

LE DROIT ET LE FAIT DANS LA SOCIÉTÉ COMPOSITE

— ESSAI D'INTRODUCTION AU SYSTÈME JURIDIQUE MAROCAIN —

par

Negib BOUDERBALA et Paul PASCON

I. - POSITION DU PROBLÈME

Ce texte n'a pas l'ambition de proposer une théorie du droit marocain. Il veut suggérer une approche du droit fondé non sur la seule logique interne des différents « droits » appliqués au Maroc (coutumier, musulman, français, etc...), ce qui aurait pour conséquence de les distinguer, mais sur une articulation en un système juridique original, spécifique au cadre géographique et politique de la société marocaine.

Le concept de système juridique marocain donne à penser que ce qui paraît le plus important, ce ne sont pas les constantes essentielles à chacun de ces trois ordres juridiques (il y en a d'ailleurs plus de trois), mais leurs relations de compétition au sein d'un même ensemble social et les fonctions de ces compétitivités pour la société elle-même.

A - LA STRUCTURE COMPOSITE ⁽¹⁾ DU SYSTÈME JURIDIQUE MAROCAIN

Peut-on parler d'un système ⁽²⁾ ? Empressons-nous de dire que nous ne croyons pas que la matière juridique au Maroc est constituée

(1) Le concept de société composite, c'est-à-dire du concours de plusieurs modes de production dans une même formation sociale, a été développé par l'un d'entre nous au Maroc (cf. *Lamalif*, n° 17, décembre 1967, et *Cahiers du CENECA*, Agriculteurs et ruraux dans le monde de demain, mars 1971). Ce concept converge avec les travaux actuels des sociologues français du CERM (cf. *La Pensée*, n° 59, octobre 1971, sur la catégorie de « formation économique et sociale »).

(2) Le concept de système juridique n'est pas nouveau. René David (*Traité élémentaire de Droit comparé*, Dalloz) insiste sur la nécessité d'élaborer une typologie de ces systèmes qu'il préfère appeler « famil-

en système : c'est-à-dire établie dans un édifice de principes coordonnés de manière à former un tout cohérent, ayant sa logique interne. Loin de là ! 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 cimentées dans une pratique juridique formalisée par l'Etat. Cette observation évidemment rejette toute intention de notre part d'analyser la *logique interne* du droit marocain ou plutôt des droits appliqués au Maroc. L'ensemble du fait juridique au Maroc ne peut évidemment pas être examiné dans sa *cohérence interne*, car chacune de ses composantes a sa propre logique. Nous nous situons au contraire extérieurement à ces droits pour examiner leurs genèses et les nécessités en amont de leurs sources « juridiques » si l'on peut oser ce paradoxe ⁽³⁾. Mais avant d'entrer dans la problématique de la genèse des droits au Maroc, il nous faut d'abord montrer le caractère composite de ce conglomérat de pratiques juridiques *que le formalisme a cherché à ériger en système* ⁽⁴⁾.

1. Des doctrines juxtaposées...

Le droit positif marocain actuel est un système complexe dans lequel on reconnaît un petit nombre de strates juridiques déposées par

les ». Il distingue cinq familles contemporaines : droit occidental, droit soviétique, droit musulman, droit hindou, droit chinois. Il est clair que cette méthode est à l'opposé du but que nous recherchons : non pas isoler des « essences juridiques », mais faire ressortir la complexité des relations entre faits sociaux et droits dans le cadre d'une société située géographiquement et historiquement.

(3) Notons l'écart qui sépare la doctrine juridique courante de la sociologie à propos du concept de « source ». Henri Lévy-Bruhl l'avait déjà signalé dans sa *Sociologie du Droit*, lorsqu'il remarquait que les juristes définissaient les sources par « leurs formes » (loi, coutume, jurisprudence, doctrine) et non par leur origine unique selon lui, la « volonté du groupe social ». Disons plutôt qu'envisagée d'un point de vue sociologique, la source est la société elle-même, les rapports sociaux, les rapports de production, les institutions et l'idéologie des classes dominantes dans cette société.

(4) Dans *La pensée sauvage*, Claude Lévi-Strauss examine la notion de bricolage dans les sociétés humaines et signale que les rites et les systèmes décomposent et recomposent des ensembles événementiels et s'en servent comme autant de pièces indestructibles en vue d'arrangements structureaux *tenant alternativement lieu de fins et de moyens* (cf. p. 47). Ceci s'appliquerait bien au droit dans une société composite.

l'histoire ⁽⁵⁾, et on soupçonne l'existence d'autres droits entièrement ensevelis par l'évolution historique. La première remarque à faire est qu'en tout cas, un droit ne se substitue pas à un autre partout et dans tous les domaines. Il se manifeste simplement plus compétitif à tel endroit, en telle matière, il rencontre plus aisément qu'un autre le consensus, il mobilise plus victorieusement la violence. Le droit supplanté résiste, se réfugie dans tel endroit, dans telle matière, se transforme, mais garde ses traits fondamentaux assez pour rester reconnaissable. Loin de nous ici l'idée de donner au droit, comme les juristes académiques, une autonomie achevée par rapport aux autres composantes de la vie sociale. Au contraire, l'expression « le droit résiste » n'est pour nous qu'un langage : c'est en fait un type de rapports sociaux, une sorte de mode de production, un genre d'idéologie qui résistent. Et le droit est aussi un sujet et un objet de la résistance. L'autonomie du droit, comme celles des autres composantes de la société, est relative ; elle n'en existe pas moins dans une certaine mesure. Dans l'évolution historique, les substitutions de structures n'étant ni complètes dans l'espace, ni absolues dans la formation sociale, le phénomène juridique n'étant ni totalement autonome comme pour les juristes orthodoxes, ni totalement dépendant comme pour les marxistes mécanistes, il s'ensuit une situation de coexistence, de juxtaposition ⁽⁶⁾ de droits, appartenant à des formations sociales différentes.

On ne s'étonnera donc pas au Maroc de trouver un foisonnement juridique incohérent et hétérogène. Ce dont on s'étonnera plutôt, c'est que l'analyse sociologique n'en ait pas été faite plus tôt.

a) *Les usages et les coutumes*

La persistance du droit coutumier pré-islamique, à la fois comme coutumes extérieures au *chraâ* et comme règles intégrées au droit

(5) Il est toujours un peu facile d'emprunter à d'autres disciplines des images pour servir à la compréhension de la société : facile et dangereux ! Par « strates déposées par l'histoire », nous voulons dire que l'évolution historique, la complexité croissante de la société, l'accroissement de sa dimension ont fait naître des matières nouvelles et que des législations nouvelles sont venues se surajouter aux anciennes en les surplombant, en les modifiant quelque peu, mais pas au point de rendre méconnaissables des noyaux plus anciens de juridictions attachées aux matières plus anciennes.

(6) Nous dirons plus loin que nous ne croyons pas à cette coexistence ni à cette juxtaposition, mais plutôt à la compétition et au concours, à la lutte et à l'entraide. Mais nous devons, au niveau du vocabulaire, progresser du même pas que dans l'analyse de la matière.

musulman, n'est un secret pour personne. Les juristes musulmans n'ont cessé de déplorer la résistance de ces pratiques. Les orthodoxes ont toujours disputé de l'hétérodoxie de la coutume et quelques-uns se sont fait — à contre-cœur — une raison, en acceptant les usages coutumiers dans le cadre du *chraâ*, car, sachant ne pouvoir les combattre, ils ont voulu les rallier, les dépasser, les surplomber (7).

Au contraire, la colonisation française a joué l'autre carte : opposant coutume et *chraâ* dans le cadre d'une politique de division entre « berbères » et « arabes », elle a cherché à soustraire une partie du peuple marocain à l'application du droit musulman en créant les tribunaux coutumiers (8).

Dès l'indépendance, cette législation coloniale a été abrogée (9). Mais localement, les règles coutumières continuent dans de nombreux cas à ordonner les pratiques des justiciables, qu'ils soient d'ailleurs de langue berbère ou arabe, et même à inspirer les décisions des cadis. Quand le *chraâ* est muet, on consulte la coutume. Ceci montre que le *chraâ* domine, qu'il est compétitif sur la coutume, sauf lorsque celle-ci est la seule à offrir des règles pour juger d'un litige.

La source de la coutume, c'est le consensus du groupe. Il faut évidemment, pour que la coutume existe, que le groupe vive, qu'il soit autonome, au moins pour régler la matière de cette coutume. Les domaines dans lesquels des groupes sont autonomes allant se raréfiant avec la centralisation de la société et l'omnipotence de l'Etat, la coutume a tendance à être submergée. Elle se réfugie de plus en plus dans des affaires mineures, dans les tours du langage ou des appels à l'émotion, sur la place du village comme dans le prétoire. Elle n'en résiste pas moins dans le droit interne des sociétés de fait, des usagers de droits d'eau antérieurs à 1914, dans le partage des terres collectives, etc., domaines où elle se bat à mains nues contre la spoliation des notables qui excipent des autres droits là où ils

(7) Dans les *Nawazil el Mouzaraâ* (Rabat, 1940), J. Berque répond de façon très nuancée pour le Maroc au début du XXème siècle. La coutume n'est pas admise par les docteurs de Fès comme une cinquième source en tant que telle. Mais elle est abondamment introduite dans le droit par la pratique judiciaire (*Amal*) utilisant pour islamiser la coutume les techniques du « *Quiyas* » ou la théorie du bien commun (*meslaha*). De cette façon, en invoquant notamment la « nécessité » (*darou'ra*), les juges ont pu introduire, mais en les islamisant, d'importants éléments de la coutume.

(8) Dahir berbère du 16 mai 1930.

(9) Par le Dahir du 25 août 1956, portant création des tribunaux de juges délégués dans le ressort des anciens tribunaux coutumiers.

n'ont encore rien à faire. Par exemple, le partage des eaux appropriées avant 1914 n'est réglementé ni par le *chraâ*, ni par le droit moderne. Quant à la coutume, elle ne dispose plus d'institutions propres (la *jmaâ*) pour lui permettre d'éviter la spoliation. Les usagers ne peuvent agir que par le nombre et non par la médiation d'un règlement.

b) *Les prescriptions musulmanes*

Quoi qu'on en ait dit, les docteurs de la Loi musulmane, les *fouqaha*, n'ont jamais pu longtemps tolérer que le *Fiqh* s'inscrive à contre-courant de l'histoire et de la société. Déjà, la révélation divine survenait à point nommé pour donner à la société arabe, qui commençait à faire craquer l'horizon trop étroit de ses particularismes tribaux, l'horizon élargi de l'universalisme. Mais le Coran, certes livre de la cité musulmane, n'est cependant pas un code complet. Les premiers recueils écrits de *Fiqh* ne sont apparus qu'au deuxième siècle de l'Hégire, et il a bien fallu pendant un siècle que la traduction juridique de la révélation pénètre lentement et surplombe les coutumes en vigueur. Les premiers recueils de *Fiqh* qui sont le résultat de cette activité syncrétique témoignent que la Loi divine s'applique bien aux arabes de l'époque. Et même lorsque la « porte de l'effort » s'est fermée au quatrième siècle — elle est toujours restée entrebâillée — l'activité inlassable des *fouqaha* a toujours permis de légaliser, parfois par des détours et des ruses « *hyal* », les pratiques imposées par les nécessités de l'économie et de la société. Le cas du prêt à intérêt est exemplaire. Catégoriquement prohibé à tous les musulmans tant que des minorités — les juifs notamment — pouvaient le pratiquer, il s'est transformé en simple prohibition de l'usure quand la généralisation de l'économie monétaire l'a imposé, pour finir par être légitimé en 1903 par une *Fetwa* du grand Muphti d'Égypte lui-même : Mohammed Abdoh ⁽¹⁰⁾.

Au Maghreb, l'extraordinaire rapidité de la diffusion de l'Islam témoigne de son exceptionnelle réussite politique. Mais le *Fiqh* qui arrivait de l'est, déjà chargé de l'histoire et des diversités de la société arabo-musulmane, allait encore s'enrichir au contact des coutumes berbères, leur empruntant ce qui pouvait s'intégrer sans danger pour l'unité du droit et de la religion. De même les hérésies et les rites — qui sont d'abord des écoles juridiques — laissent des traces dans le droit musulman appliqué. Ainsi, dans le sunnisme de rite malékite adopté par le Maroc, ont subsisté des traces d'hétérodoxie.

(10) Voir sur ce point Maxime Rodinson, *Islam et capitalisme*.

Mais, dans le foisonnement des situations spécifiques, de l'Andalousie au Pakistan, l'ensemble des prescriptions musulmanes s'est peu à peu établi, bien avant l'époque moderne, dans des traités de droit canon, des compilations d'opinions et de commentaires, dans des recueils de jurisprudence. De la logique interne de ce droit, de la conformité des règles à la Révélation, les juristes musulmans se sont faits les inlassables commentateurs. L'inflation même du *Fiqh* montre bien la difficulté de la matière et l'impossibilité de l'enfermer dans un système clos. Toute l'habileté des docteurs de la Loi est allée vers cette adaptation du droit au siècle, c'est-à-dire à l'évolution de la société. Dans quelle mesure la relative autonomie du droit dans les composantes sociales n'a pas été ici un peu plus forte en raison de sa proximité avec le sacré, et dans quelle mesure le corps des juristes n'a-t-il pas joué les rôles inhibiteurs et innovateurs des clergés dans d'autres religions ?

c) *Le droit français*

Importé, imposé, greffé par le Protectorat sur la société marocaine, le droit moderne de type français a eu d'emblée pour fonctions de régler le fonctionnement de la communauté étrangère installée sur le sol national, et de constituer le cadre d'accueil nécessaire au développement du capitalisme. D'abord confiné aux enclaves consulaires et aux « protégés » commerciaux marocains, puis établi seulement dans les villes nouvelles, il n'a pas manqué de submerger les autres droits existant sur toutes les matières économiques modernes. Si son introduction est liée à l'épisode colonial, sa réussite vient de son appartenance au système juridique international moderne. Les sources sociologiques du droit français, qui sont celles d'une démocratie de type occidental, ne pouvaient que constituer un droit véritablement anachronique vis-à-vis de la réalité marocaine, certainement aussi anachronique que le droit coranique face aux coutumes tribales. C'est ici le lieu de se demander comment subsistent, coexistent, des systèmes de droit aussi incompatibles que ces trois-là ?

2. ...et des pratiques adjacentes...

L'étude séparée de ces trois ordres juridiques ⁽¹¹⁾ pourrait être utile si chacun d'eux s'appliquait à des populations bien définies, de

(11) Pour simplifier, nous nous sommes limités à ces trois ordres de droit, en fait il y en a d'autres. Par exemple, les usages coutumiers ne sont pas parvenus entièrement à liquider la loi du talion et le modèle patriarcal domine les relations inter-familiales aujourd'hui encore.

façon exclusive, et se distinguait indiscutablement par le fond et par la forme. Ce n'est évidemment pas le cas : dans la pratique, les domaines et les méthodes se superposent et s'interpénètrent pour former un conglomérat juridique complexe dans lequel l'application de chacun des trois ordres juridiques est accentuée par rapport aux autres, selon les circonstances, les lieux, les situations...

a) *Selon les lieux*

Une géographie du droit ferait d'étranges cartes ! Prenons les règles coutumières, on les verrait s'appliquer à peu près partout dans les campagnes. Le contrat d'association de culture à part de fruits, c'est-à-dire le salaire du hasard, est d'un usage généralisé. Le khamesa même, le complant sans appropriation de la terre par le planteur, tout un corps de pratiques en somme coutumières fait le fonds de la vie paysanne. Mais, à proximité des villes *hadria*, la même vie paysanne reconnaît dans sa pratique régulière le droit musulman, même sur la matière agricole, le contrat de complant y a une forme canonique, le habous des terres ne vise pas à déshériter les filles...

b) *Selon les rapports de production*

Une étroite correspondance existe entre les modes de production à considérer et les ordres juridiques à y appliquer. Le droit moderne est d'usage dans les secteurs dominés par les rapports de production capitalistes. Le droit canonique est d'usage en matière économique là où existent les rapports de production de type féodal, les coutumes là où subsiste et résiste le tribalisme.

C'est le moment de souligner la nature de l'amalgame fait par la puissance coloniale à propos de la division du pays en régions de coutume et régions de *chraâ*, en zone berbère et zone arabe. S'il y avait indiscutablement une réalité à une pratique juridique hétérodoxe dans la tribu, si ces tribus existaient effectivement plus fortes dans l'arrière-pays et dans les montagnes, si les membres de ces tribus parlaient sans conteste possible plutôt le berbère que l'arabe, si donc toutes ces observations étaient scientifiquement fondées, il ne s'ensuivait pas que la puissance coloniale avait le pouvoir — sans nous situer ici au plan de la légitimité ou du droit — de scinder le pays en deux. Créer des « régions de tribus », c'était en somme y arrêter l'histoire au stade du tribalisme, renforcer un mode d'existence dépassé, un mode de production anachronique et croire qu'une chose pareille était possible à l'époque moderne.

c) *Sur des domaines emboîtés*

A l'intérieur de la famille, le droit du père s'applique parfois dans l'arrière-pays, mais, très largement, le droit de la famille, le statut des personnes, le droit des successions, tout ce que les juristes appellent le « statut personnel » reste régi par le droit musulman. Le partage des terres collectives, des eaux, la vie du village sont réglés par les usages coutumiers. Les institutions politiques de l'Etat, les règles économiques à vocation générale, l'administration sont les domaines d'application du droit moderne.

d) *Selon les formes*

Les règles du droit moderne obéissent à un type de formalisation pyramidale. De la constitution à la circulaire, la hiérarchie des textes donne au droit sa logique formelle. Dans la mesure du possible, les incompatibilités internes des lois sont évitées, les lois antérieures abrogées ; une rigidité systématique de la logique interne donne à la loi une apparence de nécessité « scientifique ».

Le droit musulman est plus inaccessible ; sa publication n'est pas commune, l'art des juristes est dans l'interprétation de la matière et la quête des commentaires. Ce type de droit gagne par l'autorité de la chose Révélée ce qu'il perd par la complexité de l'exégèse.

Les usages coutumiers sont sans forme écrite⁽¹²⁾. Ils ne sont d'application courante qu'autant qu'un des membres n'en met pas en doute le bien-fondé et qu'il n'engage pas un débat ou une action contraire. Pour autant, ils ne sont pas informels au sens des sociologues.

3. Superpositions, lacunes et anachronismes

La complexité du « système » juridique marocain ne s'arrête pas là, tant s'en faut. Les trois ordres juridiques qui ont été schématisés ci-dessus ne peuvent toujours être clairement distingués, ni sur le fond, ni sur la forme.

(12) Il y a eu des coutumiers écrits, parfois même rédigés par des officiers français ou des contrôleurs civils. Ecrire une coutume est pour l'ethnographe une opération de simple conservation de l'information, un acte d'historien du droit par exemple. Pour un juriste, c'est un contre-sens. La coutume, c'est la règle édictée par l'immédiat consensus, l'écrire pour faire acte de législateur, c'est donner à un consensus passé une autorité sur le présent et l'avenir, c'est dépasser le consensus. C'est à l'agora de dire si la règle précédente s'applique.

a) *Sur le fond*

Certaines règles coutumières ont pénétré et se sont amalgamées, voire même se sont fondues dans le *Fiqh* (par exemple les statuts fonciers autres que le *melk*) et certaines dispositions du droit moderne (institution de la majorité légale à 21 ans dans le code marocain du statut personnel : *mudawwana*) sont introduites dans le droit musulman. Un des plus jolis exemples est fourni par l'institution du *habous* de famille. Le *habous* est un arrêt de la dévolution successorale en vue de prolonger la volonté du défunt. Cette volonté a pour conséquence de priver ses héritiers de la jouissance d'une chose que le défunt a vouée à une œuvre pieuse (entretien d'une mosquée, salaire d'un *fqih*, voire même d'un même grammairien). C'est le *habous* « pour l'amour de Dieu ». Il y a d'autres arrêts de dévolution successorale qu'on appelle *habous* mineur, et qui relèvent davantage de « l'amour du lignage agnatique ». Il consiste en un gel des domaines — la matière est ici surtout foncière — interdisant aux héritiers de disposer individuellement de la propriété. Le respect de cette volonté du défunt est garanti par la même institution que le *habous* majeur car celle-ci est finalement bénéficiaire dans le cas de l'extinction du dernier héritier mâle. Ces pratiques, en définitive peu musulmanes, n'ont d'autres effets que de déshériter les filles — le lignage ne perd pas son patrimoine — et d'assurer la prépondérance d'un des fils — le patriarcat a trouvé là une forme de résistance en se drapant du manteau de la religion. Une analyse des modes de partage des terres collectives conduirait d'ailleurs aux mêmes constatations.

b) *Sur la forme*

Bien que certaines règles importantes continuent d'échapper à une formalisation moderne, comme par exemple le régime des terres non immatriculées, la tendance est à la codification de toute réglementation, quelle que soit son origine quant au fond. Aussi, la codification du statut personnel de droit musulman au Maroc a été formalisée dans un ensemble de dahirs parus sous le nom de *Mudawwana* ⁽¹³⁾.

Le Dahir de 1919 sur les collectivités et le Code des Investissements agricoles ⁽¹⁴⁾ fixent le statut des terres collectives, leur devenir

(13) Cinq dahirs aux dates suivantes : 22 novembre 1957, 18 décembre 1957, 15 janvier 1958, 20 février 1958, 3 mars 1958.

(14) Dahirs du 25 juillet 1969.

et leur dévolution sous une forme moderne, alors que les sources de ce droit sont d'origine coutumière.

De sorte que progressivement, les trois ordres de droit ne peuvent plus être nettement distingués à partir ni du fond, ni de la forme et que, pour y voir plus clair, il devient nécessaire d'entrer dans l'analyse socio-juridique des motifs et des sources.

c) *Sur la matière*

Les domaines d'application des différents ordres de droit n'ont pas de limites nettes, ils se recourent, se superposent, laissent parfois des vides.

La *mudawwana* ne s'applique intégralement qu'aux citoyens marocains de religion musulmane, les citoyens de religion juive étant soumis au droit hébraïque. Mais le code de la nationalité marocaine (6 septembre 1958) reconnaît l'existence de marocains « ni musulmans ni israélites », qu'il déclare soumis au droit musulman de la *mudawwana*, sauf sur trois points : polygamie, allaitement, divorce.

La base objective déterminant l'application de tel ou tel ordre de droit se modifie sans cesse, il n'y a pas de cloisonnement étanche entre les secteurs « moderne » et « traditionnel ». Les rapports de production et d'échange capitalistes (salarariat, intégration au marché) pénètrent de plus en plus les secteurs les plus traditionnels, notamment par la voie de la concentration foncière, du développement des cultures non vivrières, des chantiers de Promotion nationale, du crédit agricole, etc.

Dans les régions agricoles de grande importance économique, la tendance est au recul et parfois à la liquidation des rapports de production pré-capitalistes, et par suite, du système juridique qui leur est lié. On constate aussi la progression du régime moderne de l'immatriculation foncière aux dépens des statuts fonciers pré-coloniaux. La réalité pratique est en fait plus complexe encore. Si, apparemment, le capitalisme progresse vivement dans les campagnes riches, sur les nouvelles terres irriguées, il s'agit d'une forme primitive de capitalisme qui ne reconnaît pas la vertu de la technicité au même plan que le capitalisme avancé et qui ne la protège pas par des conventions collectives, des garanties, le droit syndical, etc.

De ce point de vue, il peut y avoir simultanément avance du mode de production capitaliste en surface et recul des pratiques juridiques capitalistes avancées.

d) *Au niveau du justiciable*

Dans la pratique juridique concrète, cette diversité produit également ses effets puisque la même personne, selon qu'elle se présentera comme père, comme contribuable, comme propriétaire foncier, comme électeur, comme investisseur ou comme héritier, se situera soit dans un ordre juridique, soit dans l'autre, passera dans la même journée de l'un à l'autre, et relèvera soit du *cadi*, soit du tribunal « moderne ». Qui a pratiqué les différends sur les droits d'eau sait à quel point les hommes et les groupes jouent un véritable théâtre sur la compétence des instances : dans la famille, dans la *jmaâ*, au tribunal du *chraâ*, sur la législation moderne. Combien de registres s'offrent au plaignant ! On en voit certains, pour qui telle instance ou tel droit n'ayant pas été propice, qui déclarent le renier pour un autre qu'ils avaient d'abord refusé. Dans ce domaine, la démythification du droit est achevée ; trop de claviers et une trop grande cacophonie pour que le justiciable puisse croire et à l'autorité de la chose jugée, et à la neutralité du droit. Ici, les choses sont claires : c'est le rapport direct des forces qui fait la loi.

Ainsi, le système juridique marocain est un système composite en évolution permanente dans lequel des « types juridiques » se rattachant à des périodes historiques (pré-islamique, islamique, coloniale, de l'indépendance) et à des types de sociétés différents (patriarcale, tribale, féodale, capitaliste) rivalisent dans le même temps, parfois dans le même sujet de droit. Bien sûr, ce caractère composite n'est pas l'apanage de la société marocaine. On le retrouve, à des degrés divers, dans toutes les formations sociales.

Mais au Maroc, du fait de la situation de transition lente et du réformisme qui est le trait essentiel de la société jusqu'à aujourd'hui, ce caractère devient un élément fondamental de l'explication du système juridique lui-même.

On ne saurait comprendre la structure complexe du système juridique marocain, ses fonctions sociales multiples, son évolution possible, sans prendre en compte, comme postulat même de l'analyse, cette complexité.

B - PROBLEMATIQUE POUR UNE RECHERCHE SUR LE DROIT

1. Faiblesses de la méthode juridique orthodoxe

Il ne peut y avoir d'explication du système juridique séparée du milieu socio-historique qui l'a engendré et dans lequel il s'applique ; on ne peut analyser le système juridique sans analyser le système social dans sa totalité. Il ne peut donc y avoir d'explication juridique du droit. Cependant, même si les philosophes, les historiens, les sociologues contribuent à cette explication, il paraît indispensable d'inciter les juristes — notamment dans l'enseignement — à sortir de leur indifférence concernant ces problèmes, et à enrichir et renouveler la méthode juridique.

Selon la conception traditionnelle du droit, cette méthode ne serait pas « scientifique ». La conception traditionnelle du droit ne vise pas à produire une connaissance, mais à produire des normes qui ordonnent des conduites. Le droit n'est pas explicatif, il est normatif. La méthode juridique repose sur deux piliers :

- la construction d'un *ordre hiérarchisé* de normes
- l'interprétation par la *méthode exégétique*.

Il y a la hiérarchie formelle (le dahir s'impose à l'arrêté ministériel) qui est une construction des juristes et la hiérarchie du contenu des normes qui est dictée par le système social (le droit de propriété a la priorité sur le droit au travail). Dans ce deuxième domaine, l'autonomie du droit par rapport aux classes dirigeantes, exprimée par l'évolution de la jurisprudence sur certains points, est faible et illusoire. Le pouvoir de création des juristes sur le plan social est donc bien réduit ⁽¹⁵⁾.

On pourrait — à la rigueur et d'une manière bien schématique — admettre qu'un juriste aux U.S.A., société relativement homogénéisée par un capitalisme dominant tous les aspects de la vie sociale et économique, puisse s'attacher à rester à l'intérieur du système de normes, s'il est convaincu que la raison du profit est bonne pour sa société comme pour la General Motor. Il chercherait en somme à aller au plus loin, au plus logique, aux fins les plus extrêmes de cette logique du profit. De même pour l'imam Malik cherchant à faire entrer les hommes dans « la voie de Dieu » par la méthode juridique. Mais au Maroc, une telle attitude ne peut que mener le

(15) Voir sur tous ces points Henri Lévy-Bruhl, *Aspects sociologiques du Droit*, Rivière, 1952.

juriste à la brocante, en faisant de son analyse un musée d'articles dépareillés.

L'interprétation des textes pour les adapter aux cas d'espèces, interprétation dont des générations d'étudiants ont pensé qu'elle représentait un effort créateur de la magistrature, est bien décevante. L'utilisation de l'exégèse comme méthode d'interprétation consacre la prééminence du principe d'autorité dans la démarche juridique. On le voit, la marge de créativité possible sur le plan social et politique est bien mince. Les grandes évolutions législatives, les grands revirements de jurisprudence ont toujours été précédés par des batailles gagnées ou perdues dans la rue, l'usine ou les champs.

2. Remettre en cause la discipline juridique

Les juristes pour autant ne remettent pas en cause les fondements de leur discipline, la validité de leurs méthodes, le statut de leurs travaux dans la société.

Philosophes, mathématiciens, biologistes, historiens, sociologues s'interrogent régulièrement sur leur fonction sociale. Les juristes, eux, poursuivent imperturbablement l'étude des codes et de la jurisprudence dans leur logique interne. La critique des conceptions du droit et de la méthode juridique, l'analyse du droit comme fait social, sont à peine esquissées par la doctrine et sont, en tous les cas, absentes de l'enseignement⁽¹⁶⁾.

La solution n'est pas dans l'immédiat de demander à l'enseignement du droit, qui a déjà subi bien des transformations, de se transformer de l'intérieur radicalement. Elle est plutôt dans le décloisonnement des sciences humaines qui devraient permettre à l'étudiant en droit de situer l'acquisition des techniques juridiques dans leur contexte social et historique. Non pas par l'addition d'un cours de sociologie ou d'histoire, mais par l'intégration de l'approche sociologique et historique à l'étude des systèmes juridiques. Ainsi, la dominante dogmatique dans l'enseignement du droit pourrait être corrigée par une formation à caractère réellement scientifique qui aurait à répondre à cette question : « Comment se constitue et comment fonctionne un système juridique dans une société donnée ? »

La réponse à cette question au Maroc suppose que soit prise en compte la diversité des composantes du système juridique maro-

(16) Les enseignements d'« introduction à l'étude du droit » et de « méthode des sciences sociales » sont réduits et n'abordent pas suffisamment la question des relations entre droit et société.

cain, dans leur *importance réelle concrète* et dans la multiplicité de leurs relations.

L'importance du droit ne se mesure pas au poids des recueils de lois (B.O.). Sorti des grandes villes et des secteurs d'économie d'échange, on découvre que le droit du B.O. n'a pas d'existence concrète, que la majorité de la population marocaine obéit à des règles coutumières mêlées de droit musulman, que ce droit s'impose à tous, y compris aux autorités locales, et que le recours au droit codifié ne s'impose que lorsque le tribunal ne peut être évité : c'est alors l'application d'un *autre* droit.

3. Dégager les cohérences des parties : l'analyse

Ce travail d'analyse est en large partie fait pour le droit moderne. Pour le droit musulman, il faudrait lui appliquer la méthode socio-juridique pour y dégager ce qui appartient au dogme et ce qui appartient aux coutumes et aux hétérodoxies. Une discussion juridique de l'hétérodoxie donnerait sans doute des voies d'approche nouvelles de l'histoire du droit musulman. Et en ceci, les travaux des savants juristes et des docteurs de la loi musulmans, travaux considérables et touffus, sont des sources extraordinaires d'intérêt.

Pour les coutumiers, tout reste à faire, la colonisation ayant plus œuvré à les utiliser qu'à les comprendre, à les manipuler (extension à toutes les terres de tribus des usages des Beni Ahsen en matière de partage des terres, cf. dahir de 1919 sur les terres collectives) qu'à les dépasser. Des recherches sur la famille et sur les zaouia et le droit théocratique dans le soufisme aussi sont à engager. Peut-être ferait-on apparaître un petit nombre de droits cohérents à des sociétés types distinctes. Il ne nous échappe pas que ni ces droits cohérents, ni ces sociétés types n'existent à l'état pur. Nous convenons qu'il s'agit ici d'un artefact méthodologique, mais sans lequel, croyons-nous, il n'est pas possible de faire avancer la recherche.

4. Mettre en évidence les incohérences : l'antithèse

L'analyse du système juridique marocain fait apparaître l'existence de plusieurs ordres de droit. En réalité, cette coexistence est une compétition, un concours, une rivalité sur les différents domaines, les différentes régions. Ces droits rivalisent, se superposent, laissent des vides. Voici en vrac quelques exemples à soumettre aux juristes :

a) Un agriculteur ayant droit de terre collective se plaint parce que des habitants de son village ont arraché les oliviers qu'il avait plantés sur un terrain collectif en bordure de la zone *Mgam*. Motif :

il n'avait pas offert la *zerda* traditionnelle aux notables du village avant de planter ces oliviers. Le dahir de 1919 ne reconnaît pas aux ayants-droit des terres collectives le complant de leur terre, le droit moderne ne reconnaît pas aux particuliers le droit de se faire justice.

b) Le mari de la fille d'un usager défunt des terres guich se plaint de ce que son épouse n'a pas hérité de sa part de terre. Il est patent que ses frères l'ont dépossédée de droits qu'elle n'avait pas formellement sur la terre guich puisque seul l'usufruit est appropriable sur une telle terre. Cependant, ses frères ont *vendu* à des non-guicheurs l'héritage du père. Il n'existe pas de législation sur les terres guich, la pratique est laissée à l'autorité de tutelle, les femmes sont souvent déshéritées, les ventes se produisent contrairement à l'usage déclaré, sans intervention de personne.

c) Un planteur d'oliviers sur terre melk dépourvu de droit d'eau et n'ayant pas par son contrat de *mougharassa* coutumier (hors du *chraâ*) la propriété de la terre, se plaint de ce que personne ne veuille lui céder un droit d'eau pour irriguer ses arbres, même contre location ou association de culture. Son contrat de *mougharassa* n'est pas reconnu par le *chraâ* puisqu'il ne peut pas accéder à la propriété de la terre, l'eau en principe appartient au domaine public sauf les droits antérieurs à 1914 qui sont régis par la coutume, mais celle-ci n'a pas d'instances autres qu'une administration de tutelle.

Une analyse plus fine de la répartition par domaine et par région ferait apparaître les coexistences, les dominations. Si on dressait un tableau par régions et domaines, en indiquant le mode de composition, la domination de tel ou tel type de droit, on ferait voler en éclats les cloisons maintenues par les œillères des formalistes.

Régions et domaines	R ₁	R ₂	R ₃	R ₄	R _n	R _n
Discipline						
D ₁	OCm	Ocm	OCm	Cm	CM	cM
D ₂	OCm					
D ₃	OCm					
D ₄	OCM					
D _n	CM					

Région
Ville
Sud
Nord
Souss
Montagne
Plaine

Domaine
Lignage
Ménage
Société
Administration

O = orf — C = chraâ — M = moderne

Et ceci, en ne considérant que les trois types de droits énoncés classiquement. Mais alors, en $D_1 R_1$, s'agit-il de « chimères », c'est-à-dire de formes bâtardes relativement stables ou de formes d'équilibre très précaires des antagonismes entre plusieurs droits ? Quelle est l'autonomie du droit ? Le droit n'est-il pas qu'une expression des formations sociales ?

Pour avancer dans cette étude, il faut suivre plusieurs chemins méthodologiques : analyse de la position et de la signification du droit dans chaque formation sociale (par exemple le droit « moderne » formalise les rapports de production capitalistes, le *chraâ* et l'*orf* formalisent des rapports de production pré-capitalistes) ; analyse des groupes soumis aux différents types de droit (*chraâ* et *orf* pour la famille, droit moderne pour l'entreprise, l'administration, les institutions) ; analyse du type de formalisation (*orf* : résultat du consensus ; *chraâ* : interprétation de la Révélation, recueil, commentaires, jurisprudence ; *fetwa* : droit moderne très formalisé, pyramide de la constitution jusqu'à la circulaire d'application).

Outre cette analyse systématique, une méthode efficace est de s'attaquer à décrire, comprendre et expliquer les « greffes », par exemple en étudiant dans le code du statut personnel : le problème de la majorité, de la polygamie, de la répudiation.

5. Acculturation ou révolution juridique ?

Le droit a une fonction sociale. Il n'est pas sujet pur, mais il n'est pas non plus pur objet de l'évolution sociale. Selon les sociétés, il joue des rôles différents, c'est bien une preuve déjà de sa partielle autonomie et de sa partielle dépendance par rapport aux autres composantes sociétales.

Dans les démocraties occidentales, par exemple, la loi est en retard sur la société. La compétition entre les groupes sociaux y est la source du droit. La loi n'est que la formalisation d'un rapport de forces déjà dépassé. Les forces rétrogrades s'attachent à la loi déjà dite, au rapport de forces ancien et l'utilisent comme une arme ; les forces progressives, au contraire, font le nouveau rapport de forces par leur pratique sociale.

Dans nos pays, la loi est en avance sur la société. On se bat plus pour faire appliquer la loi que pour la transformer. Les lois sont ici intentionnelles, prospectives, elles disent ce qui devrait être et non ce qui a été. Il faut chercher les motifs de cette situation dans plusieurs faits. D'abord, dans l'extrême hétérogénéité de la

société : le pays connaît encore le nomadisme, le quasi-servage, des rapports de production féodaux, mais aussi l'entreprise moderne, la société prospective, l'araire et le « computer ». La loi doit être faite pour tous. Elle est écrite, elle est la garantie des rapports entre les personnes et des affaires, elle est forcément celle des rapports sociaux les plus avancés. Les autres hommes engagés dans des rapports de production plus rudimentaires n'accèdent que très imparfaitement à cette loi. Elle est médiatisée pour eux par des structures qui s'attachent à la lui rendre peut-être plus accessible, mais évidemment plus en rapport avec leurs pratiques. Sous la loi moderne, une société de juristes ou d'hommes d'administration s'affairent dans la basoche et en vit plus ou moins légalement.

D'autre part, le pays est dans le monde. Les grandes organisations internationales ont leurs lois qui trouvent leurs sources dans les rapports de production les plus avancés existant sur la planète. Le Maroc est adhérent à ces organisations pour le meilleur et pour le pire. La logique interne du droit, qui est un attribut de sa partielle autonomie, oblige à l'adoption, dans la constitution même et dans les sources du droit, des grandes lignes des déclarations internationales.

Enfin, le pays est traversé par le capitalisme international qui a également besoin d'enclaves juridiques et de garanties formelles, quelle que soit d'autre part sa puissance de dissuasion, pour pouvoir investir et exploiter.

Il s'ensuit un « étirement » du domaine juridique considérable et une anarchie dans la pratique. Le bail à part de récolte, le déshéritage de fait des filles, coexistent avec le droit pour les femmes de voter, le système de la retraite et de la sécurité sociale pour les travailleurs, le droit au recyclage dans certaines grandes entreprises pour les cadres.

Ces anachronismes de la pratique, mais aussi du droit, comment les dépasser ? Par l'acculturation juridique ou par la révolution juridique ? Les juristes peuvent-ils être indifférents à la situation de fait, à l'analphabétisme, à l'ignorance de la loi ? Nul n'est censé ignorer la loi ! Mais qui peut la connaître ? Les juristes vivent-ils mieux de la loi lorsqu'elle est plus mal connue ?

Pour le progrès de la société marocaine, sans surestimer l'autonomie socio-logique du droit, nous pensons que la première rupture progressive est dans la vulgarisation généralisée de la loi avec l'instruction.

(à suivre)