

Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc

M. L. Messaoudi

Citer ce document / Cite this document :

Messaoudi L. Grandeur et limites du droit musulman au Maroc. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 47 N°1, Janvier-mars 1995. pp. 146-154;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1995.5019>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1995_num_47_1_5019

Fichier pdf généré le 09/04/2018

C'est ainsi que la différenciation des normes sociologiques avec les normes étatistes rend possible la réconciliation et la synthèse de deux orientations et méthodes jusque-là opposées dans la théorie générale du droit. La théorie du droit doit donc accepter la méthode positiviste, formaliste et statique avec le raisonnement formel et la continuité logique lorsqu'il s'agit des normes étatistes, de même que d'autre part, elle doit faire sienne l'orientation sociologique et évolutive avec sa discontinuité logique lorsqu'il est question des normes sociologiques.

De la sorte se résout de même entre autres, et d'une façon satisfaisante la controverse classique sur la possibilité ou l'impossibilité que la loi soit changée ou supprimée par la voie de l'usage ou de la pratique judiciaire. Ce qui se conçoit favorablement lorsqu'il s'agit de dérogation à la norme sociologique et cela pour les raisons exposées plus haut. Lorsqu'il est question, cependant, de dérogation à la norme étatiste, il faut l'envisager différemment : celle-ci ne peut être changée ni supprimée par la voie de la coutume ou de la pratique judiciaire, mais exclusivement par un acte du législateur ayant édicté la dite norme. En bref, les tribunaux et la coutume peuvent changer ou supprimer la norme sociologique, mais non pas la norme étatiste. A ce propos, il faut souligner cependant qu'on se heurte souvent à des difficultés lorsqu'il s'agit de distinguer les normes sociologiques avec les normes étatistes et la réponse est parfois incertaine.

En conclusion de tout ce qui vient d'être exposé, on peut dire que la dualité du droit positif est la conséquence du fait que l'ordre juridique positif est constitué de deux facteurs à la fois, la société et l'Etat, et que chacun de ces deux facteurs est inspiré par ses propres critères, jugements de valeur et buts. A ce titre, entre les normes sociologiques et les normes étatistes apparaissent des différences inévitables l'une étant d'une importance capitale, à savoir le fait que les normes sociologiques sont évolutives tandis que les normes étatistes sont non-évolutives, c'est-à-dire, statiques. Une autre conséquence de cette différence fondamentale est que, lors de l'interprétation et de l'application de ces deux catégories de normes, il faut se servir de procédés différents. Il faut souligner aussi que ces deux catégories de normes, en plus du fait qu'elles se complètent et s'entrelacent, entrent aussi en conflit et qu'à cette occasion, la norme sociologique se retire en règle générale devant la norme étatiste ; cependant, sous la pression des forces sociales, elles peuvent en arriver à un compromis et à une synthèse. A cause de toutes ces raisons, la différence entre les normes sociologiques et les normes étatistes est importante pour la pratique aussi bien que pour la théorie générale du droit. Nous croyons qu'en conséquence, cette dualité du droit positif devrait elle aussi être prise en considération lors de l'élaboration de la théorie générale du droit.

B. S. MARKOVIĆ
Professeur émérite de l'Université de Belgrade

GRANDEUR ET LIMITES DU DROIT MUSULMAN AU MAROC

En 1970, Paul Pascon et Naiib Bouderbala, tous les deux enseignants chercheurs à l'Institut national agronomique et vétérinaire de Rabat publiaient un

article qui devait faire date dans les annales de la littérature juridique au Maroc. Dans cet article, les deux illustres auteurs affirmaient que ce que l'on a pris l'habitude d'appeler système juridique marocain n'en était pas un, car en réalité, la substance juridique marocaine, ajoutaient-ils est loin « de constituer un édifice de principes coordonnés de manière à former un tout cohérent ayant une logique interne ». Il s'agirait plutôt d'un conglomérat c'est-à-dire d'un amoncellement de vestiges et de bribes de doctrines préexistantes de provenances diverses ultérieurement cimentés par la pratique formalisée par l'État »¹.

Pour les deux auteurs, le droit positif marocain... constitue un système complexe dans lequel on reconnaît un petit nombre de strates juridiques déposées au cours de l'histoire et dont l'application respective varie selon les circonstances et les lieux.

Aujourd'hui encore, vingt cinq ans après la publication de ce texte, l'analyse de P. Pascon et N. Bouderbala n'a rien perdu de sa pertinence car, aussi rapide soit-il, le survol du droit marocain, tel qu'il est actuellement, nous met en position d'affirmer que celui-ci se présente à l'observateur comme un composé de règles et de principes hétérogènes : les uns puisés dans le droit musulman classique, essentiellement de rite malékite, les autres empruntés au droit occidental principalement le droit français, une troisième catégorie de normes étant, enfin, issue des coutumes locales.

Cette pluralité d'ordres normatifs rend le système juridique marocain — si l'on peut parler de système — fort complexe pour ne pas dire inaccessible. Complexité d'autant plus grande qu'il existe de nombreuses interférences entre les ordres normatifs précités si bien qu'il est malaisé de faire le départ entre leurs domaines d'application respectifs. Cette situation est de nature à dérouter même les juristes les plus avisés car les règles applicables varient selon les régions, la religion et le mode de production dominant. Si l'on considère les régions, force est de constater que de par leur caractère local, les coutumes changent selon que l'on se trouve dans les Sous ou l'Oriental dans le Haouz ou le Pays Jbala. Si l'on considère la religion, on constatera, du moins en matière de statut personnel, que les règles de droit applicables varient selon la confession des parties au procès. En effet, si les musulmans sont soumis à la Moudawwana (code de statut personnel) les juifs restent soumis au droit hébreïque. Quant aux marocains non juifs et non musulmans, ils sont soumis à la moudawwana mais avec d'importants correctifs : la polygamie leur est interdite, les règles régissant l'allaitement ne leur sont pas applicables, leur divorce est judiciaire. Si enfin, on prend en ligne de compte le mode de production dominant, on remarquera que le droit moderne d'origine ou d'inspiration occidentale régit les secteurs modernes de l'économie où prévalent les rapports de production capitalistes tandis que les secteurs traditionnels (artisanat, paysannerie, secteur informel) sont laissés au droit coutumier, et dans une certaine mesure, au droit musulman. C'est ainsi que selon que l'immeuble est immatriculé ou non, son régime juridique obéit soit au Code foncier du 2 juin 1915 soit au droit musulman de rite malékite au demeurant très difficile à appréhender. De même, si l'ouvrier au service d'une entreprise ou d'une exploitation moderne bénéficie du statut protecteur du Code du travail, le métayer, la femme de ménage et l'apprenti-artisan demeurent soumis au droit coutumier qui les maintient dans une situation de quasi-esclavage.

Le caractère composite du droit marocain étant souligné se pose alors à nous la question de savoir quelle est et quelle doit être la place du droit musulman

¹ P. PASCON ET N. BOUDERBALA, « le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique marocain » *Bulletin économique et social du Maroc* n° 131, 1970, p. 1 et s.

dans cet ordre juridique aujourd’hui. En réalité, jamais une question n’a suscité autant de débats et de passions que celle relative à la place que joue ou doit jouer le droit musulman dans les ordres juridiques des pays islamiques. En effet, depuis le siècle dernier déjà et surtout depuis la montée de l’intégrisme après l’avènement de la République islamique en Iran, les jurisconsultes arabes se sont divisés en deux clans que nous appelons, pour les besoins de l’étude, les modernistes et les traditionnalistes.

Pour les modernistes, la loi islamique remonte au VII^e siècle. Elle a été élaborée pour un contexte économique et social particulier, celui de l’Arabie pré-islamique. Par conséquent elle n’est plus adaptée au monde contemporain marqué par la complexité, toujours croissante, des rapports sociaux. On cite volontiers, pour étayer cette affirmation, un certain nombre d’impératifs religieux qui constituent, autant d’obstacles au développement économique et à la justice sociale tels que : l’interdiction du prêt à intérêt, le morcellement des successions, la discrimination à l’égard de la femme, etc. Au terme de cette démonstration, ils préconisent la réouverture des portes de l’effort doctrinal (*ijtihad*), l’interprétation progressiste de la chariaâ, l’utilisation des données de l’histoire, de la sociologie et du droit comparé et pourquoi pas (pour certains), la séparation de l’État et de la religion, le but étant la mise sur pied d’un système juridique séculier, rationnel et mieux adapté aux exigences du monde moderne.

Pour les traditionnalistes, il suffit de jeter un coup d’œil rapide sur le monde musulman pour constater que celui-ci est désarticulé, divisé, sous développé, bref en voie de déliquescence totale ! Cette décadence, estiment-ils, est due au fait que les musulmans se sont écartés du droit chemin, de la voie de Dieu. Par conséquent, le salut du monde musulman réside dans le retour aux sources, c'est-à-dire aux valeurs de l'Islam telles qu'elles étaient pratiquées au temps du Prophète et des premiers Khalifes. Cela implique forcément l'abrogation de toutes les dispositions juridiques d'origine ou d'inspiration occidentales et l'application pure et simple de la Chariaâ, capable de convenir à tous les temps, à tous les lieux et à tous les rapports sociaux².

Face à cette polémique, dont les termes dépassent le cadre trop étroit de cet article, les États islamiques ont adopté des attitudes assez divergentes : certains d’entre-eux ont ouvertement et formellement proclamé leur adhésion aux principes de la laïcité des lois et de la séparation de l’État et de la religion. Ce faisant, ils ont donné leur préférence au droit occidental au détriment de la Chariaâ. Ce fut le cas de la Turquie au lendemain de la première guerre mondiale avec Mustapha Kemal Ataturk. D’autres, en revanche, ont exprimé leur indéfectible attachement à l’orthodoxie musulmane dans toute sa rigueur. Tel est le cas aujourd’hui de l’Arabie Saoudite et de la République islamique d’Iran. Quant aux autres pays arabes dont notamment le Maroc, ils semblent avoir opté pour une solution moyenne : tout en affirmant leur fidélité à l’Islam en tant que religion d’État, ils ont enrichi leurs droits positifs respectifs d’un certain nombre de textes ou de principes d’origine européenne dont l’importance varie d’un pays à l’autre. Le pays le plus ouvert à l’influence juridique occidentale étant la Tunisie. S’agissant du Maroc, l’ouverture sur l’Occident a généré un phénomène assez curieux, à savoir le rétrécissement du champ d’application de la Chariaâ en tant que droit

² V. dans ce sens, Allal EL FASSI, *Défense de la loi islamique*, ouvrage publié à Casablanca en 1977 par la commission du patrimoine de feu Allal El Fassi. V. le commentaire de A. SAAF, « sur l’aptitude de la loi islamique à convenir à tous les temps et à tous les lieux », communication au colloque « religion philosophie et droit », travaux du XVI^e congrès de l’I.D.E.F., Rabat, R.J.P.I.C., 1983, pp. 185-212.

positif d'une part, et la pérennité de l'Islam en tant que religion et ensemble de valeurs et de principes influençant le juge et le législateur d'autre part³.

Cette constatation étant faite, il convient à présent de recenser les matières où le droit musulman s'applique directement et exclusivement en tant que droit positif et celles où il ne joue plus ce rôle. Ce faisant nous parviendrons à circonscrire le champ de déploiement du droit moderne, où l'Islam n'exerce qu'une influence lointaine voire incertaine sur le juge et le législateur.

I. LES DOMAINES D'APPLICATION RÉSERVÉS

Avant le Protectorat français, le droit en vigueur au Maroc était officiellement le droit musulman. Celui-ci jouait donc le rôle de droit positif dans tous les domaines : du statut personnel au statut réel en passant par le droit des contrats, le droit commercial, le notariat et la hisba. Les rares concessions qu'il tolérait étaient faites au profit du droit hébreïque, des coutumes locales, et des lois étrangères en matière de statut personnel pour des raisons évidentes : le respect dû aux Gens du Livre, c'est-à-dire les fidèles des autres religions monotheïstes.

Avec l'établissement du Protectorat, le pays va connaître une véritable révolution juridique pour reprendre les termes du Pr^e J. Deprez⁴. En effet, dès les premières années du Protectorat, les autorités franco-marocaines vont adopter un certain nombre de mesures législatives et de codes inspirés principalement du droit français et accessoirement d'autres droits européens tels que le droit allemand ou suisse. Les plus importants parmi ces textes furent : le Dahir du 12 août 1913 sur les obligations et les contrats (D.O.C.) ; le Dahir du 12 août 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc ; le Dahir du 12 août 1913 formant Code de procédure civile ; le Code de commerce du 12 août 1913 ; le Dahir sur l'immatriculation foncière du 12 août 1913 ; le Code de commerce maritime du 31 mars 1919 ; le Code foncier du 2 juin 1915 ; le Dahir du 15 septembre 1923 portant Code minier ; le Dahir du 8 août 1922 sur les sociétés par action... ; l'arrêté *viziriel* du 18 novembre 1934 relatif au contrat d'assurances, etc. Par ailleurs, le même phénomène était observé dans la zone Nord et dans la zone internationale de Tanger. Avec l'entrée en vigueur de ce document législatif, le droit musulman va perdre beaucoup de terrain. En effet, toutes les matières où des lois modernes ont été adoptées vont échapper à l'emprise du droit musulman pour passer sous contrôle du droit moderne qui va désormais couvrir l'essentiel du champ juridique : droit civil, droit pénal, droit commercial, droit social, droit administratif, droit judiciaire privé, etc.

Finalement, le domaine d'application directe de la Chariâa va être réduit au statut personnel et successoral⁵, aux immeubles non immatriculés⁶, et au waqf.

On s'attendait, après l'indépendance, à une remise en cause totale du dispositif législatif mis sur pied par le Protectorat. Or, il n'en a rien été. Le Maroc indépendant va, non seulement reconduire la législation moderne du Protectorat, mais il va

³ J. DEPREZ, « Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb » in *Islam et politique au Maghreb*, Paris, ouvrage collectif publié par le C.N.R.S., 1979, p. 315 et s.

⁴ J. DEPRÉZ, *op. cit.*, p. 316.

⁵ Le statut personnel et successoral comprend les règles régissant le mariage, le divorce, la filiation, la capacité et la représentation légale (problème des incapables mineurs et de leur tutelle).

⁶ On entend par immeubles non immatriculés, les immeubles qui n'ont pas fait l'objet d'une inscription à la conservation foncière conformément au droit moderne (Dahir du 12 août 1913) ce qui les exclut du champ d'application du Code foncier du 2 juin 1915.

en étendre l'application à tous les Marocains⁷, alors qu'avant l'indépendance, elle n'était appliquée qu'aux étrangers, les Marocains n'y étaient soumis que dans leurs relations réciproques avec des étrangers non musulmans. Mieux encore, à partir de 1957, les règles du droit musulman applicables en matière de statut personnel et successoral vont être codifiées c'est-à-dire consignées dans un texte officiel appelé la *Moudawwana*. Celle-ci se compose de six livres parus entre le 22 novembre 1957 et le 3 avril 1958⁸. Saisissant l'occasion de cette codification, le législateur marocain va mettre en évidence certains aspects du droit musulman tombés en désuétude pour des raisons à la fois culturelles, sociales et historiques et apporter un certain nombre de réformes qui sont autant de dérogations, d'entorses à la Choriâ, tel qu'elle fut pratiquée pendant des siècles et des siècles. Il s'agit notamment de : la suppression du droit de contrainte matrimoniale jadis exercé par le père et son maintien au profit du cadi ; la prohibition du mariage des impubères ; l'abandon de la théorie de l'enfant endormi ; l'abolition de la « répudiation » verbalement multipliée par trois (*Talaq thalat*) ; l'institution du testament obligatoire (legs nécessaire) ; le renforcement du contrôle judiciaire en matière de tutelle ; l'institution d'une tutelle dative aux lieux et place de la tutelle légale du cadi⁹.

Aujourd'hui encore, le mouvement de réformes du droit musulman semble continuer. En effet, en 1992, sa Majesté le Roi a confié à une commission composée de hauts magistrats et d'oulémas de l'Université Quaraouiyine le soin de préparer une réforme du code de statut personnel. Après une année de travail, la commission en question élabora un projet de réforme qui a fait l'objet du Dahir n° 1-93-347 en date du 10 septembre 1993¹⁰. Les principales innovations introduites par ce texte étant : l'abolition du droit de contrainte matrimoniale même à l'égard du cadi ; la subordination de la conclusion du mariage au consentement exprès (signature) de la femme ; l'abolition de la tutelle matrimoniale sur la jeune fille orpheline ; le droit pour la femme de choisir n'importe quel tuteur parmi ceux cités à l'article 11 de la *Moudawwana* sans observer un ordre quelconque ; l'obligation pour l'époux d'obtenir l'accord de sa première épouse et l'autorisation du cadi avant de contracter un second mariage ; l'obligation pour les candidats au mariage de produire un certificat médical attestant l'absence de maladies contagieuses ; l'abolition du divorce extra-judiciaire et la possibilité pour le juge de contrôler les motifs du divorce et d'accorder des dommages-intérêts à l'épouse abusivement répudiée ; l'institution de la tutelle légale au profit de l'épouse survivante, sur ses enfants mineurs ; la possibilité pour le juge de recourir à l'expertise sur le

⁷ Cette extension a été réalisée par la loi du 26 janvier 1965 dite loi d'unification, de marocanisation, d'arabisation de la justice, *B.O.* du 3 fév. 1965, p. 103. Sur l'ensemble de la question v. A. CHERKAOUI, « L'évolution du droit marocain à travers la législation », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n° 10, Rabat, 1981, p. 171.

J. MONÉGER, « Bibliographie du Code des obligations et des contrats : De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain », *R.M.D.* n° 7, Casablanca, 1984, p. 15 et s. ; O. AZZIMAN, « Dépendance et connaissance du droit marocain, un nouveau plaidoyer pour le sociologue juridique », *R.P.E.M.* n° 10, Rabat, 1981, p. 183 spécial, pp. 187 et 188.

⁸ Les livres I et II concernant le mariage et le divorce, Dahir du 22 nov. 1957, *B.O.* du 23 mai 1958, p. 806 ; le livre III est relatif à la filiation, Dahir du 18 déc. 1957, *B.O.* du 25 juill. 1958, p. 1160 ; le livre IV traite des incapables, Dahir du 25 janv. 1958, *B.O.* du 26 déc. 1958, p. 2060. Le livre V sur les testaments, Dahir du 3 avril 1958, *B.O.* avr. 58 (éd. langue arabe).

⁹ Pour davantage de précisions, v. A. COLOMER, *Droit musulman*, tome I, Rabat, éd. la porte, 1963, p. 18 et s.

¹⁰ *B.O.* du 29 sept. 1993, p. 1833.

revenu du mari, la condition de la femme et le niveau des prix pour la détermination du montant de la pension alimentaire (*Nafaga*) ; l'élévation du rang du père dans la hiérarchie des prétendants à la hadana (droit de garde) si bien que désormais celui-ci vient en second rang après la mère dans la liste des éventuels gardiens de l'enfant mineur...

Au vu de ce qui précède, on peut conclure que le droit musulman joue toujours le rôle positif en matière de statut personnel et successoral et dans le domaine des immeubles non immatriculés et que conformément à l'article 297 de la Moudawwana, le cadi doit « se reporter à l'opinion la mieux fondée ou la plus connue du rite malékite ou à la jurisprudence qui y a cours pour tout ce qui n'aurait été prévu par la Moudawwana ». Cependant, nul ne saurait contester que même dans son propre territoire, le droit musulman subit l'érosion des idées réformistes et reçoit de plein fouet les effets du vent moderniste. Toutefois, il serait erroné de croire que la Chariâa ne joue aucun rôle en dehors des domaines susvisés, car, malgré tout, l'Islam demeure, comme nous l'avons signalé plus haut, un système de valeurs et de principes influençant le juge et le législateur.

II. DOMAINES D'UNE INFLUENCE LABORIEUSEMENT CONSERVÉE

Nous avons signalé auparavant qu'avec l'avènement du Protectorat, le droit musulman a cédé beaucoup de terrain au profit du droit moderne d'origine occidentale. Effectivement celui-ci gouverne aujourd'hui, la quasi-totalité des branches du droit privé et public (droit des obligations, droit social, droit commercial, droit fiscal, droit constitutionnel, droit administratif, droit pénal, droit judiciaire privé...). Cependant, même dans ces domaines où la Chariâa n'est plus applicable directement et exclusivement en tant que droit positif, l'Islam reste un système de références, une source d'inspiration pour le juge et le législateur. Cela apparaît, tant en droit public qu'en droit privé.

1. En droit public

L'influence du droit musulman sur le droit public marocain se manifeste à travers un certain nombre de dispositions constitutionnelles : d'abord la Constitution marocaine de 1972 déclare que le Maroc est un pays musulman et que l'Islam est la religion officielle de l'État (art. 6 de la Constitution) et énonce que les dispositions constitutionnelles relatives à la religion musulmane sont exclues de toute révision de quelque partie qu'elle provienne (art. 102) ; ensuite, aux termes de l'article 19 de la Constitution actuelle, le Roi est chargé de veiller au respect de l'Islam en sa qualité d'Amir al Mouminine.

Au-delà même des dispositions constitutionnelles, la théorie du pouvoir politique au Maroc demeure fortement influencée par la conception islamique. On en voudra pour preuve larrêt de la Cour Suprême du 20 mars 1970 (*aff. société propriété agricole Abdelaziz*). Dans cet arrêt la Cour Suprême a déclaré que le juge n'est que le délégué, l'envoyé, le représentant du souverain Amir al Mouminine et que par conséquent il ne saurait contrôler la légalité des actes et décisions émanant de son déléguant. Celui-ci demeure aux yeux des conseillers de la Cour Suprême le titulaire, le dépositaire du pouvoir judiciaire. Or une telle vision va à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs dans son acception moderne. Mais elle se situe dans la droite ligne de la pensée politique islamique qui ignore une telle séparation, du moins au niveau du « Commandeur des croyants ».

2. En droit privé

Ici, l'influence de l'Islam n'est pas moins évidente. Elle se manifeste aussi bien en droit civil (a) qu'en droit pénal (b) et en droit international privé (c).

a) *En droit civil autre que le statut personnel*

Il y a lieu de relever à cet endroit que, nombreuses sont les dispositions des codes du Protectorat qui portent la marque de leur origine islamique. On peut citer à titre d'exemple les textes suivants : l'article 870 du Dahir des obligations et des contrats (ci-après le D.O.C.), « entre musulmans la stipulation d'intérêt est nulle et annule le contrat... » ; l'article 484 du D.O.C. « est nulle entre musulmans la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse... » ; l'article 21 du Dahir du 4 mai 1925 sur le notariat français au Maroc « les femmes marocaines musulmanes ou israélites ne peuvent être témoins. Une femme ne peut être témoin dans un acte en même temps que son mari... ».

b) *En droit pénal*

Normalement le droit pénal est la branche du droit qui se prête la moins à l'influence de la religion. Et pourtant, en parcourant le Code pénal, on est frappé par l'existence d'un certain nombre de dispositions répressives qui portent la marque de leur origine confessionnelle. On peut citer à cet égard à titre d'illustration, les articles 222 et 490, qui disposent respectivement : « Celui qui notoirement connu pour son appartenance à la religion musulmane rompt ostensiblement le jeûne dans un lieu public pendant le temps du Ramadan, sauf motif admis par cette religion, est puni de l'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 12 à 120 dhs », et : « sont punies de l'emprisonnement d'un mois à un an toutes personnes de sexes différents qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles ».

c) *En droit international privé*

C'est certainement en droit international privé et plus particulièrement en matière de conflits de lois que le droit musulman a été le plus manifestement malmené sous le Protectorat. En effet rompant avec la jurisprudence de la métropole, les tribunaux français du Maroc ont dénié au droit local et plus précisément au droit musulman les prérogatives qui devaient normalement lui revenir en sa qualité de *lex fori* (qualification, application sur renvoi, application consécutive à l'intervention de l'ordre public ou de la fraude à la loi...). Bref, la Chariâa était écartée à chaque fois qu'elle devait s'appliquer à des non musulmans. Mieux encore, l'ordre public local dont on sait qu'il constitue un garde-fou indispensable face aux lois et jugements étrangers contraires à la civilisation du juge saisi a été dénaturé. Pour éviter qu'il ne soit fondé sur les valeurs et les principes de l'Islam, les juristes français créèrent de toutes pièces un ordre public nouveau dit ordre public néo chérifien basé sur les principes communs aux systèmes juridiques européens. Mais après la parenthèse du Protectorat, nous assistons aujourd'hui en droit international privé, à un retour en force de l'Islam. Le phénomène se manifeste surtout en matière de conflits de lois. Il se traduit notamment par : — la soumission des marocains non musulmans et non juifs à la Moudawwana en vertu de l'article 3 du Code de la nationalité¹¹ sous réserve toutefois d'un certain nombre de dérogations ; — la polygamie leur est interdite, leur divorce est judiciaire, les règles de l'allaitement ne leur sont pas applicables ; — la soumission des étrangers musulmans, même originaires de nations laïques telles que la France ou la Turquie à la Moudawwana (arrêt de la Cour Suprême du 7 février 1972, *affaire Rose* ; arrêt du 5 juillet 1974, *affaire Girel*)¹² ; — l'interdiction faite au juge marocain d'accepter l'application de toute loi, de tout jugement étranger comportant une disposition qui serait contraire à l'ordre public marocain

¹¹ B.O. du 12 sept. 1958, p. 1492.

¹² V. arrêt de la Cour Supérieure 14 sept. 1977, *affaire Lafon*.

considéré comme étant l'ensemble des valeurs et des principes politiques juridiques moraux et religieux de la société marocaine : — la nécessité de l'enregistrement du mariage par les Adouls sous le contrôle du Cadi pour la validité des unions mixtes entre Marocains et étrangers même si le mariage a été déjà célébré selon la forme civile à l'étranger. Ce qui conduit forcément à une double célébration l'une laïque, l'autre religieuse¹³.

III. PERSPECTIVES D'AVENIR

En égard à ce qui précède, on peut dire qu'au Maroc, la place du droit musulman est déroutante : jouissant de tous les attributs du droit positif dans le domaine du statut personnel, du waqf, des successions et des immeubles non immatriculés, il est largement submergé par le droit moderne dans les autres domaines où il est confiné dans le rôle modeste de simple donneur de conseils et d'idées au juge et au législateur. Mais peut-il reconquérir les positions que l'évolution politique, économique et sociale que ce pays a connue depuis le 19^e siècle lui a fait perdre ? *A priori*, avec le développement du capitalisme et du commerce international, le progrès de la démocratie et le triomphe des idées émancipatrices des droits de l'Homme, la tendance à la prédominance du droit moderne semble devoir se confirmer davantage. Mieux encore, ce sont les limites intrinsèques du système actuel du droit musulman qui risquent d'empêcher celui-ci de retrouver sa place. Cependant, cela semble toujours possible mais à condition que les jurisconsultes musulmans réouvrent les portes de l'Ijtihad et fassent d'importantes concessions tant sur le fond que sur la forme.

1. — Sur le fond, ils doivent faire preuve de modestie et reconnaître que, contrairement à un dogme largement partagé, il n'existe guère de théorie complète, explicite et homogène du droit musulman et que ce que l'on a pris coutume d'appeler « système de droit musulman » n'est en réalité que le produit d'un laborieux et louable travail d'interprétation de théologiens et de cadis à partir du filet juridique qui sillonne occasionnellement le Coran et la Sunna c'est-à-dire les dires, les actes et les gestes du prophète Mohamed. Certes, la pratique de certains Khalifas éclairés, l'apport des civilisations et des coutumes des pays ultérieurement islamisés ont sensiblement enrichi ce fonds juridique originel. Mais cela n'a guère suffi pour constituer un ensemble homogène ayant son mécanisme d'adaptation aux métamorphoses futures du contexte économique et social¹⁴. Aussi, les juristes musulmans d'aujourd'hui doivent-ils admettre l'idée que la Chariâa doit être enrichie de nouveaux chapitres et de nouvelles normes à puiser, le cas échéant, dans le fonds juridique traditionnel et particulièrement dans certains concepts insuffisamment approfondis tel que le concept de Maârouf ou celui de la Maslaha, sans pour autant s'interdire de se référer aux systèmes de droit étrangers car il n'y a aucun mal à reconnaître ses faiblesses et insuffisances pour pouvoir les dépasser. Certes, tout le monde est conscient des difficultés qu'ils éprouveraient à procéder à cet *aggiornamento* juridique mais tout le monde est aussi convaincu qu'ils sont suffisamment armés pour contourner les aspérités les plus absolues et esquerir les recommandations les plus rigoureuses. Bref, à défaut de changer la société, il faut changer les normes car rien n'est plus néfaste pour le droit que cet inadmissible distorsion entre le texte et le contexte.

2. — Sur la forme, les concessions doivent être plus importantes. En effet, si le droit musulman n'a pas fait beaucoup d'émules en Occident, en dehors de

¹³ Dahir du 4 mars 1960 relatif à la célébration des mariages entre marocains et étrangères ou marocaines et étrangers, *B.O.* du 25 mars 1960, p. 689.

¹⁴ R. CHARLES, *Le droit musulman*, coll. « Que sais-je ? », P.U.F. n° 702, p. 8.

quelques orientalistes, c'est certainement à cause de son abracadabrante présentation. Après avoir versé pendant des siècles dans l'exégèse des textes originels pour dégager une hypothétique volonté du législateur, et après avoir sombré pendant près d'un millier d'années dans un empirisme stérile, les jurisconsultes musulmans nous ont livré des épitomés dont la subtilité n'a d'égale que la gratuité et dont l'originalité abstraite est compensée par une fâcheuse inapplicabilité concrète tel le mariage d'un homme avec une diablesse ou encore la vente de bouse de vache pour fertiliser le sol. Le tout sur un fond de casuistique déroutant où la sanction étatique cède le pas à la menace eschatologique. Force alors est de conclure que les oulémas musulmans de la fin du XX^e siècle devront faire preuve d'imagination et avoir suffisamment de courage scientifique pour enrichir le droit musulman classique en normes nouvelles et moderniser ses méthodes afin de pouvoir le présenter au consommateur sous des formes acceptables et accessibles.

Layachi MESSAOUDI
Professeur à la Faculté
de droit de Fès (Maroc).

L'INFLUENCE DU MODÈLE JURIDIQUE FRANÇAIS AUX SEYCHELLES

Les Seychelles sont un groupe d'îles dans la région du Sud-ouest de l'Océan Indien au nord de Madagascar. L'île principale, Mahé, se trouve à 4° au Sud de l'Équateur. La population s'élève à 68.000 habitants qui résident en grande partie sur les Iles de Mahé, Praslin et La Digue.

La France prit possession des Seychelles, alors inhabitées, en 1756. Les premiers colons français n'arrivèrent qu'en 1770. Ils venaient de l'Ile de France (Maurice). Dès le début, les Seychelles ont été une dépendance de l'Ile de France d'où elles furent administrées.

Pendant les guerres napoléoniennes, les Seychelles subirent le même sort que l'Ile de France, c'est-à-dire occupation par les Anglais, puis cession définitive à la couronne britannique par le Traité de Paris du 30 mai 1814. L'occupation par les Anglais, en ce qui concerne les Seychelles, se fit en mai 1794, bien avant celle de l'Ile de France en décembre 1810. Pendant toute cette période les Seychelles continuèrent d'être administrées depuis l'Ile de France de sorte que les lois édictées à l'Ile de France s'appliquant aux dépendances, s'appliquaient aussi aux Seychelles.

C'est ainsi que les trois grands Codes napoléoniens furent promulgués aux Seychelles par les arrêtés suivants du Général Decaen, capitaine-général et Gouverneur de l'Ile de France et de ses dépendances, dont les Seychelles : 1. le Code civil des Français, sous le titre de Code Napoléon, par un arrêté du 21 avril 1808, Decaen n° 168 ; 2. le Code de procédure civile par un arrêté du 20 juillet 1808, Decaen n° 177 ; 3. le Code de commerce par un arrêté du 14 juillet 1809, Decaen n° 208.

Les trois codes furent appliqués avec des modifications pour les adapter aux conditions spéciales qui prévalaient, en particulier concernant les esclaves qui