le contexte de la traduction marocaine semble contraindre Abdel-Baqi à une certaine forme de littéralité. Sur cette nécessité de littéralité, on ne peut, faute de preuves, que spéculer. S'inscrit-elle dans l'admiration qu'Abdel-Baqi portait au modèle textuel civiliste? Relève-t-elle plutôt d'un désir de créer un langage de droit privé aussi précis et logique que celui du droit civil? S'agit-il d'une transposition de la sacralité coranique à la forme codifiée, selon un habitus hybride? Dans cette dernière hypothèse, la littéralité observée serait motivée

---

<sup>435</sup> Une approche philologique à ce terme serait intéressante afin de repérer le moment historique précis où le terme *ahliya* a été porté au-devant de la scène linguistique arabe. Bien qu'il existe dans le fiqh, c'est la forme adjectivale *ahl* (capable) qui est relevée le plus souvent dans les écrits. C'est aussi sous cette forme que le concept est présenté dans plusieurs codes arabes.

par la crainte d'une dérivation du sens qui aurait créé chez le traducteur certains réflexes qui n'étaient pas nécessairement conscients. Dans tous les cas, il est très peu probable qu'il s'agisse d'un respect absolu des directives du législateur. On relève la même tendance chez Abdel-Baqi lors de son élaboration du code koweïtien. De son propre aveu, il y a eu remplacement de certains calques par des termes fiqhiques de la part des réviseurs de ce code, lesquels estimaient que dans la mesure où un terme fiqhique portant le même sens existait, le besoin de recourir au calque d'un terme civiliste n'avait pas de raison d'être.

### 5.2.3.2 Un style civiliste en arabe?

La lecture de la version marocaine ne laisse aucun doute sur l'attrait que le style civiliste exerce sur Abdel-Baqi. Cet attrait n'est pas étrange chez un juriste qui a fait ses études en France et a présenté sa thèse de doctorat, sur le droit civil, en français. Le constat général s'impose : la version marocaine est stylistiquement très proche du texte source. Juriste comparatiste, fortement influencé par la concision qui caractérise l'énoncé législatif français, Abdel-Baqi préfère employer des articles courts composés de phrases simples, entrecoupés de signes de ponctuation, intercalant les segments de la même manière que le texte français. On relève chez lui un respect presque religieux de la rythmique du texte source, doublé d'une recherche de précision et de clarté. Dans l'exemple qui suit, notons le degré de différence dans la reformulation phraséologique entre les versions marocaine et tunisienne du même article :

#### Énoncé français

Celui qui, de bonne foi, a retiré un profit du travail ou de la chose d'autrui, sans une cause qui justifie ce profit, est tenu d'indemniser celui aux dépens duquel il s'est enrichi dans la mesure où il a profité de son fait ou de sa chose.

#### Énoncé arabe (D.O.C.)

من استخلص، بحسن نية، نفعاً من شغل الغير أو شيئه بدون سبب يبرر هذا النفع، التزم بتعويض من أثرى على حسابيه، في حدود ما أثرى به من فعله أو شيئه.

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به.

Dans l'énoncé marocain, seule la virgule inversée « ، » constitue une mesure d'adaptation. Tout le reste est repris mot à mot du texte source, ce que la version de Santillana met bien en relief.

Abdel-Baqi reproduit l'explicitation civiliste autant que Santillana préfère recourir à l'implication fiqhique, comme le montre cet autre exemple (art 50 C.O.C., art. 46 D.O.C.) :

**Article français**

**Article arabe (D.O.C.)**

**Article arabe (C.O.C.)**

La violence est la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti.

من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه.

الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه.

Par rétrotraduction, la disposition marocaine calquée serait :

*La violence est la contrainte effectuée sans autorisation de la loi par laquelle une personne oblige une autre personne à faire un acte sans qu'elle en ait donné le consentement.*

En revanche, la disposition tunisienne serait :

*La violence est de contraindre quelqu'un d'une façon illégale à effectuer un acte qu'il n'a pas consenti.*

Dans l'exemple qui suit, Abdel-Baqi introduit son énoncé par une forme verbale, mais il veille à suivre le texte source en calquant notamment le segment « l'un pour vendre, l'autre pour acheter ». Santillana omet cette information, implicite dès qu'il y a eu consentement de la part des parties sur la vente.

### Article français

La vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat.

### Article arabe (D.O.C.)

يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى.

### Article arabe (C.O.C.)

إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضاء بالبيع واتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما.

Abdel-Baqi tend à rendre tous les éléments lexicaux de l'énoncé source et dans la même forme grammaticale. Dans l'article qui suit, il rend non seulement l'énumération du texte français (art. 582 C.O.C., 490 D.O.C.), mais en garde aussi la forme verbale :

### Article français

Lorsque la vente a été faite en bloc, le contrat est parfait dès que les parties sont convenues de l'objet et du prix et des autres clauses du contrat, quoique les choses qui en font l'objet n'aient pas encore été pesées, comptées, mesurées ou jaugées.

La vente en bloc et celle qui a pour objet un ensemble de choses à un seul et même prix, sans égard au nombre, au poids ou à la mesure, si ce n'est à l'effet de déterminer le prix total.

### Article arabe (D.O.C.)

إذا حصل البيع جزافا، فإنه يكون تاما بمجرد أن يتراضي المتعاقدان على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى، ولو لم تكن الأشياء التي يرد عليها قد وزنت أو عدت أو قيست أو كيلت.

والبيع الجزافي هو الذي يرد بتمن واحد على جملة أشياء، دون أن يعتبر عددها أو وزنها أو قياسها إلا لأجل تعيين ثمن المجموع.

### Article arabe (C.O.C.)

إذا وقع البيع جزافا فإن العقد يتم بتراضي المتعاقدين بالتمن والمثمن وبقية الشروط التي اتفقوا عليها ولو لم يحصل كيل ولا وزن ولا عد. والبيع جزافا هو بيع جملة أشياء بتمن واحد وفي هذه الحالة لا يعتبر عدها أو وزنها أو قياسها إلا لتقدير ثمن جميعها.

Il recourt également à la séparation des paragraphes et emploie la forme calquée *bay'e jizafi* au lieu de la forme consacrée *bay'e jizaf* employée par Santillana.

La tendance à suivre de près la forme du texte source aurait pu produire une traduction *lourde* tant Abdel-Baqi semble viser à reproduire la terminologie et la phraséologie civiliste, même

dans leurs aspects les plus superflus. Toutefois, la maîtrise de la langue arabe ainsi que le recours à la ponctuation rendent l'énoncé plus lisible, chez un juriste formé à l'école civiliste, que celui de Santillana. Les énoncés sont *différents*, souvent étranges, mais grammaticalement corrects. Pour le juriste bilingue et bijuridique, Abdel-Baqi produit une traduction plus facile à lire, dont le lien avec le texte français est facile à établir immédiatement. La version marocaine se prête facilement à un exercice de découpage phraséologique, contrairement à celle de Santillana dont certains segments sont tellement reformulés qu'ils deviennent incompréhensibles, exigeant ainsi un retour au texte français. Un exercice de rétrotraduction est plus facile à partir du texte d'Abdel-Baqi que de celui de Santillana dans la mesure où Abdel-Baqi emprunte largement le mode d'énoncé français et suit la rythmique de celui-ci (respect des divisions, cooccurrences, charnières et ponctuation). En voici des exemples :

Énoncé français	Énoncé arabe (D.O.C.)	Énoncé arabe (C.O.C.)
Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence.	يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه.	الرضاء الصادر عن غلط أو عن تغرير أو عن إكراه يقبل الإبطال.
Cependant, lorsqu'il s'agit de prestations périodiques portant sur des objets alternatifs, le choix fait à une échéance n'empêche pas l'ayant droit de faire un choix différent à une autre échéance, si le contraire ne résulte du titre constitutif de l'obligation.	ومع ذلك، ففي الأداءات الدورية الواقعة على أشياء يثبت الخيار بينها، فإن الخيار الذي يتبع عند حلول أحد الأجل لا يمنع صاحب الحق من أن يغير اختياره عند حلول أجل آخر ما لم ينتج عكس ذلك من السند المنشئ للالتزام.	إذا كان الخيار دوريا بأن يتكرر في آجال محددة فإن ما وقع عليه الاختيار مرة لا يمنع وقوعه على شيء آخر مرة أخرى ما لم ينص العقد على خلافه.

Dans le premier exemple, Abdel-Baqi reprend les collocations civilistes « donné par erreur », « surpris par dol » et « extorqué par la violence » respectivement par *sader an ghalatt* (litt. provient d'une erreur), *natij an tatliss* (litt. résulte d'un dol) et *mountaza'e* (litt. extorqué par violence). Ce qui donnerait : « [...] serait susceptible d'annulation le consentement provenant d'une erreur, résultant d'un dol, ou extorqué par violence ». Dans le deuxième exemple, il juge utile de rendre la charnière « cependant » par *ma'a dalik*, même si l'emploi d'une charnière

n'est pas nécessaire en arabe, cette langue recourt moins à la subordination que le français. Santillana ne rend pas les collocations ni la charnière.

L'exemple qui suit révèle qu'Abdel-Baqi respecte la structure<sup>436</sup> du texte source, reproduisant ainsi la même division, non seulement sur le plan de la ponctuation, mais aussi par son respect de la disposition des paragraphes et des alinéas.

Énoncé français	Énoncé arabe (D.O.C.)	Énoncé arabe (C.O.C.)
<p>La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être déterminée au moins quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite.</p>	<p>الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد.</p>	<p>المعقود عليه يجب أن يكون معيناً ولو بالنوع أما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد.</p>

Il est clair que le respect du style civiliste constitue une priorité chez Abdel-Baqi. De ce style, le juriste traducteur tend ainsi à rendre les caractères les plus évidents, notamment les inversions, la dépersonnalisation, les tournures nominales, les marques de généralisation, entre autres. Les exemples qui suivent montrent bien cette tendance :

Énoncé français	Énoncé arabe (D.O.C.)	Énoncé arabe (C.O.C.)
<p>Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier.</p>	<p>لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مَطْل الدائن.</p>	<p>لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومماثلة الدائن.</p>

<sup>436</sup> La relation entre la structure et le langage est bien mise en évidence par Sparer (1982). Il affirme : « Le sens des règles que porte un code est accessible par les concepts évoqués (biens, présomption, personne, dommages, etc.), mais aussi par la structure adoptée. La structure du code éclaire et informe le jeu des concepts. Les concepts, à leur tour, éclairent la structure, car ils sont l'accès premier au sens du message. L'idéal serait de formuler clairement les concepts dans un ordre signifiant ». Sparer qualifie la structure elle-même de phénomène de langage (*ibid.*).

Par rétrotraduction, l'article marocain commencerait par : « Il n'y a pas lieu à un dommage-intérêt, si le débiteur... ». Par contre, l'article tunisien commencerait (traduction littérale) par : « N'est pas tenu le débiteur à rembourser la perte s'il... ». On relève la même tendance pour ce qui est des titres. Sauf de rares exceptions, Abdel-Baqi s'éloigne de l'énoncé fiqhique verbal pour adopter la formule nominale (neutre, générale et dépersonnalisée) de l'énoncé civiliste. Dans cette forme d'énoncé, l'objet de l'action est invisible. En voici des exemples :

Titre français	Titre arabe (D.O.C.)	Titre arabe (C.O.C.)
De l'objet des obligations contractuelles	محل الالتزامات التعاقدية	فيما يقع التعاقد عليه

Dans cet énoncé, Abdel-Baqi préfère utiliser le calque *mahal al iltizamat attaa'ouqidiya* (litt. objet des obligations contractuelles), optant ainsi pour une tournure nominale, contrairement à Santillana qui utilise l'expression prépositionnelle *fima yaqa'ou atta'aqoud alay'h* qui signifie littéralement « ce qui peut faire l'objet d'un contrat ». Santillana évite ainsi l'abstraction de la formule civiliste et préfère expliciter ce dont il s'agit à la manière fiqhique. Voici un autre exemple de la tendance à nominaliser chez Abdel-Baqi :

Énoncé français	Énoncé arabe (D.O.C.)	Énoncé arabe (C.O.C.)
<p><u>La violence</u> ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que :</p> <p>1° Lorsqu'elle en a été la cause déterminante;</p> <p>2° Lorsqu'elle est constituée de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable, eu égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à</p>	<p>الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا:</p> <p>1 - إذا كان هو السبب الدافع إليه.</p> <p>2 - إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسميا أو اضطرابا نفسيا أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثيرهم.</p>	<p>لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية: أولا: إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد. ثانيا: إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره</p>

leur degré  
d'impressionnabilité.

La tendance à la nominalisation ressort également de l'exemple qui suit :

Énoncé français	Énoncé arabe (D.O.C.)	Énoncé arabe (C.O.C.)
Le vendeur de mauvaise foi devra rembourser à l'acquéreur de bonne foi toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aurait faites.	البائع سيئ النية ملزم بأن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات التي أنفقها حتى مصروفات الزينة أو الترف.	إذا كان في البيع تغيير فعلى البائع أن يرجع للمشتري المغرور كل ما صرفه ولو في التحسين والترف.

La comparaison de la disposition marocaine avec sa contrepartie tunisienne montre clairement la différence entre les stratégies suivies par les traducteurs. Abdel-Baqi commence son énoncé de la même manière que le texte français :

Le vendeur de mauvaise foi est obligé de rembourser à l'acheteur de bonne foi toutes les dépenses qu'il a déboursées même si ces dépenses sont de décorations ou de luxe.

Par contre, Santillana reformule de la manière suivante :

Si la vente comporte un dol le vendeur doit retourner à l'acheteur lésé tout ce qu'il a déboursé même en améliorations ou en luxe.

Dans la mesure du possible, Abdel-Baqi respecte la tendance à généraliser du texte source. Il tend ainsi à rendre les termes « toute », « chacun », « nul », « aucune » par des équivalents arabes remplissant la même fonction :

Énoncé français	Énoncé arabe (art. 392 D.O.C.)	Énoncé arabe (art. 410 C.O.C.)
Toutes actions entre les associés, et entre ceux-ci et les tiers, à raison des obligations naissant du contrat de société, sont	جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من	لا تسمع دعوى بين الشركاء أو بينهم وبين غيرهم إذا تعلقت بالالتزامات الناشئة من عقد الشركة بعد مضي خمس سنين من يوم نشر عقد فسخ الشركة أو عقد انفصال الشريك عنها. فإذا حل حق الدائن

prescrites par cinq ans, à partir du jour où l'acte de dissolution de la société, ou de renonciation de l'associé, a été publié.

يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحلول.

وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة.

على الشركة بعد تاريخ النشر فلا تعتبر المدة المذكورة إلا من وقت حلوله.

وهذا لا ينافي ما جعله القانون دون ذلك من أجل سقوط الدعوى لما يتعلق بالشركة.

L'influence du style civiliste sur Abdel-Baqi lui fait adopter, chaque fois que la syntaxe de la langue cible le permettait, une des caractéristiques les plus flagrantes de l'énoncé civiliste : les inversions. Il emploie ainsi le verbe suivi d'un nom, alors qu'il aurait pu s'en tenir au substantif uniquement. Voici un exemple :

#### Énoncé français

Est nulle la cession à titre onéreux ou gratuit, lorsqu'elle n'a d'autre but que de soustraire le débiteur à ses juges naturels, et de l'attirer devant une juridiction qui n'est pas la sienne, d'après la nationalité de la partie en cause.

#### Énoncé arabe (D.O.C.)

تكون حوالة الحق باطلة سواء تمت بعوض أو على سبيل التبرع، إذا لم يكن لها من هدف إلا إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين وجره إلى محكمة أخرى غير محكمته وفقاً لما تقتضيه جنسية المحال له.

#### Énoncé arabe (C.O.C.)

الإحالة باطلة سواء كانت مجاناً أو بعوض إذا لم يكن المراد منها إلا إخراج المدين عن نظر حكام ملته وجلبه أمام قضاة آخرين.

Abdel-Baqi rend également les formules impersonnelles « il y a lieu », « il est permis », « il y a deux espèces de... ». Par exemple, il rend l'expression « il y a lieu à responsabilité » par *wa yakoun honaka mahal li al massouliya*. Cette formule vient en alinéa, après un point, dans un style télégraphique et concis renvoyant à une énumération. La comparaison entre l'énoncé tunisien et l'énoncé marocain montre bien l'effet miroir entre l'énoncé marocain et l'énoncé français. L'article tunisien est difficilement divisible, nous le reproduisons en entier :

## Énoncé français

Il y a lieu à responsabilité :

1) s'il existe dans le fonds une garenne, un bois, un parc ou des ruches destinées à élever ou à entretenir certains animaux, soit pour le commerce, soit pour la chasse, soit pour l'usage domestique;

2) si le fonds est spécialement destiné à la chasse.

Il n'y a pas lieu à responsabilité civile dans le cas de légitime défense, ou lorsque le dommage a été produit par une cause purement fortuite ou de force majeure qui n'a été ni précédée, ni accompagnée, d'un fait imputable au défendeur.

Le cas de légitime défense est celui où l'on est contraint d'agir afin de repousser une agression imminente et injuste dirigée contre la personne ou les biens de celui qui se défend ou d'une autre personne.

## Énoncé arabe (art. 87 D.O.C.)

ويكون هناك محل للمسؤولية:

1- إذا وجدت في الأرض حظيرة أو غابة أو حديقة أو خلايا مخصصة لتربية أو لرعاية بعض الحيوانات، إما بقصد التجارة أو للصيد أو للاستعمال المنزلي.

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يواخذ به المدعى عليه.

وحالة الدفاع الشرعي، هي تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله.

## Énoncé arabe (art. 203 C.O.C.)

مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة في أرضه سواء كانت ضاربية أو أهلية إن لم يكن سعى في جلبها أو في بقائها بالمكان لكنه يضمن في صورتين: أولاً: إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيوت نحل أو زربية لتربية أو حفظ بعض حيوانات معدة للتجارة أو للصيد أو للأكل. ثانياً: إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة.

لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الشرعي كما لا ضمان بمضرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب للمدعى عليه قبل وقوع الحادث أو في أثناءها. والدفاع الشرعي هو حالة من التجأ إلى دفع صولة صائل أراد التعدي على النفس أو المال سواء كان ذلك للمدافع أو لغيره.

Si l'on revient à la notion d'équivalence, nous pouvons dire que les traducteurs recourent à des procédés traductionnels opposés. Santillana préfère les équivalents fonctionnels (culturels), cherchant dans la langue cible un terme qui remplit une fonction similaire dans la langue source (Harvey 2001, p. 42; Sarcevic 1997, p. 236). L'objectif de Santillana n'était pas l'atteinte d'une parfaite équivalence sémantique entre les termes source et cible, mais plutôt l'atteinte d'un texte

adapté à la langue cible qui n'oppose aucun élément d'étrangeté au lecteur. Toutefois, l'adoption systémique de ce type d'équivalence, culturellement légitime, apporte son lot d'inconvénients. Il suffit de constater les ajouts, omissions, ambiguïtés, non-concordance des champs sémantiques et faux sens relevés dans la version tunisienne. Pour pallier certains de ces écueils traductifs, Santillana recourt souvent à l'équivalence explicative (expansion lexicale chez Glanert 2011, p. 189). Il emploie des termes généraux ou des paraphrases pour *décrire* des termes civilistes chargés culturellement (par ex., notaire, juges naturels). Cette technique à l'inconvénient de diluer, dans le texte cible, le sens d'un terme initialement succinct et fermé. À l'opposé, on relève chez Abdel-Baqi une préférence pour l'équivalence formelle. Il recourt à des équivalents linguistiques qui, bien qu'inspirés de la langue cible, n'existaient pas dans celle-ci. En témoignent les nombreux calques construits autour du terme élémentaire « obligation » mentionnés précédemment. Abdel-Baqi recourt aux équivalents formels même dans le cas où un « terme fonctionnel acceptable » (Sarcevic 1997, p. 259) existe dans la langue cible.

## Conclusion

Il est sûr que si l'on analyse la problématique du point de vue du fiqh, nous serions tentée de qualifier la traduction d'Abdel-Baqi d'acculturatrice (ou assimilatrice dans les termes de Venuti). En effet, c'est cette traduction qui importe le plus grand lot d'éléments étrangers à l'espace juridique et linguistique marocain comme en témoigne l'existence de nombreux calques lexicaux comme *achbah al-ouqoud* et *achbah al-jara'im* ou de calques syntaxiques (inversions, formules types) inexistantes dans d'autres codes arabes<sup>437</sup>. Le code marocain est probablement l'unique code de langue arabe dont le style ressemble le plus au code français. Il suffit pour s'en convaincre de feuilleter les nombreux ouvrages comparatifs faisant état des différents codes arabes. La forme d'énonciation adoptée (français arabisé) remodèle l'espace linguistique et impose implicitement une logique différente dans le traitement de la théorie qui régit la matière adoptée. L'introduction de concepts nouveaux entraîne l'apparition de schèmes conceptuels et classificatoires, entraînant eux-mêmes des besoins de dénominations. Par

---

<sup>437</sup> Il faut préciser à ce point que bien que le modèle civiliste ait inspiré de nombreux codes arabes, à travers notamment le code Sanhoury, ces codes semblent avoir fait l'objet, contrairement au code marocain, d'une réflexion comparative plus poussée de la part de leurs rédacteurs. Plusieurs auteurs comparatifs critiquent l'existence de dispositions dont la présence dans les codes marocain et tunisien ne semble être motivée que par le respect du texte source et qui, pour ces auteurs, relèvent de l'évidence même.

exemple, en calquant l'expression *ithra'e bidoun sabab*, Abdel-Baqi impose le recours au terme *iftiqar* pour rendre la notion civiliste d'appauvrissement ainsi que la tendance civiliste définitoire de termes comme « enrichissement », « richesse », « appauvrissement ». Le droit civil étant une matière beaucoup plus large que les dispositions enfermées dans un code, un besoin de théorisation parallèle est nécessaire pour la compréhension de la matière. Des études seraient à faire sur le changement linguistique apporté par la traduction à la logique juridique consécutivement à un transfert de droit.

Dans la version marocaine, il y a eu des choix et des non-choix qui ont contribué à écarter de nombreux concepts de l'espace civil dit moderne et à en créer d'autres dont le résultat est double : d'abord une nouvelle terminologie (civiliste) que l'existence d'une autre terminologie séculaire (fiqh) empêche de se fixer comme unique source conceptuelle. Ensuite, une terminologie existante dans les ouvrages fiqhique, mais non institutionnalisée à la suite de l'opération d'homologation du vocabulaire entreprise par les traducteurs. À long terme, les concepts écartés seront-ils appelés à disparaître? Le virage vers une autre tradition textuelle a engendré une certaine incertitude linguistique qu'on peut cerner dans la coexistence même de deux modes d'énoncés normatifs dans l'espace juridique actuel. Cette coexistence se traduit, sur le plan pratique, par l'existence d'une terminologie double selon le référent invoqué. Sur le plan textuel, cette coexistence se constate dans les écrits des juristes dans lesquels le terme fiqhique côtoie le terme civiliste, l'un expliquant l'autre. À l'incertitude linguistique s'ajoute une certaine carence doctrinale. La réflexion sur le droit civil reste intimement liée aux avancées françaises et le peu d'écrits qui existent à ce sujet relèvent du droit comparé. Il reste qu'une lecture a posteriori, à la lumière de l'évolution juridique dans les pays arabes, lève le voile sur d'autres questions : contrairement à Santillana, Abdel-Baqi a-t-il été, sans le vouloir, l'instrument d'une violence symbolique (Bourdieu 1986, p. 43) sur la langue du fiqh en approuvant une autre forme, jugée la seule acceptable pour des besoins de modernité? Il est indéniable que le traducteur, du moins du côté marocain, a occasionné une rupture avec la tradition existante dont les conséquences sont encore à étudier. Enfin, l'adoption d'une autre forme a-t-elle réussi le pari de moderniser la langue locale ou au contraire n'a-t-elle réussi qu'à figer celle-ci dans une phase de transition, doublée d'une référence à l'autre (état de dépendance au droit original)? Les sphères régies par le droit civil et le droit musulman n'étant pas complètement hermétiques l'une

à l'autre, des interférences surviennent occasionnellement. En témoigne la présence de termes fiqhiques dans les ouvrages contemporains et devant les tribunaux. Ceci sans parler du juge obligé de *traduire* en arabe dialectal un langage doublement hermétique (arabe classique et formulations étrangères) que la majorité des gens ordinaires ne comprennent pas. L'interférence du fiqh et de son langage traduit un état de survivance à la fois juridique et linguistique d'un système normatif (le droit musulman) qui ne veut plus être confiné au champ religieux.

## CONCLUSION

Notre recherche visait l'observation et l'analyse du rôle très peu exploré de la traduction dans le transfert du droit civil français dans un espace géographique régi par le droit musulman. Elle s'est intéressée particulièrement au changement du modèle textuel législatif par les traducteurs dans deux sociétés du Maghreb, soit le Maroc et la Tunisie lors de la traduction du *Dahir formant code des obligations et des contrats* marocain (D.O.C.) et du *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C.). Pour ce faire, nous avons emprunté au courant sociologique de la traduction les éléments théoriques (traduction comme phénomène social, corrélation entre le texte traduit et la société dans laquelle il s'insère, la place accordée à l'humain dans le processus de traduction, entre autres) pour les appliquer à des traductions législatives. L'espace géographique qui nous intéresse permet de retracer un processus de traduction législative dans un milieu social permettant d'en observer les acteurs en mouvement dans des sphères sociales et temporelles différentes. Menée dans une conscience peu à peu acquise, au fil de la recherche, des éléments socioculturels, politiques et juridiques qui entouraient la codification et la traduction des versions françaises de notre corpus vers l'arabe, notre analyse de celui-ci a permis de voir qu'un même énoncé législatif, malgré les contraintes normatives qui peuvent l'accompagner, peut être traduit de deux manières différentes selon des stratégies traductionnelles opposées au cours desquelles la personne des traducteurs n'est pas à négliger.

Au début de notre recherche, nous visions une lecture comparative de la version française et de la version arabe du *Dahir formant code des obligations et des contrats* marocain. Par la suite, la découverte d'une terminologie islamique, qui ne cadrerait pas avec le tissu textuel global, dans la version arabe du code marocain a fait dévier notre recherche de sa trajectoire initiale. C'est ainsi que nous avons découvert le lien entre le code marocain et le *Code des obligations et des contrats* tunisien (C.O.C.), texte rédigé en français et élaboré « sur le type des Codes français » (Santillana 1899, p. 1). Au fur et à mesure de l'avancement de la recherche, un double constat s'est imposé. D'abord, la traduction n'a pas uniquement agi comme véhicule de transfert juridique du droit civil au Maroc et en Tunisie, mais elle a aussi fait partie du processus d'élaboration (codification) de ce droit lui-même dans ces pays. Ensuite, l'islamisation comme stratégie traductionnelle, même formelle, d'un code n'est pas l'œuvre de celui qu'on croit.

Le rôle de la traduction dans l'élaboration de l'antécédent du code marocain, le C.O.C. tunisien, est bien réel. Lors du processus de codification des lois civiles tunisiennes, le rédacteur du code, David Santillana, juriste italo-tunisien, ne s'est pas limité à sa source primaire, le Code civil français, il a aussi puisé dans plusieurs autres sources dans une tentative de produire une synthèse inédite jusque-là entre le droit musulman et le droit civil. C'est ainsi que des dispositions entières provenant non seulement de droits européens (allemand, italien, suisse), mais aussi du fiqh ont été traduites vers le français au cours d'une stratégie respectueuse du style abstrait et technique de l'énoncé civiliste. Le recours à la traduction est double chez Santillana. D'un côté, il a puisé dans des traductions préexistantes du fiqh effectuées par des auteurs coloniaux (Perron et Seignette). De l'autre, il a procédé lui-même à la traduction de certaines dispositions relevant du droit musulman ou provenant d'autres droits casuistiques (droit allemand par exemple) de manière à pouvoir les greffer au nouveau code civil français destiné à la Tunisie. Ces dispositions ont vite été supprimées lors de la révision du Projet préliminaire par les membres français de la commission de codification. Malgré cette expurgation de l'énoncé non civiliste (c'est-à-dire casuistique, non abstrait et personnel), qu'il soit allemand ou islamique, la version française adoptée en 1906 porte encore les traces d'une terminologie islamique. Il se pourrait même que la présence de cette terminologie ait été perçue comme une forme d'islamisation et de ce fait ait motivé la décision de la commission de ne pas promulguer le code élaboré en 1899... jusqu'en 1906. Conscient que le C.O.C. serait *essentiellement* tunisien et motivé par sa tendance à la synthèse, Santillana a inséré une terminologie provenant du fiqh dans la version française (termes relevant du droit musulman, des coutumes tunisiennes, de certaines valeurs de mesure arabo-tunisiennes et enfin, de certains titres et fonctions). Des vestiges de cette terminologie ont su traverser les frontières pour se retrouver dans le code marocain de langue française de 1913. Notons que, tout au long du processus de codification, Santillana ne perdait pas de vue qu'il fallait éviter un cri à l'islamisation de la part des membres de la commission de codification française.

Durant le processus de traduction vers l'arabe, le traducteur tunisien a procédé dans le sens opposé. Grâce à une maîtrise exceptionnelle du langage du fiqh, il a réussi à remodeler l'énoncé civiliste pour en faire un énoncé islamique. Pour ce faire, il a non seulement adopté systématiquement la phraséologie du fiqh, mais a aussi fait appel à la terminologie propre à

celui-ci. Sur ce plan, Santillana a fait appel aux termes relevant de la sphère religieuse (l'espace de l'autorisé *moubah* et de l'interdit *mouharram*, par exemple), a rejeté des équivalents qui pourraient porter une connotation *laïque* et avait tendance à éviter de rendre les termes et les expressions figées qui pouvaient trahir une appartenance trop marquée au droit civil (erreur de fait, droit à répétition, délai de grâce). Sur le plan phraséologique, Santillana a *calqué* le modèle de l'énoncé islamique, même au risque de créer des énoncés peu compréhensibles (voir par exemple l'article 73 du C.O.C.), à un tel point, qu'il a réussi à reproduire une forme très proche de l'énoncé classique du fiqh. Pour parvenir à reproduire la forme islamique, Santillana préférait employer certains procédés traductionnels (paraphrase et explicitation) au détriment d'autres procédés (calque et néologisme), motivé, sans doute, par la peur de rebuter le public immédiat, soit les oulémas. De ce fait, le texte produit un effet étrange sur le lecteur puisqu'il est écrit dans un style très différent du texte original. On pourrait même se demander, en tenant compte de la grande liberté que Santillana a prise pour reproduire le style fiqhique, s'éloignant ainsi du modèle civiliste, si la version tunisienne est une *vraie* traduction ou plutôt une forme de « réécriture » dans le sens donné par Lefevre (1977), c'est-à-dire une forme de manipulation de l'écrit à travers le recours à certains effets textuels de manière à créer une certaine réaction chez le récepteur; ou encore une « traduction-rédaction »<sup>438</sup> (Basalamah 2010, p. 180) qui serait, dans notre cas, une forme de détournement du discours dominant du droit civil par le recours systématique aux normes linguistiques du fiqh. Si cela était bien la volonté de Santillana, nous pouvons affirmer qu'il a bien réussi à atteindre son double objectif : les versions arabe et française ont été bien accueillies; l'une par les membres français de la commission, l'autre par les Oulémas.

Une lecture en surface de l'œuvre de Santillana pourrait suggérer une certaine appartenance au droit musulman. Ce qui renvoie à notre deuxième constat, celui du véritable artisan d'une hypothétique islamisation. Si au début de notre recherche, nous étions surprise des affirmations, reprises plus tard pour le D.O.C., voulant que le C.O.C. constitue une parfaite symbiose entre le droit musulman et le droit européen ou encore qu'il n'allait nullement contre les principes du fiqh, l'analyse de la version tunisienne nous a permis de nuancer ces affirmations. Une lecture

---

<sup>438</sup> Pour une typologie des « traductions-rédactions », voir l'article de Salah Basalamah, « Censure et subversion dans les médias saoudiens d'État », TTR, 2010, p. 179-181.

approfondie de la traduction a montré que cette parfaite symbiose relève davantage de la forme que du fond. Car, sous des aspects islamiques, le texte tunisien est foncièrement civiliste. Bien que ces propos puissent être atténués par l'insertion ponctuelle de quelques règles islamiques dans le tissu textuel, il faut bien reconnaître que la règle islamique, relevant davantage de l'universel que du particulier, est accessoire à la règle civiliste et « lui est même subsidiaire puisque son existence même est tributaire à la condition de ne pas rentrer en conflit avec elle » (Rawatbi 2006, p. 203 et 204)<sup>439</sup>. Partant de ce constat, pouvons-nous toujours dire que Santillana a modelé sa traduction de manière à respecter les valeurs du fiqh? Ou que son adoption systématique du modèle textuel islamique constitue une sorte d'islamisation du droit civil? Nous ne pouvons répondre par l'affirmative. Chez Santillana, l'adoption du style du fiqh ne s'insère pas dans une volonté d'islamisation ou de réaction identitaire au caractère invasif du style civiliste (terminologie et phraséologie particulières). Elle se présente plutôt comme une stratégie visant à légitimer un texte dans son milieu récepteur. Cette stratégie n'est toutefois pas exempte d'une certaine fascination pour le fiqh chez le traducteur. Rappelons les nombreux ouvrages de Santillana sur le fiqh malékite. Dans ce sens, nous nous demandons si Santillana n'aurait pas plutôt choisi le modèle allemand, plus proche du style islamique, s'il en avait eu le choix. Nous nous interrogeons aussi sur les problèmes d'intelligibilité juridique que pourrait poser la coexistence de la forme islamique avec le fond civiliste aussi bien chez le non-initié au droit civil, que chez le non-connaissseur de l'écrit du fiqh.

Du côté marocain, nous avons vite dû rejeter l'hypothèse que nous avons au début de la recherche voulant que le traducteur du code marocain, l'Égyptien Abdel-Baqi, ait tenté d'apposer le caractère *arabo-islamique* au langage du code hérité du protectorat. La lecture de la traduction marocaine a montré que le texte ne porte aucunement les marques d'une quelconque réaction subversive à laquelle on se serait attendu dans les circonstances d'indépendance et d'arabisation qui ont accompagné le projet de traduction à l'époque. Ayant à l'esprit le code égyptien (1949), inspiré lui-même du Code civil français, mais dont le langage n'est pas marqué par le calque phraséologique, nous avons pensé, dans les premiers temps de notre recherche, que le code marocain serait le résultat de directives, allant dans le sens de

---

<sup>439</sup> En arabe, notre traduction.

l'adoption d'un langage moderne, d'une élite marocaine éduquée dans la tradition civiliste auxquelles le traducteur, Égyptien musulman, a dû se soumettre. Rien ne peut être plus loin de la vérité. Abdel-Baqi a participé à la création de plusieurs codes civils arabes. Il a même élaboré une grande partie du dernier en date, le Code civil koweïtien (1974). Ce code est similaire au code marocain, à quelques différences près : il a été révisé par un comité composé d'hommes lettrés qui ont parfois exigé le retour à des termes du fiqh chaque fois que la présence d'un terme civiliste n'était pas motivée par un vide conceptuel ou terminologique. L'attrait du style civiliste sur Abdel-Baqi est manifeste. Nous pouvons même affirmer que le respect de ce style est une priorité chez ce juriste. Rappelons, d'une part, la présence de très nombreux calques de la phraséologie civiliste, et, d'autre part, les néologismes créés afin de rendre des termes dont les équivalents existaient déjà dans le fiqh. Ces néologismes figurent abondamment dans les ouvrages théoriques de ce juriste traducteur qui estime nécessaire d'insérer le terme français à côté du néologisme arabe dans ses textes. À travers la recherche manifeste d'une terminologie abstraite et technique, purgée de toute connotation religieuse, la traduction marocaine montre une volonté d'atteindre une certaine juridicité doublée d'une intention évidente de distanciation par rapport au modèle textuel islamique et du langage de celui-ci. On ne peut que s'interroger sur les raisons de cette distanciation. Serait-il possible qu'Abdel-Baqi, formé à l'école française, ait considéré le modèle textuel islamique désuet? Faisait-il écho au discours de l'époque post-protectorat voulant que l'adoption d'un langage non fiqhique soit une condition nécessaire si l'on voulait sortir la société arabo-musulmane du sous-développement dans lequel elle vivait et dont elle n'était pas consciente avant la rencontre coloniale? Nous ne pouvons trancher la question, mais nous pouvons affirmer qu'Abdel-Baqi était bien l'homme de son époque. Sans renier la source islamique, présentée comme référence dans ses ouvrages sur les thèmes de droit civil, il s'inscrit dans cette vague de modernisation de la langue et du droit dont l'application ne pouvait pas aller sans une distanciation par rapport à la religion et au véhicule de celle-ci, soit son langage, celui du fiqh. Dans ce sens, la forme actuelle du code marocain était prévisible. Précisons toutefois que cette forme est beaucoup moins accessible au lecteur ordinaire unilingue que celle du code civil tunisien.

Contrairement à la version tunisienne, l'appartenance de la version marocaine au système de droit civil est évidente, aussi bien sur le plan du fond que de la forme. La présence de termes

relevant du fiqh peut être attribuée au manque de temps ou à l'influence de la version tunisienne ayant servi d'avant-projet à la version marocaine, plus qu'à une quelconque intention de montrer une appartenance au droit musulman. Les choix de traduction d'Abdel-Baqi renvoient constamment à la version française et au langage technique et hautement impersonnel de celle-ci, ce qui rend la version française originale encore présente dans l'espace juridique marocain.

Notre travail a permis de voir qu'au Maroc et en Tunisie, le droit appliqué dans l'espace civil est un droit issu de la traduction. Par conséquent, nous estimons qu'une réflexion sur la traduction s'impose. Car, comment un droit issu de la traduction peut-il évoluer sans reconnaître le moyen par lequel il est né? Une réflexion sur le transfert juridique devrait être nécessairement une réflexion sur la traduction, puisque dans le contexte qui nous intéresse, l'un ne va pas sans l'autre. Après plus de 50 ans d'autonomie juridique (du moins en théorie en ce qui concerne le droit civil), il serait bénéfique de revoir les modalités de réception et d'approcher la traduction proprement dite (en commençant par utiliser le terme *traduction*) en dehors de la problématique d'arabisation. Ce n'est qu'à cette condition que la traduction cessera d'être envisagée comme un mal nécessaire à l'emprunt juridique. Ce n'est qu'en reconnaissant la traduction et en lui donnant un statut officiel d'instrument de transfert juridique qu'une refonte du droit civil, du langage arabe civiliste (et de son rapport avec celui du fiqh) serait possible. En attendant, il est étonnant de constater le mépris encore palpable de la traduction chez les juristes marocains, même après plus de 60 ans de fonctionnement de la machine judiciaire avec des traductions (codes civil, commercial, pénal, entre autres). Chez un peuple qui se dit fier de sa contribution au savoir humain par la traduction (traduction de la philosophie grecque, entre autres), cette situation relève du paradoxe.

Le contact entre les langues et les droits n'est pas sans conséquence, les effets de l'emprunt en bloc d'un autre droit par la traduction restent à explorer. D'un point de vue jurisociologique, et sans nous aventurer sur le terrain miné de l'applicabilité d'un droit dans un pays qui ne l'a pas vu naître, il faut reconnaître que la théorie générale du droit civil en arabe est essentiellement le résultat de la traduction et, dans ce sens, la réflexion civiliste marocaine reste dépendante de l'évolution du droit civil en France. Nous avons vu dans le chapitre IV que les rédacteurs du D.O.C. continuent de *s'inspirer* du Code civil français en vigueur en y puisant des dispositions régissant la vie moderne (contrat électronique). S'agit-il d'une paresse intellectuelle ou d'un

juste retour à la normale, à la source mère, rejetant par là même tout désir de construction d'une identité civiliste propre comme c'est le cas en Égypte, par exemple? Dans tous les cas, l'existence d'une dépendance juridique est bien réelle, car dans les faits, la réflexion sur le droit civil demeure toujours liée aux avancées doctrinales et jurisprudentielles françaises (référence aux décisions de la Cour de cassation dans les tribunaux marocains). Ce qui entraîne une autre problématique : le clivage entre les juristes arabophones et francophones. Pour expliquer les dispositions du code civil (ou du droit civil en général), les premiers en appellent à la réflexion très riche de l'Égypte et celle d'autres pays arabes (la Syrie, par exemple); les seconds, à la réflexion française. Le résultat est une pauvre doctrine civiliste de langue arabe au Maroc et en Tunisie et un faible apport à la réflexion civiliste dans le monde (contributions quasi inexistantes en dehors des frontières maghrébines).

D'un point de vue linguistique, on peut se poser des questions sur les problèmes que peut poser la lettre des versions marocaine et tunisienne aux styles législatifs très différents dans le cas d'un litige de droit international privé par exemple. Ce point est particulièrement important si l'on sait que des dispositions identiques dans les deux codes sont appliquées de manière différente (Hassen 2006, p. 535). Des études restent à faire sur la coexistence de l'énoncé islamique et celui du droit civil relativement aux questions de statut personnel (don, mariage, etc.) dans la mesure où les deux occupent une partie de la sphère privée dans la vie juridique de la population, en grande majorité musulmane. La différence entre les deux est parfois source de conflit. Dans un autre ordre d'idées, la forme du français arabisé du D.O.C. mérite qu'on s'y attarde. Résultat d'un double échec, c'est-à-dire manquant de naturel par rapport au langage riche et coloré du code tunisien en arabe, elle n'égale pas le style fascinant de la version française dont elle n'est que l'imitation. Dans tous les cas, nous estimons qu'une *refonte* aussi bien sur le plan du fond que de la forme des codes marocain et tunisien est souhaitable. Sur le plan substantiel, il ne faut pas oublier que le code source, c'est-à-dire le Code civil français, a beaucoup évolué depuis son élaboration en 1804 pour tenir compte du changement social, ce qui n'est pas le cas des codes maghrébins, très peu modifiés jusqu'à nos jours. Sur le plan de la forme, la réforme dont a fait l'objet la version arabe tunisienne en 2005 et au cours de laquelle les auteurs se sont probablement inspirés de la version marocaine d'Abdel-Baqi, jugée sans doute plus moderne, est loin d'être satisfaisante. Le D.O.C., quant à lui, n'a subi que très peu de

modifications et la dernière version (2009), annoncée en grande pompe, qui se limitait à « proposer de nouvelles formulations à apporter à certains articles ou une traduction appropriée de certaines expressions et certains termes » (Gamija et Lahkim Bennani 2009, p. 13-14), a intensifié le désarroi terminologique et phraséologique qui caractérisait déjà le code. Si une décision est prise dans le sens d'une refonte, une question se pose : quel en serait l'instrument, une retraduction ou une recodification? Peu importe l'instrument choisi, nous espérons qu'un langagier fasse partie du processus.

## BIBLIOGRAPHIE

### CORPUS PRINCIPAL

- Ben Cheikh, M. (compil.). (1984). *Mağalla al-ittizāmāt wa-l-‘uqūd at-tūnisīya [Code tunisien des Obligations et des Contrats]* (Annoté par Mahmoud Ben Cheikh, avec Préface D. Santillana). Tunis, Tunisie : Al-Maṭba‘a al-’Aṣrīya.
- Empire chérifien et Protectorat de la République française au Maroc. (1913). *Dahir formant Code des obligations et des contrats* (numéro spécial, B.O., n° 46, édition française, p. 78-172). Rabat, Maroc : Résidence Générale de France.
- Maroc et Ministère de la Justice. (1964). *Qanun al-iltizamat wal ouqoud [Code des obligations et des contrats]*. *Revue de la justice et du droit*, (73-74).
- Maroc et Ministère de la Justice (Compil.). (1966). *Qanun al-iltizamat wal-ouqoud al-maghribi [Code des obligations et des contrats marocain]* (Texte intégral du code civil marocain). Casablanca, Maroc : Dar al-kitab.
- Tunisie et Commission de codification des lois tunisiennes. (1899). *Code civil et commercial tunisien : Avant-projet discuté et adopté au rapport de D. Santillana*. Tunis, Tunisie : Imprimerie générale J. Picard.

### CORPUS SECONDAIRE

- Allemagne et Bundesministerium der Justiz. (1896). *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Saarbrücken, Allemagne : juris GmbH. Repéré à <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>
- Égypte et El-Sanhouri, A. (1948, juillet). *Al-qanun al-madani al-mesri [Code civil égyptien]*. *Eastlaws*. Repéré le 4 novembre 2017, à <http://www.eastlaws.com/Ta3refat/al-kanoun-el-madani>
- Égypte et Ministère de la Justice. (1949). *Code civil égyptien : Promulgué par la loi n° 131 de 1948 mis en vigueur le 15 octobre 1949* (Traduction française officielle; traduit par U. Pace et A. Maakad). Imprimerie « Al-Bassir ».
- Empire ottoman et Cevdet, A. (commiss.). (1877). *Majallat al-ahkam al-adaliyyah [Code des dispositions juridiques ottoman]*. Repéré le 4 novembre 2017, à [http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al\\_majalle/index.html](http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/index.html)

- France. (1807). *Code Napoléon* (édition originale et seule officielle). Paris, France : Imprimerie impériale. Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406276n>
- Ibn Ishâq, K. (1848). *Précis de jurisprudence musulmane, ou Principes de législation musulmane civile et religieuse, selon le rite malékite* (vol. 1-6; traduit par N. Perron). Paris, France : Imprimerie nationale.  
Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k201564s>
- Ibn Ishâq, K. (1858). *Code musulman par Khalil = al-Mukhtaṣar fī al-fiqh lil-Shaykh Khalīl ibn Ishāq : rite Malékite, statut réel* (traduit par N. Seignette). Alger, Algérie : Arnolet.
- La Grasserie, R. de (trad.). (1897). *Code civil allemand et Loi d'introduction suivis de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcées promulgués le 18 août 1896, et le 24 mars 1897, exécutoires à partir du 1er janvier 1900*. Paris, France : A. Pedone. Repéré à <https://catalog.hathitrust.org/Record/010456072>
- Maroc et Association de diffusion de l'information juridique et judiciaire. (2009). *Qanun al-iltizamat wal-ouqoud [Code des obligations et des contrats]* (préface Gamija et Lahkim Bennani). Rabat, Maroc : Dar al-Qalam.
- Maroc et Ministère de la Justice. (1986). *Qanun al-iltizamat wal-ouqoud = Dahir formant Code des obligations et des contrats* (édition bilingue). Rabat, Maroc : Imprimerie Abad.
- Maroc et Renault, L. (préface), Berge, S., Grunebaum, P. et Herbeux, J. (introd.). (1914). *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc* (édition officielle). Paris, France : Imprimerie nationale.
- Ministère de la Justice et Société de législation comparée. (1904). *Code civil allemand : promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900* (traduit par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann et R. Saleilles). Paris, France : Imprimerie nationale.  
Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k504247r/fl.image>
- Qadri, M. (1891). *Kitāb Murshid al-ḥayrān ilā ma'rifat aḥwāl al-insān fī al-mu'āmalāt al-shar'īyah 'alā madhhab al-Imām al-a'zam Abī Ḥanīfah al-Nu'mān mulā'iman li-'urf al-diyār al-Miṣrīyah wa-sā'ir al-umam al-Islāmīyah* [Livre Morchid al-Hāiran suivant le rite de l'imam Abī Ḥanīfah al-Nu'mān] (2<sup>e</sup> éd.). Būlāq, Égypte : al-Maṭb'ah al-Kubrā al-Amīrīyah.

- Québec (Province) et Lef. De Bellefeuille E. (1866). *Le Code civil du Bas-Canada*. Montréal, Québec : Beauchemin & Valois. Repéré à <http://books.google.com/>
- République tunisienne et Ministère de la Justice et des Droits de l'Homme. (2005a). *Code des Obligations et des Contrats*. Portail de la Justice en Tunisie. Repéré à [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_francais/codes\\_juridiques/Code\\_des\\_obligations\\_et\\_des\\_contrats.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_francais/codes_juridiques/Code_des_obligations_et_des_contrats.pdf)
- République tunisienne et Ministère de la Justice et des Droits de l'Homme. (2005b). *Majalat al-iltizamat wal-oqoud* [Code des obligations et des contrats]. Portail de la Justice en Tunisie.  
Repéré le 24 octobre 2017, à [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_arabe/codes\\_juridiques/code\\_obligations\\_ar\\_13\\_11\\_2009.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_obligations_ar_13_11_2009.pdf)
- Santillana, D. (1897). *Projet préliminaire de Code Civil et Commercial Tunisien : soumis à la Commission de Codification des Lois tunisiennes*. Tunis, Tunisie : Imprimerie générale J. Picard.
- Tunisie et Larcher, É. (compil.). (1907). *Code tunisien des obligations et des contrats avec les décrets du Bey du 15 décembre 1906 et du 30 juin 1907 : accompagné d'observations critiques de Émile Larcher*. Alger, Algérie : Typographique Adolphe Jourdan.

## **DROIT MUSULMAN**

- Alioui, F., Guellil, Z. et Badraoui, S. (2015). La finance islamique, des fondements au système. *Management Intercultural*. Repéré le 9 juillet 2017, à [https://www.researchgate.net/publication/311371364\\_LA\\_FINANCE\\_ISLAMIQUE\\_DES\\_FONDEMENTS\\_AU\\_SYSTEME](https://www.researchgate.net/publication/311371364_LA_FINANCE_ISLAMIQUE_DES_FONDEMENTS_AU_SYSTEME)
- Daresté De la Chavanne, R. (1882, juin). *Code musulman. Rite malékite. Statut réel. Texte arabe et nouvelle traduction, par N. Seignette. Journal des savants*.  
Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5612295h/f16.image>
- Hallaq, W. B. (2005). *The origins and evolution of Islamic law*. Cambridge, Royaume-Uni : Cambridge University Press.
- Hallaq, W. B. (2009). *Sharī'a: theory, practice, transformations*. Cambridge, Royaume-Uni : Cambridge University Press.

- Hammad, N. (2008). *Mu 'jam al-muṣṭalahāt al-iqtiṣādīyah fī lughat al-fuqahā'* [Glossaire de la terminologie économique dans la langue du fiqh]. Damas, Syrie : Dar al-Qalam.
- Ibn Anas, M. (2000). *Al-Mouwatta* (édition bilingue arabe-français, vol. 2; traduit par I. Sayed). Beyrouth, Liban : Dar Elfikr.
- Johansen, B. (2006). Le contrat salam. Droit et formation du capital dans l'Empire abbasside (XIe - XIIe siècle). *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 61<sup>e</sup> année (4), 863-899.
- Larcher, É. (1885). *Traité élémentaire de droit musulman algérien (école malékite)*. Alger, Algérie : A. Jourdan. Repéré à <http://books.google.com/books?id=eptBAAAAYAAJ>
- Milliot, L. (1953). *Introduction à l'étude de droit musulman*. Paris, France : Recueil Sirey.
- Zeys, E. (1885). *Traité élémentaire de droit musulman algérien (école malékite)* (spécialement rédigé sur le cours oral fait à l'École de droit d'Alger à l'usage des candidats au certificat inférieur de législation algérienne et de coutumes indigènes, t. 1). Alger, Algérie : A. Jourdan. Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6214400k>

## **DROIT COMPARÉ**

- Abdel-Baqi, A. (1943). *Du rôle de la possession en matière mobilière : étude historique comparée et approfondie de droit français*. Paris, France : A. Pedone.
- Abdel-Baqi, A. (1965a). *Nazariyat al-haq [La théorie du droit]*. Caire, Égypte : Nahdat Miṣr.
- Abdel-Baqi, A. (1965b). *Nazarīyat al-qānūn [La théorie du droit]* (4e éd.). Caire, Égypte : Dar al-kitab al-arabi.
- Abdel-Baqi, A. (1969). *Durūs maṣādir al-iltizām [cours sur les sources de l'obligation]*. Caire, Égypte : Nahdat Miṣr.
- Abdel-Baqi, A. (1976). *Maṣādir al-iltizām fī qānūn al-tijārah al-Kuwaytī muqāranan bi-al-fiqh al-Islāmī wa-aḥkām al-Majallah : Nzariyat al-aqd [Les sources de l'obligation dans le droit civil koweïtien en comparaison avec le droit musulman et du Code civil : la théorie du contrat]*. Université du Koweït, Koweït : Dar al-Waṭan.
- Abdel-Baqi, A. (1984). *Nazarīyat al-'aqd wa-al-irādah al-munfaridah : dirāsah mu'ammaqah wa-muqāranah bi-al-fiqh al-Islāmī [La théorie du contrat et la volonté unilatérale : étude approfondie et comparée at fiqh islamique]*. Caire, Égypte : s. d.

- Al-Dabbagh, H. (2013). Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient. *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 387-441. doi:<http://hdl.handle.net/11143/10198>
- Arnaud, A.-J. (1969). *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris, France : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Arnaud, A.-J. (1973). *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français : la règle de jeu dans la paix bourgeoise*. Paris, France : Pichon et Durand-Auzias.
- Azziman, O. (1992). La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain. Dans J.-C. Santucci (dir.), *Le Maroc actuel une modernisation au miroir de la tradition ?* Aix-en-Provence, France : Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman.
- Azziman, O. (1993). *La traditionalisation du droit : tradition juridique islamique et droit privé marocain*. Rome, Italie : Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Bouguerra Chaaban, B. (2006). Majlis tadwin al-qawanin wa machrou'a majalate al-iltizamat wa al-ouqoud a-tounoussia li sanat 1899 (1901-1906) [La Commission de codification des lois et le projet du code des obligations et des contrats de l'année 1899 « 1901-1906 »]. Dans M. K. Charfeddine (dir.), *Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats* (p. 17-38). Tunis, Tunisie : Centre de Publication Universitaire.
- Bouzghiba, M. (2006). Al-oussoul al-fiqhiya li majalat al-iltizamat wa al-oqoud [Les sources doctrinales du Code des obligations et des contrats]. Dans M. K. Charfeddine (dir.), *Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats* (p. 39-58). Tunis, Tunisie : Centre de Publication Universitaire.
- Charfeddine, M. K. (dir.). (2006). *Livre du centenaire du Code des obligations et des contrats 1906-2006*. Tunis : Centre de Publication Universitaire.
- Charfeddine, M. K. (1996). Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats. *Revue internationale de droit comparé*, 48(2), 421-442.
- Chehata, C. (1965). Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien. *Revue internationale de droit comparé*, 17(4), 839-853. doi:10.3406/ridc.1965.14398

- Chehata, C. (1967). La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient. *Revue internationale de droit comparé*, 19(4), 883-915. doi:10.3406/ridc.1967.14953
- Chehata, C. (2005). *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*. Paris, France : Dalloz.
- David, R. et Jauffret-Spinozi, C. (1992). *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, France : Dalloz.
- de Groot, G.-R. (1987). The point of view of a comparative lawyer. *Les Cahiers de droit*, 28(4), 793-812.
- Deprez, J. (1979). Pérennité de l'islam dans l'ordre juridique au Maghreb. Dans *Islam et politique au Maghreb* (p. 315-353). Paris, France : C.N.R.S.
- El-Bishry, T. (1999). *Al-Waḍ' al-qānūnī al-mu'āṣir bayna al-sharī'ah al-Islāmīyah wa-al-qānūn al-waḍ'ī* [La situation juridique actuelle entre la chari'a islamique et le droit positif]. Caire, Égypte : Dar al-shorouk.
- El-Fassi, A. (1977). *Défense de la loi islamique* (traduit par C. Samara). Casablanca, Maroc : Imprimerie Dar el Beida.
- Fakahani, S. (1986). Al-Ta'liq 'alā Qānūn al-Iltizāmāt wa-al-'Uqūd al-Maghribī fī ḍaw' al-fiqh wa-al-qaḍā [Commentaire sur le Code des obligations et des contrats marocain à la lumière du fiqh et de la justice] (vol. 1-6). Le Caire, Égypte : al-Dār al-Arabīyah lil-Mawsū'āt.
- Gambaro, A., Sacco, R. et Louis, V. (2011). *Le droit de l'occident et d'ailleurs*. Paris, France : LGDJ.
- Héroguel, A. (1998). *Traduction de textes juridiques néerlandais et transfert culturel* (Thèse de doctorat, Université Charles de Gaulle - Lille III). Repéré à <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00801299/document>
- Imre, Z. (1954). Les destinées du Code civil. *Revue internationale de droit comparé*, 6(4), 792-810. doi:10.3406/ridc.1954.9095
- Jahel, S. (2007). Code civil et codification dans les pays du monde arabe. Dans *Le Code civil : 1804-2004* (p. 431-442). Paris, France : Dalloz.
- Kettani, A. (1984). Le Code civil et le DOC : Quelle filiation! *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, 7(54).

- Khamlichi, A. (1984). Comment lire le D.O.C. ? *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, 7(54), 7 et s.
- Kreuzer, K. F. (1998). Spuren des BGB im tunesischen Schuldrecht. Dans H. G. Leser et O. Werner (dir.), *Brücken für die Rechtsvergleichung : Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag* (p. 541-565). Tübingen, Allemagne : Mohr Siebeck.
- Langer, M. (2004). From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), 1- 64.
- Lasserre-Kiesow, V. (2002). *La technique législative : étude sur les codes civils français et allemand* (Thèse de doctorat). Université Panthéon-Assas, Paris, France.
- Messaoudi, L. (1995). Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc. *Revue internationale de droit comparé*, 47(1), 146-154. doi:10.3406/ridc.1995.5019
- Monéger, J. (1984). Biographie du Code des Obligations et Contrats, de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain. *Revue marocaine de droit et d'économie du développement (R.M.D.E.D.)*, (7), 15-65.
- Monéger, J. (2007). Les Codes des obligations et contrats du Maghreb, ou De la symbiose des droits civils musulmans et européens des obligations. Dans *Le Code civil français et les Codes arabes* (p. 173-184). Beyrouth, Liban : Kluwer.
- Ost, F. (2009). *Traduire : défense et illustration du multilinguisme*. Paris, France : Fayard.
- Poupart, A. (2008). *Adaptation et immutabilité en droit musulman : illustrées par l'expérience marocaine* (Mémoire de maîtrise). Université de Montréal, Montréal, Québec.
- Rawatbi, H. A. (2006). Majalat al-iltizamat wa al-oqoud wa al-islam [Le code des obligations et des contrats et l'islam]. Dans M. K. Charfeddine (dir.), *Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats* (p. 185-123). Tunis, Tunisie : Centre de Publication Universitaire.
- Richard, P. (2007). *Le jeu de la différence : réflexion sur l'épistémologie du droit comparé*. Québec, Québec : Presses de l'Université Laval.
- Sacco, R. (1991a). *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris, France : Economica.
- Sacco, R. (1991b). Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1- 34.

- Sakrani, R. (2003). *Sources doctrinales du code des obligations et des contrats tunisien* (Thèse de doctorat). Université Panthéon-Assas, Paris, France.
- Sakrani, R. (2009). *Pluralisme juridique : Au croisement des cultures de droit occidentale et musulmane*. Hamburg, Allemagne : EB-Verlag.
- Soleil, S. (2009). Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? *Histoire de la justice*, 19(1), 225-241. doi:10.3917/rhj.019.0225

## **SOCIOLOGIE ET SOCIOLOGIE JURIDIQUE**

- Akrich, M., Callon, M. et Latour, B. (2006). *Sociologie de la traduction : textes fondateurs*. Paris, France : École des mines de Paris.
- Azziman, O. (1981). Dépendance et connaissance du droit marocain. Un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique. *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 10(numéro spécial), 183-205.
- Babadji, R. (1990). Désarroi bilingue : note sur le bilinguisme juridique en Algérie. *Droit et société*, 15(1), 189-202. doi:10.3406/dreso.1990.1076
- Boëtsch, G., Dupret, B. et Ferrié, J.-N. (1997). *Droits et sociétés dans le monde arabe : perspectives socio-anthropologiques*. Aix-en-Provence, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Botiveau, B. (1990). Droit islamique : du politique à l'anthropologique. *Droit et société*, 15(1), 161-174. doi:10.3406/dreso.1990.1074
- Botiveau, B. (1993). *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*. Aix-en-Provence, France : Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman.
- Boukous, A. (1979). Le profil sociolinguistique du Maroc. *Bulletin économique et social du Maroc*, (140), 5-31.
- Bourdieu, P. (1979). *La distinction : critique sociale du jugement*. Paris, France : Éditions de Minuit.
- Bourdieu, P. (1980). *Le sens pratique*. Paris : Les Éditions de Minuit.
- Bourdieu, P. (1982). *Ce que parler veut dire : l'économie des échanges linguistiques*. Paris : Fayard.

- Bourdieu, P. (1986a). Habitus, code et codification. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64(1), 40-44. doi:10.3406/arss.1986.2335
- Bourdieu, P. (1986b). La force du droit : Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64(1), 3-19. doi:10.3406/arss.1986.2332
- Bourdieu, P. (1987). *Choses dites*. Paris : Éditions de Minuit.
- Bourdieu, P. (2001). *Langage et pouvoir symbolique*. Paris : Fayard.
- Bourdieu, P. (2003). *Méditations pascaliennes*. Paris : Seuil.
- Buskens, L. (1997). Commentaires islamiques et codes français : confrontation et accommodation de deux formes de rédaction du droit de la famille au Maroc. Dans G. Boëtsch, B. Dupret et J.-N. Ferrié (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe : perspectives socio-anthropologiques* (p. 61-86). Aix-en-Provence, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Buskens, L. et Dupret, B. (2011). L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique. Dans F. Pouillon et J.-C. Vatin (dir.), *Après l'orientalisme. L'Orient créé par l'Orient* (p. 71-92). Paris, France : IISMM; Karthala.
- Buskens, L. et Dupret, B. (2012). Qui a inventé le droit musulman? Une histoire des études occidentales de la normativité islamique et leur diffusion en Orient. *Maghreb et sciences sociales* (1), 51-61.
- Caillosse, J. (2004). Pierre Bourdieu, Juris lector : anti-juridisme et science du droit. *Droit et société*, 1(56-57), 17-37.
- Carbonnier, J. (1969). L'apport du droit comparé à la sociologie juridique. Dans *L'apport du droit comparé à la sociologie juridique* (vol. 1, p. 75-83). Paris, France : LGDJ.
- Carbonnier, J. (1979). A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger. Dans *Essais sur les lois* (p. 191-202). Paris, France : Répertoire du notariat Defrénois.
- Carbonnier, J. (2001). *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : LGDJ.
- Carbonnier, J. (2007). La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'académie des sciences morales et politiques. Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98. *L'Année sociologique*, 57(2), 393-401. doi:10.3917/anso.072.0393
- Carbonnier, J. (2016). *Sociologie juridique*. Paris : Presses universitaires de France.

- Commaille, J. (1994). *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du droit*. Paris, France : Presses universitaires de France.
- Dubar, C. (2007). Les sociologues face au langage et à l'individu. *Langage et société*, 121-122(3-4), 29-43. doi:10.3917/lis.121.0029
- Dupret, B. (1995). La chari'a comme référent législatif. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 1995(34), 99-153.
- Dupret, B. (1996). Répertoires juridiques et affirmation identitaire. *Droit et société*, 34(1), 591-611. doi:10.3406/dreso.1996.1387
- Dupret, B. (1997). La chari'a est la source de la législation : interprétations jurisprudentielles et théories juridiques. Dans A. Mahiou (dir.), *L'État de droit dans le monde arabe* (vol. 34, p. 125-142). Paris, France : CNRS Éditions.
- Dupret, B. (1999). L'historicité de la norme. Du positivisme de l'islamologie juridique à l'anthropologie de la norme islamique. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 54(1), 169-196. doi:10.3406/ahess.1999.279739
- Dupret, B. (2000). *Au nom de quel droit*. Paris, France : CEDEJ; LGDJ.
- Dupret, B. (2006). *Le jugement en action: ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*. Genève, Le Caire : Droz, CEDEJ.
- Dupret, B. (2012). *La charia aujourd'hui : Usages de la référence au droit islamique* (2<sup>e</sup> éd.). Paris, France : La Découverte. Repéré à <http://www.cairn.info/la-charia-aujourd-hui--9782707169969.htm>
- Jackson, P. (2008). Pierre Bourdieu, the "cultural turn" and the practice of international history. *Review of International Studies*, 34(1), 155- 181. doi:10.1017/S026021050800795X
- Lévy-Bruhl, H. (1981). *Sociologie du droit*. Paris, France : Presses Universitaires de France.
- Papachristos, A. C. (1975). *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Perrin, J.-F. (2007). Jean Carbonnier et la sociologie législative. *L'Année sociologique*, 57(2), 403-415.
- Pillon, V. (2003). *Normes et déviances*. Rosny, France : Bréal.
- Renucci, F. (2007). Le juge et la connaissance du droit indigène. Éléments de comparaison entre l'Algérie et la Libye aux premiers temps de la colonisation (p. 67-85).

Lille, France : CHJ éditeur. Repéré à <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00526148/en/>

Voyé, L. (1999). *Sociologie : construction du monde, construction d'une discipline*. Paris, France : De Boeck Université.

## TRADUCTOLOGIE

Alvarez, R. et Vidal, C.-Á. (dir.). (1996). *Translation, power, subversion*. Clevedon, Royaume-Uni : Multilingual Matters.

Auger, J. (2003). Le style civiliste et le droit des sûretés réelles. Dans N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?* (p. 47). Montréal, Québec : Éditions Thémis.

Baker, M. et Malmkjær, K. (1998). *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*. Londres et New York : Routledge.

Basalamah, S. (2004). Du droit à l'éthique du traducteur<sup>1</sup>. *TTR : traduction, terminologie, rédaction*, 17(2), 67-88. doi:10.7202/013272ar

Basalamah, S. (2010). Censure et subversion dans les médias saoudiens d'État. *TTR : traduction, terminologie, rédaction*, 23(2), 167-185. doi:10.7202/1009164ar

Bassnett, S. et Lefevere, A. (1990). *Translation, history and culture*. Londres; New York : Pinter.

Bassnett, S. et Lefevere, A. (1998). *Constructing cultures: essays on literary translation* (vol. 11). Clevedon; Philadelphia : Multilingual Matters.

Bassnett, S. et Trivedi, H. (1999). *Post-colonial Translation: Theory and Practice*. Londres, Royaume-Uni : Routledge.

Bassnett, S. (2003). The Translation Turn in Cultural Studies. Dans S. Petrilli (dir.), *Translation, Translation* (p. 433- 449). Amsterdam; New York : Éditions Rodopi.

Berman, A. (1984). *L'épreuve de l'étranger : Culture et traduction dans l'Allemagne romantique*. Paris, France : Gallimard.

Bessadi, N. (2010). Le traducteur juridique algérien face à la difficulté de traduire certains termes juridiques arabes. *Alternative francophone*, 1(3), 40-48.

Bocquet, C. (2008). *La traduction juridique : fondement et méthode*. Bruxelles, Belgique : De Boeck.

- Bocquet, C. (1994). *Pour une méthode de traduction juridique*. Prilly (Rochelle 10) : Éditions CB.
- Brisset, A. (1990). *Sociocritique de la traduction : théâtre et altérité au Québec (1968-1988)*. Longueuil, Québec : Le Préambule.
- Buzelin, H. (2002). *Sur le terrain de la traduction* (Thèse de doctorat). Université McGill, Montréal, Québec.
- Buzelin, H. (2004). La traductologie, l'ethnographie et la production des connaissances. *Meta*, 49(4), 729-746. doi:10.7202/009778ar
- Buzelin, H. (2007). Repenser la traduction à travers le spectre de la coédition. *Meta*, 52(4), 688- 723. doi:10.7202/017693ar
- Buzelin, H. (2005). Unexpected Allies: How Latour's Network Theory Could Complement Bourdieusian Analyses in Translation Studies, *11*(2), 193- 218. doi:10.1080/13556509.2005.10799198
- Buzelin, H. (2007). Translations in the Making. Dans Michaela Wolf et A. Fukari (dir.), *Constructing a Sociology of Translation* (p. 135- 169). Amsterdam : John Benjamins.
- Chesterman, A. (1993). From "Is" to "Ought": Laws, Norms and Strategies in Translation Studies. *Target*, (5), 1- 20.
- Carcelén-Estrada, A. (2010). Covert and Overt Ideologies in the Translation of the Wycliffe Bible into Huao Terero. Dans M. Tymoczko (dir.), *Translation, Resistance, Activism* (p. 65- 88). Amherst : University of Massachusetts Press.
- Chesterman, A. (1997). *Memes of Translation: The spread of ideas in translation theory* (vol. 22). Amsterdam, Philadelphia : John Benjamins.
- Chesterman, A. (2007). Bridge concepts in translation sociology. Dans Michaela Wolf et A. Fukari (dir.), *Constructing a Sociology of Translation* (p. 171- 183). Amsterdam, Philadelphia : John Benjamins.
- Cheyfitz, E. (1991). *The poetics of imperialism: translation and colonization from The tempest to Tarzan*. New York, États-Unis : Oxford University Press.
- Claramonte, M. C. Á. V. (2005). Re-presenting the "Real": Pierre Bourdieu and Legal Translation. Dans Moira Inghilleri (dir.), *Bourdieu and the Sociology of Translation and Interpreting* (vol. 11, p. 259- 275). London et New York : Routledge.

- Covacs, A. (1979). Bilinguisme officiel et double version des lois : Un pis-aller : la traduction. Une solution d'avenir : la corédaction. *Meta*, 24(1), 103-108. doi:10.7202/002957ar
- Delisle, J. et Woodsworth, J. (2007). *Les traducteurs dans l'histoire*. Ottawa, Canada : Presses de l'Université d'Ottawa.
- Diaz Fouces, O. et Monzó, E. (dir.). (2010). *Applied sociology in translation studies = Sociologia Aplicada a la Traducció*. Alicante, Espagne : Université d'Alicante. Repéré à <http://www.raco.cat/index.php/MonTI/issue/view/22990/showToc>
- Duarte, J. F. (2000). The Politics of Non-Translation: A Case Study in Anglo-Portuguese Relations. *TTR*, 13(1), 95-112. doi:10.7202/037395ar
- Dullion, V. (2000). Du document à l'instrument : les fonctions de la traduction des lois. Dans *Traduction juridique : histoire, théorie(s) et pratique* (p. 233-253). Berne, Suisse : ASTTI. Repéré à <http://www.tradulex.com/Actes2000/dullion.pdf>
- Dullion, V. (2007). *Traduire les lois : un éclairage culturel : la traduction en français des codes civils allemand et suisse autour de 1900*. Cortil-Wodon : Éditions modulaires européennes.
- Dullion, V. (2014). Traduire les textes juridiques dans un contexte de plurilinguisme officiel : quelle formation pour quelles compétences spécifiques? *Meta*, 59(3), 636-653. doi:10.7202/1028661ar
- El-Amari, A. (2001). *L'expression du droit (en arabe, français et anglais) et les problèmes de traduction le cas du droit civil* (Thèse de doctorat). Université de Metz.
- Fenton, S. et Moon, P. (2002). The translation of the Treaty of Waitangi: A Case of Disempowerment. Dans Maria Tymoczko et E. Gentzler (dir.), *Translation and Power* (p. 25- 44). Amherst; Boston : University of Massachusetts Press.
- Fukari, A et Wolf, M. (dir.). (2007). *Constructing a Sociology of Translation*. Amsterdam : John Benjamins.
- Fukari, A. et Wolf, M. (dir.). (2005). *Translating and interpreting as a social practice*. Graz, Autriche : Université de Graz.
- Gambier, Y. (2005). Pertinence sociale de la traductologie? *Meta*, 50(4). doi:10.7202/019839ar
- Gambier, Y et Doorslaer, L. van. (2010). *Handbook of translation studies*. Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins Publishing.

- Gambier, Y. (2007). Y a-t-il une place pour une socio-traductologie? Dans Michaela Wolf et A. Fukari (dir.), *Constructing a Sociology of Translation* (p. 205-217). Amsterdam, Philadelphia : John Benjamins.
- Gentzler, E. (2001). *Contemporary translation theories* (2<sup>e</sup> éd.). Clevedon; Toronto : Multilingual Matters.
- Glanert, S. (2011). *De la traductibilité du droit*. Paris, France : Dalloz.
- Gouanvic, J.-M. (1999). *Sociologie de la traduction : la science-fiction américaine dans l'espace culturel français des années 1950*. Arras, France : Artois Presses Université.
- Gouanvic, J.-M. (2005). A Bourdieusian Theory of Translation, or the Coincidence of Practical Instances. *The Translator*, 11(2), 147- 166.
- Gouanvic, J.-M. (2007). *Pratique sociale de la traduction : le roman réaliste américain dans le champ littéraire français, 1920-1960*. Arras, France : Artois Presses Université.
- Gouanvic, J.-M. (2010). Outline of a sociology of translation informed by the ideas of Pierre Bourdieu. *MonTI: Monografías de Traducción E Interpretación*, (2), 119–129.
- Gouanvic, J.-M. (2014). *Sociologie de l'adaptation et de la traduction : le roman d'aventures anglo-américain dans l'espace littéraire français pour les jeunes (1826-1960)*. Paris, France : Honoré Champion.
- Gouanvic, J.-M. (1994). *La science-fiction française au XXe siècle (1900-1968) : essai de socio-poétique d'un genre en émergence*. Amsterdam; Atlanta : Rodopi.
- Gouanvic, J.-M. (2006). Au-delà de la pensée binaire en traductologie : esquisse d'une analyse sociologique des positions traductives en traduction littéraire. *TTR*, 19(1), 123-134. doi:10.7202/016662ar
- Gouanvic, J.-M. (2007). Objectivation, réflexivité et traduction. Pour une re-lecture bourdieusienne de la traduction. Dans *Construction a Sociology of Translation* (vol. 74, p. 79-92). Amsterdam, Philadelphia : John Benjamins.
- Grutman, R. (2009). Le virage social dans les études sur la traduction : une rupture sur fond de continuité. Dans *Texte, revue de critique et de théorie littéraire*, (45-46), 135-152.
- Harvey, M. (2002a). Traduire l'intraduisible. *Les Cahiers de l'ILCEA*, (3), 39-49.
- Harvey, M. (2002b). What's So Special about Legal Translation? *Meta*, 47(2), 177–185.

- Harvey, M. (2006). Stratégies d'équivalence en traduction juridique, ou le traducteur comme interface. Dans R. Greenstein (dir.), *Langues et cultures : une histoire d'interface* (p. 105-113). Paris, France : Publications de la Sorbonne.
- Harvey, M. (2009). Le traducteur juridique face à la différence. *Traduire*, (221), 79–85. doi:10.4000/traduire.347
- Heilbron, J. et Sapiro, G. (2002a). *La circulation internationale des idées*. Paris, France : Éditions du Seuil.
- Heilbron, J. et Sapiro, G. (2002b). La traduction littéraire, un objet sociologique. Dans *Actes de la recherche en sciences sociales* (vol. 144, p. 3-5).  
Repéré à [http://www.persee.fr/doc/arss\\_0335-5322\\_2002\\_num\\_144\\_1\\_2803](http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_2002_num_144_1_2803)
- Heilbron, J. et Sapiro, G. (2002 c). *Traduction : les échanges littéraires internationaux* (vol. 144). Paris, France : Seuil.
- Hermans, T. (1996). Norms and the determination of translation: a theoretical framework. Dans Ramon Alvarez et C.-A. Vidal (dir.), *Translation, Power, Subversion* (p. 24- 51). Clevedon, Philadelphia, Adélaïde : Multilingual Matters.
- Hermans, T. (1999a). Translation and Normativity. Dans Christina Schäffner (dir.), *Translation and Norms* (p. 51- 71). Clevedon : Multilingual Matters.
- Hermans, T. (1999b). *Translation in systems: descriptive and systemic approaches explained*. Manchester : St. Jerome.
- Hermans, T. (2000). Norms of Translation' and 'Dutch. Dans P. France (dir.), *The Oxford Guide to Literature in English Translation* (p. 10- 15). Oxford : Oxford University Press.
- Holmes, J. S. (1988). The name and nature of translation studies. Dans *Holmes, Translated! Papers on Literary Translation and Translation Studies* (p. 67- 80). Amsterdam : Rodopi.
- Inghilleri, M. (2005). The Sociology of Bourdieu and the Construction of the “Object” in Translation and Interpreting Studies. *Bourdieu and the Sociology of Translation and Interpreting*, 11(2), 125–145. doi:http://dx.doi.org/10.1080/13556509.2005.10799195
- Inghilleri, M. (dir.). (2005). *Bourdieu and the Sociology of Translation and Interpreting* (vol. 11). London; New York : Routledge.
- Kasirer, N. (dir.). (2003). *Le droit civil, avant tout un style?* Montréal, Québec : Thémis.

- Kerby, J. (c1982). La traduction juridique, un cas d'espèce. Dans *Langage du droit et traduction : essais de jurilinguistique = The Language of the law and translation : essays on jurilinguistics*. Québec, Québec : Linguatex, Conseil de la langue française. Repéré à [http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx\\_iggeplus\\_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i](http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggeplus_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i)
- Koster, C. (2010). Non-Translation as an Event. The Reception in the Netherlands of John Dos Passos in the 1930s. Dans Ton Naaijken (dir.), *Event or Incident. On the Role of Translations in the Dynamics of Cultural Exchange* (p. 29- 46). Berne : Peter Lang.
- Lambert, J. (2013). La sociologie, l'interdisciplinarité et les recherches sur la traduction. *TTR : traduction, terminologie, rédaction*, 26(2), 245. doi:10.7202/1037139ar
- Lassave, P. (2006). Sociologie de la traduction. L'exemple de la « Bible des écrivains ». *Cahiers internationaux de sociologie*, 120(1), 133-154. doi:10.3917/cis.120.0133
- Lavoie, J. (2002). Le discours sur la traduction juridique au Canada. *Meta*, 47(2), 198-210.
- Lavoie, J. (2003a). Faut-il être juriste ou traducteur pour traduire le droit? *Meta*, 48(3), 393-401.
- Lavoie, J. (2003b). Le bilinguisme législatif et la place de la traduction. *TTR*, 16(1), 121-139. doi:10.7202/008559ar
- Lefevre, A. (1992). *Translation, history, culture: a sourcebook*. Londres : Routledge.
- Lefevre, A. (1992). *Translation, rewriting, and the manipulation of literary fame*. Londres, New York : Routledge.
- Munday, J. (2001). *Introducing Translation Studies: Theories and Applications*. New York : Routledge.
- Niranjana, T. (1992). *Siting translation: history, post-structuralism, and the colonial context*. Berkeley : University of California Press.
- Pigeon, L.-P. (c1982). La traduction juridique - L'équivalence fonctionnelle. Dans *Langage du droit et traduction : essais de jurilinguistique = The Language of the law and translation : essays on jurilinguistics*. Québec, Québec : Linguatex, Conseil de la langue française. Repéré à [http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx\\_iggeplus\\_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i](http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggeplus_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i)
- Pym, A. (1998). *Method in Translation History*. Manchester : St. Jerome Publishing.
- Pym, A. (2010). *Exploring translation theories*. Londres et New York : Routledge.

- Pym, A. (1997). *Pour une éthique du traducteur*. Ottawa, Canada : Artois Presses université; Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pym, A. (2006). On the social and cultural in translation studies. Dans Anthony Pym, M. Shlesinger et Z. Jettmarová (dir.), *Sociocultural Aspects of Translating and Interpreting* (p. 1- 25). Amsterdam; Philadelphia : J. Benjamins Pub. Co.
- Pym, A. Shlesinger, M. et Jettmarová, Z. (dir.). (2006). *Sociocultural Aspects of Translating and Interpreting*. Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins Publishing.
- Robinson, D. (1997). *What is Translation? Centrifugal Theories, Critical Interventions*. Ohio : The Kent State University Press.
- Robinson, D. (1991). *The translator's turn*. Baltimore : Johns Hopkins University Press.
- Robinson, D. (1997). *Translation and Empire: postcolonial theories explained*. Manchester : St. Jerome Publishing.
- Said, E. W. (1978). *Orientalism*. New York : Pantheon Books.
- Sapiro, G. (2012). Les obstacles économiques et culturels à la traduction. Dans *Traduire la littérature et les sciences humaines : Conditions et obstacles* (p. 25-23). Paris, France : Ministère de la Culture - DEPS.
- Sapiro, G. (2008). Normes de traduction et contraintes sociales. Dans Anthony Pym, M. Shlesinger et D. Simeoni (dir.), *Beyond Descriptive Translation Studies : Investigations in homage to Gideon Toury* (p. 199- 206). Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins.
- Sapiro, G. et Heilbron, J. (2007). Pour une sociologie de la traduction : bilan et perspectives. Dans Michaela Wolf (dir.), *Constructing a Sociology of Translation* (p. 93-107). Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins.
- Sarcevic, S. (1985). Translation of culture-bound terms in laws. *Multilingua*, 4(3), 127- 134.
- Sarcevic, S. (1997). *New Approach to Legal Translation*. The Hague : Kluwer Law International.
- Schäffner, C. (1999). *Translation and norms*. Clevedon; Toronto : Multilingual Matters.
- Sibeud, E. (2004). Post-Colonial et Colonial Studies : enjeux et débats. *Revue d'histoire moderne et contemporaine, 51-4bis* (5), 87-95.
- Simeoni, D. (1995). Translating and Studying Translation: the View from the Agent. *Meta*, 40(3), 445- 460. doi:10.7202/004146ar

- Simeoni, D. (1998). The pivotal status of the translator's habitus. *Target*, 10(1), 1- 39.
- Simeoni, D. (2008). Norms and the state: The geopolitics of translation theory. Dans A. Pym (dir.), *Beyond Descriptive Translation Studies : Investigations in homage to Gideon Toury* (vol. 75, p. 329- 342). Amsterdam : John Benjamins.
- Simon, S. (1994). *Le trafic des langues : traduction et culture dans la littérature québécoise*. Montréal : Boréal.
- Simon, S. (1997). Translation, Postcolonialism and Cultural Studies. *Meta*, 42(2), 462- 477.  
doi:10.7202/004153ar
- Snell-Hornby, M. (2001). The space "in between": what is a hybrid text? *Across Languages and Cultures*, 2(2), 207- 216. doi:10.1556/Acr.2.2001.2.4
- Snell-Hornby, M. (2006). *The turns of translation studies: new paradigms or shifting viewpoints?* (vol. 66). Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins.
- Sparer, M. (1982). Rédaction des lois, langage et valeurs : les enjeux. Dans *Langage du droit et traduction : essais de jurilinguistique = The Language of the law and translation : essays on jurilinguistics*. Québec, Québec : Linguatex, Conseil de la langue française. Repéré à [http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx\\_iggcpplus\\_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i](http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_iggcpplus_pi4%5bfile%5d=publications/pubf104/f104p1ch1.html#i)
- Spivak, G. (2010). *Can the subaltern speak? : Reflections on the History of an Idea* (édité par R. C. Morris). Columbia University Press. Repéré à <http://www.jstor.org/stable/10.7312/morr14384>
- Taber, C. R. (1972). Traduire le sens, traduire le style. *Langages*, 7(28), 55-63.  
doi:10.3406/lgge.1972.2098
- Toury, G. (1980). *In search of a theory of translation*. Tel Aviv : The Porter Institute for Poetics and Semiotics, Tel Aviv University.
- Toury, G. (1995). *Descriptive translation studies and beyond*. Amsterdam; Philadelphia : John Benjamins Publishing.
- Toury, G. (1998). A Handful of Paragraphs on "Translation" and "Norms". *Current Issues in Language and Society*, 5(1 et 2), 10- 32.
- Tymoczko, M. (1999). Post-colonial writing and literary translation. Dans Susan Bassnett et H. Trivedi (dir.), *Post-Colonial Translation: Theory and Practice*. Londres : Routledge.

- Tymoczko, M. et Gentzler, E. (2002). *Translation and power*. Amherst : University of Massachusetts Press.
- Tymoczko, M. (1999). *Translation in a postcolonial context: early Irish literature in English translation*. Manchester : St. Jerome.
- Tymoczko, M. (2010). *Translation, Resistance, Activism*. Amherst : University of Massachusetts Press.
- Venuti, L. (1995). *The Translator's Invisibility*. New York : Routledge.
- Venuti, L. (1996). Translation, Heterogeneity, Linguistics. *TTR*, 9(1), 91. doi:10.7202/037240ar
- Venuti, L. (1998). *The Scandals of Translation: Towards an Ethics of Difference*. New York : Routledge.
- Venuti, L. et Baker, M. (dir.). (2000). *The translation studies reader*. London; New York : Routledge.
- Vicente L. R. (1988). *Contracting colonialism: translation and Christian conversion in Tagalog society under early Spanish rule*. Ithaca : Cornell University Press. Repéré à <http://hdl.handle.net/2027/heb.02467>
- Vinay, J.-P. et Darbelnet, J. L. (1967). *Stylistique comparée du français et de l'anglais : méthode de traduction*. Paris, France; Montréal, Québec : Didier; Beauchemin.
- Wolf, M. (2011). Mapping the field: Sociological perspectives on translation. *International Journal of the Sociology of Language*, 2011(207), 1–28. doi:10.1515/ijsl.2011.001
- Wolf, M. et Fukari, A. (2007). *Constructing a sociology of translation*. Amsterdam : John Benjamins Publishing.
- Wolf, M. (2007). The emergence of a sociology of translation. Dans *Constructing a Sociology of Translation* (p. 1- 36). Amsterdam; Philadelphia : St. Jerome Publishing.
- Wolf, M. (2010). Translation “going social”? Challenges to the (Ivory) Tower of Babel. Dans O. Diaz Fouces et E. Monzó (dir.), *Applied Sociology in Translation Studies*. Alicante, Espagne : Université d'Alicante.

## AUTRES

- Abboud, M. (1968). *La condition juridique du mineur au Maroc*. Rabat, Maroc : La Porte.
- Abboud, M. (1988). *Cours de droit judiciaire privé : procédure - civile*. Rabat, Maroc.

- Abou Abdou, M. (1984). *L'arabisation et ses problèmes*. Rabat, Maroc : Mah'had al-Dirāsāt wa-al-Abḥāth lil-Ta'rib.
- Alaoui, A. (2007). *Le Maroc et la France (1912-1956) : textes et documents à l'appui*. Rabat, Maroc : Fanigraph.
- Arnaud, A.-J. (1969). *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris, France : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Arnaud, A.-J. (1973). *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français : la règle de jeu dans la paix bourgeoise*. Paris, France : Pichon et Durand-Auzias.
- Atias, C. (2001). *Le droit civil* (6e éd.). Paris, France : Presses universitaires de France.
- Azziman, O. (1995). *Droit civil droit des obligations : le contrat*. Casablanca, Maroc : Le Fennec.
- Azziman, O. et Deprez, J. (1980). *La Profession libérale au Maroc*. Rabat, Maroc : Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales.
- Baudouin, J.-L. (1965). *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*. Paris, France : Dalloz.
- Baudouin, J.-L. (2005). Quo Vadis ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 613-624.  
doi:10.7202/043857ar
- Beaupré, R. M. (1986). *Interprétation de la législation bilingue*. Montréal, Québec : Wilson & Lafleur.
- Benzakour, F. (2000). *Le français au Maroc : lexicque et contacts de langues*. Montréal; Bruxelles : AUPELF-UREF; Duculot.
- Benzakour, F. (2012). Le français au Maroc. De la blessure identitaire à la langue du multiple et de la « copropriation ». *Repère-Dorif : autour du français : langues, cultures et plurilinguisme*.  
Repéré le 12 novembre 2017, à [http://www.dorif.it/ezine/ezine\\_articles.php?art\\_id=47](http://www.dorif.it/ezine/ezine_articles.php?art_id=47)
- Berge, S. (1917). *La Justice française au Maroc, organisation et pratique judiciaires*. Paris, France : Maison Ernest Leroux.  
Repéré à <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56227216>
- Blanc, F.-P. (1998). *La Justice au Maroc : Quelques jalons de Hassan I à Hassan II*. Perpignan; Toulouse, France : Presses universitaires de Perpignan; Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse.

- Blanc, F.-P. (2001). *La justice au Maroc : (quelques jalons de Mohamed V à Mohamed VI)*. Perpignan, France : Presses universitaires de Perpignan.
- Braibant, G. (1997). La problématique de la codification. *Revue française d'administration publique*, (82), 165-176.
- Cabrillac, R. (2002). *Les codifications*. Paris, France : Presses universitaires de France.
- Cadoz, F. (1870). *Droit musulman malékite : Examen critique de la traduction officielle qu'a faite N. Perron du livre de Khalil*. Paris, France : Challamel Ainé.
- Carbonnier, J. (1963). *Théorie des obligations*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Carbonnier, J. (1984). *Droit civil : Introduction. Les personnes*. Paris, France : Presses universitaires de France.
- Carbonnier, J. (2000). *Droit civil*. Paris, France : Presses universitaires de France.
- Carbonnier, Jean. (1957). Effectivité et ineffectivité de la règle de droit. *L'Année sociologique (1940/1948)*, 9, 3-17.
- Chayboub, K. (1949). *Dictionnaire juridique [al-Mu'jam al-qānūnī]*. Alexandrie, Égypte : Dar nashr al-taqafa.
- Cornu, G. (2000). *Linguistique juridique*. Paris, France : Montchrestien.
- Cornu, G. (2004). Le droit civil, avant tout un style? Nicholas Kasirer (dir.). *Revue internationale de droit comparé*, 56(4), 1015-1017.
- Cornu, G. (2007). *Droit civil. Introduction au droit*. Paris : Montchrestien.
- Coutu, M. (1995). *Max Weber et les rationalités du droit*. Québec, Québec : Presses Université Laval.
- De Peretti, A. (2007). *Deux tiers de siècle de relations franco-marocaines de 1880-1946*. Rabat, Maroc : Haut-Commissariat aux Anciens Résistants et Anciens Membres de l'Armée de Libération.
- De Sutter, L. et Gutwirth, S. (2008). Droit et cosmopolitique. Notes sur la contribution de Bruno Latour à la pensée du droit. *Droit et société*, (56-57), 259-286.
- Émond, A. et Lauzière, L. (2005). *Introduction à l'étude du droit (Rev. et corr.)*. Montréal, Québec : Wilson & Lafleur.
- Essaid, M. J. (2010). *Introduction à l'étude du droit (4<sup>e</sup> éd.)*. Rabat, Maroc : Imprimerie Najah al-jadida.

- Faquihi, F. (2012, 23 novembre). L'édition juridique infestée de faux codes! *L'Économiste*.  
Repéré à <http://www.leconomiste.com/article/900828-l-dition-juridique-infest-e-de-faux-codes>
- Genette, G. (1982). *Palimpsestes : la littérature au second degré*. Paris, France : Éditions du Seuil.
- Gény, F. (1904). La technique législative dans la Codification civile moderne. Dans *Le Code civil, 1804-1904, livre du Centenaire* (p. 989-1038). Paris, France : Arthur Rousseau.
- Gonzalez, G. (2003). *L'équivalence en traduction juridique analyse des traductions au sein de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)* (Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, Québec).
- Repéré à <http://theses.ulaval.ca/archimede/fichiers/21362/21362.html>
- Grand, R. (1917). *Le contrat de complant depuis les origines jusqu'à nos jours*. Paris, France : Sirey.
- Grandguillaume, G. (1983). *Arabisation et politique linguistique au Maghreb*. Paris, France : Maisonneuve et Larose.
- Gruner, R. (1984). *Du Maroc traditionnel au Maroc moderne : le contrôle civil au Maroc, 1912-1956*. Paris, France : Nouvelles Éditions Latines.
- Houbert, F. (2005). *Guide pratique de la traduction juridique : anglais-français*. Paris, France : La Maison du Dictionnaire.
- Imre, Z. (1954). Les destinées du Code civil. *Revue internationale de droit comparé*, 6(4), 792-810. doi:10.3406/ridc.1954.9095
- Kouloughli, D. (2007). *L'arabe*. Paris, France : Presses Universitaires de France. Repéré à <http://www.cairn.info/l-arabe--9782130559610.htm>
- Lakhdar-Ghazal, A. (1976). *Méthodologie générale de l'arabisation de niveau. Problèmes linguistiques et graphismes, la terminologie bilingue, techniques et méthodes*. Rabat, Maroc : Institut d'Études et de Recherches pour l'Arabisation.
- Larcher, É. (1914). *Les codes marocains annotés des dahirs et arrêtés pris pour leur exécution*. Alger, Algérie : Typographie Adolphe Jourdan.
- Lazarus, N. (2004). *The Cambridge Companion to Postcolonial Literary Studies*. Cambridge : Cambridge University Press.

- Malaurie, P. (1997). Les enjeux de la codification. *Actualité juridique de droit administratif*, 642-646.
- Maroc et Ministère de la Culture et de la Communication. (2011, juillet). La Constitution (B.O. n° 5964 bis-28 chaabane 1432). *Maroc.ma*. Portail. Repéré 12 novembre 2017, à <http://www.maroc.ma/fr/content/constitution-0>
- McKenzie, M. (2009). Survol historique de la traduction législative au Québec. *Revue parlementaire canadienne*, 32(1), 37-39.
- Miyad, A. (2009, février). Réflexion sur le D.O.C. entre éditions officielles et versions commerciales. *Al-Alam*. Rabat, Maroc.  
Repéré à [http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&id\\_info=9469](http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&id_info=9469)
- Montesquieu, C. (1748). *De l'esprit des lois*. Genève : Chez Barrillot & fils.
- Ost, F. (2007). *Dire le droit, faire justice*. Bruxelles : Bruylant.
- Ray, J. (1926). *Essai sur la structure logique du Code civil français*. Paris, France : Librairie Félix Alcan.
- Rivière, L. (1927). *Précis de législation marocaine*. Paris, France : Société anonyme du Recueil Sirey.
- Rocher, G. (1982). Le droit et l'imaginaire social. *Recherches sociographiques*, 23(1-2), 65-74.  
doi:10.7202/055973ar
- Rousseau, J.-J. (2016). *Du contrat social*. Paris; Toulon : Soleil.
- Sauvel, J. (1964). La réforme de la justice au Maroc. La loi d'unification. *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 3, 89.
- Valensi, L. (1977). *Fellahs tunisiens : l'économie rurale et la vie des campagnes aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles*. Paris, France : Mouton.
- Wroblewski, J. (1988). Les langages juridiques : une typologie. *Droit et société*, 8(1), 13-27.  
doi:10.3406/dreso.1988.983
- Yahyaoui, S. (2000). *L'apport de David Santillana au droit codifié tunisien et marocain* (Mémoire de maîtrise). Université de Perpignan, Perpignan, France.