

ULLETIN ECONOMIQUE ET SOCIAL DU MAROC

136/137

SOMMAIRE

Mathématiques et société <i>par</i> ALLAL SINACEUR	1
De la stratégie marocaine (arguments) <i>par</i> HABIB EL MALKI ..	31
La politique de développement ou le développement de l'inégalité ? <i>par</i> JAMIL SALMI	47
La loi et les coutumes locales (cas du Maroc) BEN SALEM HIMMICH	67
Le Maroc et les sociétés multinationales <i>par</i> P. HAMDOUCH ..	87
Le chômage ouvert : le cas de Kénitra <i>par</i> GUY HARITCHELHAR	123
L'Emploi à Kénitra <i>par</i> GUY HARITCHELHAR	135
Fiscalité et structures économiques <i>par</i> Mustapha KTIRI	171
CHRONIQUE	
Inégalités dans les milieux ruraux au Maroc <i>par</i> Mohammed NACIRI	193

LA LOI ET LES COUTUMES LOCALES (CAS DU MAROC)

BEN SALEM HIMMICH

*« On doit souvent étudier l'histoire
afin de mieux s'en défaire ».*

C. Wright Mills

La première phase de l'islamisme qu'on pourrait qualifier de normative-intégriste correspond historiquement à la période de l'émergence et de la formation de la Doctrine et se caractérise donc par une effervescence sociale et une productivité croissante de normes et valeurs, destinées à contester les idées et institutions antéislamiques, à défendre la nouvelle doctrine contre les ennemis païens, juifs et chrétiens et à ouvrir, organiser et gouverner l'espace. C'est dans la foulée de cette phase que le *fiqh* se développa avec une vitesse qui répondait à l'urgence de la situation : protester contre l'illégalité de la réalité et établir des systèmes juridico-théologiques pour la contenir et la refaire. Il s'en suit que ses deux caractères structurels sont :

1° - *L'absence de pensée formelle*

On l'a souvent répété, le « droit » musulman n'est pas du droit. Dans tous ses ouvrages G.H. Bousquet affirme cette thèse, sans d'ailleurs chercher à en donner une explication : « Pourquoi, dit-il, est-ce le cas ainsi au sein de la civilisation musulmane ? Je ne saurais le dire, mais le fait paraît certain. En d'autres termes, le travail de rationalisation, l'effort de synthèse, n'est pas poussé jusqu'au bout, d'où les étranges solutions dont nous venons de parler, d'où en particulier le chaos du système successoral, envisagé dans ses solutions de détails alors que les idées générales sont faciles à

dégager » (1). Cette observation fait écho à ce qu'auparavant J. Schacht appelait l'irrationnel dans les élaborations juridiques et aussi à la remarque de Snouck Hurgronje que les *fuqahâ* « n'ont jamais eu comme but d'appliquer des principes définis ni rêvé d'un droit perfectible ».

Non-formelle et mi-positive, l'influence de la *sharîca* est grande sur le droit de la famille, des successions et des fondations pieuses, plus ou moins présente dans le droit des obligations et contrats (2) et nulle dans le droit fiscal et constitutionnel.

2° - *Que le droit musulman est une déontologie.*

Nul bon lecteur de l'Is'am qui n'a été frappé par sa structure intégrationniste et totalitaire. L'imbrication de ses disciplines et matières nous met en présence de vases communicants dont l'un ne peut être conçu sans l'autre. Le *fiqh* nous en offre l'exemple le plus brillant. « Il embrasse l'ensemble des obligations que la loi (*shar'fa* ou *shar'*) coranique impose au musulman en sa triple qualité de croyant, d'homme et de citoyen... » (Lammens). « Muslim Law has always aimed at controlling the religious, social and political life of mankind in all its aspects, the life of its followers without qualification, and the life of those who follow tolerated religions to a degree that prevents their activities from hampering Islam in any way » (Snouck Hurgronje) (3). Bref, de l'existence dans le *fiqh* de l'éthico-normatif ou en terme simple du devoir-être nous ne dirons que quelques mots. Car qu'il soit, pour reprendre une qualification de Snouck Hurgronje, une déontologie, c'est là une évidence qui s'impose dès la première lecture des grands traités en la matière. La jurisprudence musulmane est aussi et en même temps une

-
- (1) *Le droit musulman*, éd. A. Colin p. 127. Pour illustrer ce chaos, nous renvoyons au *Traité des successions musulmanes* de Luciani, 1890 pp. 15-99 qui rapporte des discussions sur la situation successorale de l'homme changé en bête ou en pierre.
- (2) Sur l'absence de pensée formelle dans la conclusion des contrats et leur verbalisme, cf. le tome I de la thèse de Chafik Chehata, *Théorie générale de l'obligation*, le Caire, 1935.
- (3) Cf. On the nature of islamic law, in *Oeuvres choisies de C. Snouck Hurgronje* par G.H. Bousquet et J. Schacht, ed. Leiden E. J. Brill, 1957. Un observateur aussi peu averti en matière d'islamologie que CL. Levi Strauss, n'a pas manqué de constater: « Il y a treize siècles, l'Islam a formulé une théorie de la solidarité de toutes les formes de la vie humaine: technique, économique, sociale, spirituelle, que l'occident ne devait retrouver que tout récemment avec certains aspects de la pensée marxiste et la naissance de l'éthnologie » (*Race et Histoire*, éd. Gonthier, Paris 1961, p. 47).

théorie de la prudence et de l'éthique. Pour s'en convaincre, qu'il nous suffise de lire dans un célèbre ouvrage malékite de vulgarisation : la *Risâlat* de al Qirawânî (m. 390 H. ?) où les éléments de droit côtoient les règles de convenance et de politesse et les articles de foi. « Au nombre de ces devoirs, écrit-il, figurent les cinq suivants : se couper la moustache, c'est-à-dire le pourtour des lèvres, autrement dit l'extrémité des poils qui entourent les lèvres, et non pas la faire disparaître entièrement, mais Allah sait mieux ce qu'il en est ; se couper les ongles, s'épiler les aisselles, se raser le pubis, mais il n'y a pas de mal à se raser les autres parties du corps (...) En chaussant des bottines ou des sandales, on commence par la droite, et pour se déchausser par la gauche. Il n'y a pas de mal à rester debout pour se chauffer, mais il est blâmable de ne marcher qu'avec une seule sandale », etc... (4). Dans la première partie de l'*Ihyâ'* consacrée au *fiqh*, Ghazâlî — nous prenons un shâfi'ite — s'applique à montrer la meilleure manière de se torcher après défécation et d'entretenir sa barbe et ses ongles... Il recommande dans un autre chapitre de ne pas jouer avec sa barbe en société. Les exemples allant dans ce sens abondent et témoignent à travers le *fiqh* du caractère totalitaire de l'orthodoxie islamique (5).

Cependant, si le *fiqh* est posé comme infaillible et détient son pouvoir de la sphère divine, il doit aussi se définir et s'expérimenter dans le monde de l'histoire.

La mise à l'épreuve historique du *fiqh* s'effectue en premier lieu à travers le questionnement. Or lorsque les *imâm-s* — pour ne rien dire des *fuqahâ'* — sont questionnés, ils n'arrivent pas à répondre ou à satisfaire à l'ensemble des questions posées. Ce fait est attesté tout bonnement par Ghazâlî qui dit : « Lorsque Mâlek fut interrogé au sujet de quarante questions il a dit pour trente six : je n'en sais rien. Comme il est arrivé souvent à Shâfi'î et même aux Compagnons de s'arrêter et de ne pas pouvoir répondre » (6). Ainsi là où son influence est moyenne ou nulle, la *shar'â* devra s'accomo-

(4) *Risâlat al Qirawâni*, trad. Fagnan, Paris 1914, p. 23. Dans une traduction de L. Bercher, beaucoup plus profitable, avec le texte original en regard, on peut lire un chapitre de l'ablution, de ce qu'elle comporte d'obligations traditionnelles et d'ordre divin. Du nettoyage par l'eau (*istinjd'*) et par les cailloux (*istijmar*) après la défécation et la miction. On peut lire un autre relatif au nettoyage (*mash*) des chaussures (*khuff*) en passant la main dessus, etc...

(5) Le but essentiellement totalitaire de l'*Ihyâ'* est d'effectuer le contrôle du for intérieur du musulman et de rendre celui-ci musulman vingt quatre heures sur vingt quatre...

(6) *Al Mustasfâ*, éd. le Caire t. II, p. 12.

der du voisinage de la coutume. Celle-ci s'oppose à celle-là comme la nécessité au devoir-être. Pis encore, dans le règne de la réalité et des applications concrètes, il arrivait souvent que le *'urf* compromette les interdictions et les recommandations les plus claires du *Shar'*.

L'étude des rapports du *'urf* et de la *sharī'a* devient extrêmement pertinente à mesure qu'on l'effectue dans un espace social éloigné des foyers d'émergence et de formation de l'idéologie juridique et sociologiquement autre. A cet égard, les pays du Maghreb et particulièrement le Maroc, sont des cas privilégiés. C'est à ce dernier que nous voulons limiter notre analyse, vu la richesse de sens que sa situation juridique paradoxale nous présente. Le Maroc est en effet le seul pays du Maghreb où le malékisme — *madhhab* réputé être le plus rigide et le plus imprégné de l'esprit des prescriptions et coutumes islamiques initiales — installé de fort bonne heure, a pu se maintenir et assurer sa continuité sous les dynasties successives (exception faite, bien entendu, de la période des premiers Almohades). Mais le Maroc est aussi le pays où les zones de droit coutumier sont les plus étendues (principalement les régions berbères. le Souss et le Rif) et où des institutions et pratiques contraires à la doctrine musulmane du droit sont les plus répandues. Par conséquent, le heurt entre le droit coutumier et la doctrine malékite du droit est inévitable et son déroulement intéressant à suivre. Mettons-nous donc à l'écoute des animateurs d'un débat historique où le texte et l'existence, la doctrine et la pratique (*'amal*) livrent toutes leurs forces d'argumentation et de ruse dans une bataille longue et pénible.

L'enjeu du conflit : *Le Muwata'* de Mâlek — traité qui amalgame casuistique, déontologie et droit — formule clairement la théorie qui sera la pierre de touche de tout le malékisme ; il s'agit de l'opposition farouche à la spéculation dans les rapports d'achat et de vente, étant donné que la spéculation comporte des incertitudes et aléas (*al gharar wa ad-darar*). Mâlek dit : « N'est pas valable la vente des femelles avec réserve de ce qu'elles ont dans le ventre. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand un homme dit à un autre : « La valeur de ma brebis laitière est de trois dinars, je te la vends pour deux dinars et je me réserve ce qu'elle a dans le ventre ». Cette convention est interdite parce qu'elle est entachée d'aléa ». L'auteur affirme aussi : « L'usage est parmi nous, de considérer comme aléatoire et incertain, l'achat de ce qui est dans le ventre des femmes ou des femelles, parce qu'on ne sait pas si ce qu'elles

ont dans le ventre sortira ou non. D'ailleurs, si le rejeton vient au monde on ne sait pas s'il sera beau ou laid, complet ou défectueux, mâle ou femelle. Or toutes les différences de qualité impliquent des différences sur la valeur : le rejeton, en effet est — il de telle sorte, sa valeur est de tant ; est-il de telle autre sorte, sa valeur est différente » (7).

L'esprit du Maître médinois sera toujours respecté par les disciples maghrébins. Abrégés et commentaires ne manifestent qu'un souci fondamental : résumer les principes et prescriptions du *madhhab* pour ensuite les commenter...

Tout se passe comme si l'institution revêtait une existence si fantômatique qu'elle inspirait la peur et incitait peu au dialogue. Même les ouvrages de droit dit appliqué (*fi al furu'*), tels le *Mukhtasar* de *Khalil*, la *Tuhfa d'Ibn 'Asim*, ou la *Risâla* d'Ibn Abi Zayd al Qirawâni, continueront à propager la prohibition de la spéculation en s'appuyant sur les messages objectifs des textes. Or des contrats et pratiques éminemment spéculatifs, ne cesseront de passer au su et au vu du *shar'* dans le monde des *mu'âmalât*. Ce fut le cas d'un bon nombre d'institutions dont il serait important pour notre problématique d'esquisser brièvement les formes et finalités en portant notre choix sur celles qui ont fait couler le plus d'encre.

Le *khammâsa* —, c'est une sorte de métayage dont le formulaire ci-dessous donnera moins une définition complète que l'idée qu'elle est une institution accomplie et un fait courant (*ja'î bihâ al 'amal*). Ce formulaire atteste une avance à un *khammâs* et dit : « Louange à Dieu. Doit l'honorable un tel, fils d'un tel, originaire de..., demeurant..., reçue par lui en espèces à titre de prêt, constituant sur sa part dans le *khammâsa* relatif au lieu susdit, afin qu'il exécute tous les travaux d'usage durant l'année en cours.

« La somme ci-dessus sera remboursée au prêteur lorsque ses récoltes seront complètement terminées, conformément aux usages du contrat courant de *khammâsa*. Le travail sera effectué chez le fellah sans qu'on puisse rien lui réclamer à ce titre. Un tel, fils d'un tel, s'est porté garant de la somme ci-dessus pour cautionner le paiement. Témoins, etc... ».

Nous retenons déjà que le *khammâsa* est un type d'association agricole en vertu de laquelle une fellah prête à son métayer qui

(7) Introduction au *Livre des ventes du Muwatta'* de Mâlek Ben Anas, traduit par F. Peltier, Alger 1941, p. 170.

laboure, irrigue et entretient sa terre une certaine somme d'argent (d'autres formulaires mentionnent des denrées alimentaires) qu'il récupère dès que celui-ci touche sa part des récoltes (qui est généralement de un cinquième, d'où l'appellation de *khammâs*). J. Berque résume très bien l'évolution de cette institution et nous en donne de nouvelles précisions : « Le pourcentage du *khammâs* sur la récolte était vers 1935 et de toute antiquité, d'un cinquième sur les récoltes d'hiver et d'un quart sur les cultures de printemps. Ce sont celles-ci (du sorgho surtout) qui constituent la principale nourriture du *khammâs*.

« Depuis 1935, le salariat agricole généralisé par les nombreuses fermes du Rharb, commence à préciser son influence sur le *khammâs* ; le paupérisme des années 35-37 a amené le fellah à avancer régulièrement aux *khammâs*, tous les huit ou dix jours, une quantité fixe de grains, pratique dite de la *simana*, (l'analogie avec le mot français est évidente). Les experts agricoles, « *shùukh el-fellah* », tombèrent d'accord, en 1938, pour ramener à un cinquième le pourcentage touché par le *khammâs* sur les cultures de printemps. Le fait, assez paradoxal, venant en un temps de hausse des salaires, fut de grosse conséquence pour l'économie du pacte coutumier. Diminuant la part de récolte du *khammâs*, il rendait plus difficile encore à celui-ci la restitution des avances perçues, et contribua à le prolétarianiser (...).

« Le *khammâsa* est donc en train d'évoluer, dans le haut Rharb, vers une assimilation au salariat agricole, et cela en dehors de tout recours au *fiqh* » (8). Nous ajouterons que la raison en est que le *fiqh* le prohibe. « C'est un contrat compliqué — dit Si al Mehdi al Ouazzâni dans le commentaire du *al 'Amal al Fâsî* — parce qu'il est en opposition avec la loi du Shar^c, à cause de l'incertitude du montant de la rétribution du salarié et du caractère aléatoire de cette rétribution (...). C'est par nécessité qu'on a autorisé un pareil usage (...) » (9).

Le *khammâsa*, association vicieuse, salariat aléatoire, voilà les jugements de ceux qui parmi les juristes, entendent nier sa réalité au nom de l'esprit et de la lettre du malékisme. Contre ces pieux protestataires, à qui le monde agricole ne dit rien ou n'apporte rien, Abû 'Ali al Ma^cdawî, auteur du *début* du XVIII^e, n'a pas manqué d'écrire une *Defense du Khammâsa*

رفع الالتباس عن شركة الخماس .

(8) Cité par G.H. Bousquet dans le droit musulman par les textes, Alger, 1947, 2^e édition, t. II, pp. 174-75.

(9) *Essai sur la méthode juridique maghrébine*. Rabat, 1944, P. 35.

« Qu'on n'aille point m'objecter, dit-il, que nulle nécessité n'impose spécialement le *Khammâsa*, et que le propriétaire peut bien engager un laboureur, un moissonneur, etc, pour argent sonnante. A quoi je répondrais que pour quiconque s'est mêlé au monde agricole, en a partagé les soucis, l'objection s'avère inepte » (10).

— La *guelsa* (location perpétuelle d'immeubles bâtis) et le *gzâ* (location perpétuelle de terres). — Ce sont des formes déviantes de *habous* dans le sens où ni l'obligation de la limitation du temps d'occupation des lieux habousés ni celle du dessaisissement immédiat par le constituant (*muḥabbis*) — impératifs essentiels du *habous* islamique primitif — ne sont plus respectées (11).

Déjà les premiers docteurs de l'Islam se sont élevés contre deux abus de la pratique du *habous* : d'une part les droits de profit que les constituants continuent à se réserver sur leur *waqf* (« donner et retenir ne vaut ») et d'autre part le habousement qui fait dépendre sa rentrée en vigueur de la mort du fondateur. Cette dernière attitude porte atteinte aux lois de succession et Mâlek et Shâfi'î de la déclarer vicieuse et de juger obligatoire le retour des biens habousés de la sorte aux mains des successeurs légitimes... En conclusion, ces deux pratiques de *habous* sont juridiquement nulles surtout lorsqu'il s'agit de biens immeubles (terres, maisons, palmeraies, etc.) (12).

Le développement des *habous* dans les temps postérieurs nous fait assister, notamment sur le terrain de l'Occident musulman à de véritables coups de théâtre. Tout se passe comme si les prohibitions

(10) Le texte intégral est traduit et annoté par J. Berque dans *Etudes d'Histoire rurale maghrébine*. Editions internationales, Tanger, 1938.

(11) Ce n'est après tout que grâce à une bonne volonté que Bokhari a pu faire remonter l'origine de la prescription du *habous* au prophète de l'Islam, tirant argument de traditions extrêmement faibles. Dans son livre des Testaments, à la page 117, il cite Anas et Abû Horaira qui rapportent que le Prophète vit un homme qui conduisait une victime ». Il lui dit : « Monte-là ». L'homme lui répondit « Oh, envoyé de Dieu, c'est une victime ». Le Prophète lui dit, à la deuxième ou troisième fois : Monte-la ou malheur à toi ». Bokhari tire de ce hadith les significations les plus inattendues : 1°) Dans ce hadith, si au lieu de l'animal sacrifié il s'agissait d'un bien immeuble, le Prophète aurait parlé de *waqf*. 2°). Que celui qui fait le sacrifice d'une bête ou constitue un *habous* peut en tirer profit. (1) Quant aux imâm-s, conscients de l'inefficacité de tels recours, ils se tournèrent plutôt vers la tradition des compagnons et s'acharnèrent sur le modèle de C. Omar qui fit donation de sa terre à Khaïbar...

(12) Cependant Mâlek fait exception des biens meubles, des chevaux ou des armes qui peuvent être au bon gré du propriétaire, prélevés sur son capital de succession et faire l'objet de donation entière.

islamiques en matière de pratiques de *waqf* indiquaient à contrario, les chemins bons à suivre. Pour en constater les effets sur pièces, il nous suffit de les lire au hasard dans les recueils d'actes et de jugements du siècle dernier, relatifs aux *ḥabous*. Le recueil de E. Zeys et Sidi Saïd (Alger 1886) relate à la page 173 un acte de constitution de *ḥabous* hanéfite :

« Louange à Dieu !

« Par devant ses deux assesseurs..., a comparu..., il a témoigné contre lui-même se trouvant dans l'état exigé par la loi, qu'il ^ha-bousait, immobilisait à perpétuité (13) ce qu'il possédait en fait d'immeubles (...)

« Le présent *ḥabous* est institué d'abord au profit du constituant lui-même (14), au point de vue de la jouissance de ses produits, pendant toute la durée de sa vie (...).

« Le *ḥabous* est éternel ; cette immobilisation est perpétuelle ; il sera interdit de vendre la maison *ḥabousée*, de la donner, de la comprendre dans le partage de succession (15 et cela jusqu'à ce que Dieu hérite de la terre et de tout ce qu'elle porte, car il est le meilleur des héritiers (...)

Le *guelsa* et le *gzâ*, sur lesquels nous portons notre attention, assument ces trois conditions : 1) la perpétuité de l'immobilisation ; 2) le droit du fondateur de jouir de son *ḥabous* durant toute sa vie ; 3) l'interdiction d'intégrer les choses *ḥabousées* dans les biens de succession.

Sur l'origine de ces institutions, nous savons peu de choses, mais ce qui se dégage des écrits des juristes et *mufti-s* de la basse époque c'est que certaines sont fort anciennes et que seule la coutume les fonde toutes.

« Ce droit de *guelsa* est-il licite ou non ? Que décide sur cette question la loi ? La réponse d'al Majjâci est que la *guelsa* est parmi les choses mauvaises auxquelles les hommes se sont habitués, elle n'a pas en effet sa source dans la *chari'a*. Les premiers *oulama* n'en ont jamais fait mention : que Dieu préserve les gens et les *ḥabous* de ces innovations profanes.

« D'après les opinions contenues dans les réponses de nos maîtres, tels que Sidi Ahmed Ben Djedjal, Sidi Abdelouahid Ben Achir

(13) (14) (15) - C'est nous qui soulignons.

(16) et Sidi Ahmed Al Maqqari, la *guelsa* est en contradiction avec les textes de la chari'a.

« Sidi Mohammed Ben Souda est de leur avis. Cependant, étant donné que la *guelsa* est au nombre des coutumes bien établies, certains *oulama*, dont la manière de voir est juste, ont été d'avis qu'on pouvait la pratiquer et la présenter sous une forme juridique ». (17).

L'origine du *gzâ remonte*, dit-on, aux premiers siècles de l'hégire. Quant à la *guelsâ*, son apparition serait la conséquence de la dilapidation des *habous*, contemporaine de la décadence de l'empire des Mérinides et des désordres des dynasties chérifiennes. L. Millot la date et dit : « Ainsi en trois ou quatre siècles, du VII^e au X^e siècle de l'hégire, la *guelsâ* prend naissance, se développe et trouve sa forme définitive » (18).

Quant à la finalité du *gzâ* et du *guelsa*, les auteurs maghrébins l'identifient au droit de jouissance perpétuelle. Ceci est clairement exprimé par un passage d'une *fatwa* de 'Abd al Qâdir al Fasî traduite par L. Millot :

« La base des institutions dont il s'agit est la *menfa'a* acquise par contrat de location. Pas de différence sur ce point entre boutiques et terres et autres objets. Dans chaque cas il y a un contrat de bail, même si la durée et les délais ont été successivement renouvelés. La règle est que quiconque a acquis une *menfa'a* peut en jouir par lui-même ou se substituer une autre personne.

« Al-Qarâfi dans ses *Distinctions* a dit, (30^e Distinction) : « le bénéficiaire de l'*intifâ'* suppose que le bénéficiaire l'exercera en personne,

(16) « Les *guelsa*, dit 'Abd al Wahid Ben 'Ashir, n'ont pas de base juridique. Néanmoins, les gens de Fès ont pris l'habitude de les observer et d'y recourir ». Voir *Al 'Amal al fâsi* (de Abû Zaïd 'Abd ar-Rahman Ben Cabd al Qadir al-fâsi (1040/1630-1096/1685), poème didactique en 430 vers avec commentaire de As-Sijilmâsi, édition lithog. Fès, 1291, t. I, Chap. du louage, f° 61, p. 4. pour les extraits tirés du 'Amal nous nous reportons à la traduction de L. Millot in *Démembrements du Habous* (Publications de l'Ecole Supérieure de Langue arabe et de Dialectes berbères de Rabat, tome II, 1918).

(17) Cf. *Nouazil de Mohammed Ben Al Hasan Al Medjâci*, trad. E. Michaux - Bellaire et P. Paquignon, *Revue du Monde musulman*, 1911, t. XIII, p. 239. Notons au passage que la *menfa'a* est connue et pratiquée aussi bien en Algérie, en Tunisie qu'en Egypte respectivement sous les noms : *canâ*, *inzâl* et *kholou*. Le *kholou* est passé à l'état de coutume au Caire et dans les autres villes nous dit Al Ujhuri, citant Al-Laqa'ni ('Amal. t. I. f° 61, p. 7).

(18) *Démembrements du Habous*, chap. Le milieu historique, notamment pp. 39 - 45.

le bénéfice de la *menfa'a* est plus étendu : le bénéficiaire l'exerce par lui-même ou en cède à autrui l'*intifâ'*, à titre *onéreux* — comme par location. ou à titre gratuit, comme en prêt à usage ».

En un mot, l'*intifâ'* limite le droit de jouissance à une personne et la *menfa'a* — d'ailleurs la plus populaire — permet la multiplication des bénéficiaires intermédiaires.

Aux défenseurs de ces institutions, il a fallu beaucoup de courage pour les fonder sur le principe de leur réalité même, se passant ainsi de toute base juridique légale. Leurs détracteurs ne cesseront d'exhiber les textes de la *shari'a* attestant la nullité desdites institutions. « La *guelsa*, dit miyârâ, est un moyen de faire ce que le *Sharf* interdit et tout ce qui prête son concours à ce qui est illicite est illicite, par cela même. Le fait qu'une telle vente est de jurisprudence n'est pas suffisant pour la rendre licite. Plus tard les innovations en ont fait ce qu'elle est » (19).

Sijilmâsi conclut : « la *guelsa* ne puise pas sa justification dans les principes du *Sharf* ; elle n'est pas non plus assise sur le *qiyâs* » (20).

Toutefois des *fuqahâ'* ont posé deux conditions pour rendre licite une forme de *guelsa*. « Le seul cas où la *guelsa* est licite — dit Abou-I-Fadl Rashîd — est celui où le contrat porte sur une boutique, ou autre local dans lequel le locataire a procédé à une installation, pour un terme connu et déterminé, et où, à l'échéance le contrat est renouvelé... Si cet acte n'est pas renouvelé, le locataire ne pourra s'opposer à ce que le propriétaire dispose de sa chose, étant donné qu'il n'est ni associé ni copropriétaire. Tel est le droit le plus dur ; telle est la règle du *Sharf* » (21). Or comme le souligne L. Millot : « La *guelsa* et le *gzâ* font échec à ces règles à deux points de vue :

1) Le but poursuivi par les deux parties est, moyennant le versement d'un loyer minime, d'obtenir l'établissement à demeure de l'installation de boutique, de la construction ou des plantations, c'est-à-dire un droit de location perpétuelle.

2) La cession du *guelsa* et du *gzâ*, sous forme de cession de bail compliquée de vente de matériel de boutique et de construction

(19) *Amal*, t. I, f° 61, p. 5.

(20) *Ibid.*, *idem*...

(21) *Camal*, t. I, f° 61, p. 3.

ou de plantation enfreint elle-même la règle que nulle vente n'est valable si l'objet est déterminé » (22).

Tout l'enjeu du conflit semble donc résider dans la durée de jouissance ; perpétuelle selon les « praticiens », délimitée disent les docteurs de la loi. Le 'Amal, voulant parfois simuler sa conformité à l'esprit du *shar'*, ne manquera pas d'user de stratagèmes et de ruses : « Le locataire procédera à une installation (matériel de boutique, de meunerie, construction, plantation) qu'il vendra ensuite avec, au profit de l'acquéreur, stipulation de demeure perpétuelle sur les lieux. Mais les docteurs de la loi ont fait vite de déjouer la ruse ; l'opération n'est qu'une cession de bail déguisée ; pas plus que le cédant, le cessionnaire ne saurait avoir acquis un droit perpétuel de jouissance ». (23).

Nous laissons de côté d'autres institutions coutumières formellement similaires telles que la *safqa* et l'*istighrâq* dont l'analyse ne pourrait que prolonger le débat sans pour autant changer les termes du problème.

La physionomie du problème semble maintenant s'identifier aux dimensions d'une distorsion opérée historiquement entre les corpus juridiques dominants et la pratique jurisprudentielle, ou en termes généraux entre le discours et l'institution. Non seulement vécue, cette distorsion a été aussi perçue et conceptualisée. Elle a eu ses témoins et ses théoriciens. En voici sommairement les expressions antinomiques :

<i>Shari'a</i> (loi)	←→	' <i>Urf</i> (coutume)
<i>Hukm as-shari'a</i> (statut juridique légal)	←→	<i>Hukm al 'Ada</i> (statut juridique coutumier)
<i>Al mashhûr</i> (le dominant)	←→	<i>As-shâdhûh</i> (l'exception)
<i>Al mahdhur</i> (Le prohibé)	←→	<i>Ad-darûra, al maslaha a waqtiyya.</i> (exceptio necessitas, exceptio utilitatis)
<i>An-nass</i> (le texte)	←→	<i>At-ta Câmul</i> (les rapports sociaux)
<i>Ijtihâd</i> (idéalisme juridique)	←→	<i>Tâqlîd</i> (réalisme juridique)

(22) *Démembrements du Habous*, p. 17.

(23) *Ibid.*, p. 34.

Et voici maintenant, sur ladite distorsion, une attestation édifiante — entre autres — tirée du *al 'Amal al Fâsî* (24) :

وما به العمل دون المشهور مقدم في الاخذ غير مهجور

« La jurisprudence pratique doit être préférée à la doctrine dominante. On ne doit pas s'en écarter ». Sijilmâsî commente : « L'auteur veut dire par là qu'une opinion isolée (d'un docteur) consacrée par la jurisprudence des cadis, si cette jurisprudence est fixée dans ce sens, doit être préférée à la doctrine dominante. Les cadis doivent la suivre ; et le fait que la jurisprudence est contraire à la doctrine générale, n'est pas une cause de la nullité de ses jugements. (...) Le glossateur Ya'ish ash-Shâwi a écrit sur la doctrine dominante : « Il n'y a pas d'incompatibilité entre la jurisprudence et la doctrine non-dominante. La doctrine non-dominante consacrée par la jurisprudence doit être préférée à la doctrine dominante. Pas d'hésitation sur ce point. ولا وجه للتنظير في ذلك . »

Le Sheikh Mustafâ a dit ; (chapitre du Divorce de sa Glose) « Que de cas où la jurisprudence est contraire à la doctrine générale ! ». كم من شيء جرى العمل به والمشهور خلافه .

Ce texte serait des plus clairs. D'autres du même *'Amal* échappent peu à l'ambiguïté ou à l'ambivalence. Mais de l'ensemble qui se présente à nous, nous pouvons retenir trois attitudes :

1. - Attitude de volontarisme réconciliant.

Elle se fonde sur la volonté de dépasser en la liquidant la contradiction entre le « dominant » et la pratique (le *mashhur* et le *mâ jarâ bihi al 'Amal*). Le raisonnement est le suivant : dans son système, Mâlek fait une large part à la coutume. Le *'Urf* (coutume) ayant valeur d'*ijmâ'* (consensus) et l'*ijmâ'* étant un *asl* (fondement), donc le *'Urf* est aussi un *asl* (25). Ces identifications permirent — il est vrai — à certains auteurs de justifier le *khammâsa* par la *mughârasa* et la *musâqât* (colonats partiaires portant sur des arbres fruitiers) tolérées — semble-t-il — par la loi, encore que leur physionomie tant pour le mode d'exploitation que pour le partage du rendement est tout à fait autre.

Derdir, commentateur de *Khalîl* a écrit dans le même esprit

(24) *'Amal*. Chapitre du jugement, du serment et du témoignage, t. II, f° 16, pp. 6 - 8.

(25) Cf. D. Santillana, *Istituzioni di diritto malichito*, Roma, Istituto per l'Oriente t. I, pp. 48 ss (2^e édition).

que : « Pour tout ce qui est consacré par l'usage en cette matière, l'usage devient une norme d'entre les normes juridiques » (*al 'urf qa'ida min qawâ'idi al fiqh* (26). Tirant parti de cette réflexion, et d'autres passages dispersés dans les commentaires et Gloses, Fagnan, comme Perron et Morand, éminents spécialistes des affaires juridiques musulmanes, prétendirent que le 'urf est une source fondamentale de la loi » (27). Or, cette interprétation repose sur deux bévues :

a) Dans la langue arabe — et notamment dans la maghrébine — le mot 'urf peut parfois avoir tantôt le sens de *mârûf* (le bien), tantôt celui d'usage de langage. J. Berque a raison de faire remarquer que « Dans le passage de Derdir cité par Fagnan à l'appui de sa thèse :

(...) ولكن العرف أصل من أصول الشرع يخصص العام ويفيد الأخص

il s'agit plutôt d'un passage de critique philologique où (isl) paraît signifier présomption et ('urf) usage de langage ». Il conclut : « Il ne s'agit ici que de l'usage qui fournit au juge des présomptions, et, en l'absence de stipulation, a valeur supplétoire, sans plus » (28).

b) Étendre le respect de Mâlek pour les coutumes médinoises à toutes les formes de coutumes que l'histoire peut engendrer serait une erreur d'extrapolation. Faut-il préciser que la codification du 'urf de Médine au temps du Prophète n'exprime que sa volonté de remonter aux sources vives de la première geste islamique et de les traduire en traditions.

2) Attitude d'ambivalence

Elle maintient la dichotomie *mashhûr* / 'amal mais proposé

(26) Cité par Fagnan, *Mariage et répudiation*, 1909, p. 6, n° 1.

(27) Notons au passage que l'effort d'islamisation du droit coutumier se reconnaît à la politique de pacification du Maghreb menée par la colonisation française. Il tend essentiellement à montrer les occupants comme soucieux de la conservation du droit musulman et respectueux des coutumes locales. De ce respect de la spécificité du droit islamique en général et coutumier en particulier, R. Montagne se fait l'écho en écrivant : « Isoler le droit de ce qui le conditionne, chercher dans son expression la trace de nos conceptions abstraites, c'est s'exposer lorsqu'il s'agit de sociétés barbares à de lourdes méprises. C'est en restituant au contraire l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'urf naît, se développe ou disparaît, qu'on peut comprendre sa nature et apprécier son importance ». (R. Montagne et M. Ben Daoud, « Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du Sud-Marocain », *Hespéris*, 1927, 4^e trim. t. VII, p. 403). C'est d'ailleurs à la lumière de ces remarques entre autres qu'il faudrait lire le fameux *dahir* berbère de 1930.

(28) *Essai*, op. cit., p. 48.

une conduite vaguement pragmatique pour la résoudre. Un texte d'al Majjasi dit : « Le fait, pour un cadî, de s'écarter de la jurisprudence de son pays est une cause de suspicion et de reproche ; nous devons, en effet, observer la conduite de nos ancêtres. Mais on ne doit suivre que la jurisprudence bien établie. Partout ailleurs, il faut s'en rapporter à la doctrine générale » (29). Généralement cette attitude consiste à avaler les coutumes en fermant les yeux ou en ronronnant le *latîf*.

3) Attitude de défiance.

Elle ne se dévoile comme telle que lorsqu'elle est à court d'arguments « légaux » dont la teneur n'est par ailleurs que fictivement établie. Un dict coranique est souvent cité : « Sois bienveillant ; ordonne selon l'usage » ; un hadîth aussi, s'adressant à Hind, épouse de Abû Sufyân : « Mange avec ton enfant, dans la mesure fixée par l'usage ». Il s'agit là encore d'une confusion volontaire entre *'urf* au sens éthique (*ma'rus*) et *'urf* au sens sociologique profane (coutume, *'amal*)... Mais c'est le second imâm hanéfite Abû Yussof Ya'qûb — véritable promoteur du développement des *habous* — qui donne à ladite attitude le plus d'appui. On peut résumer ainsi son argumentation audacieuse qui va jusqu'à démanteler la nature transcendante du *nass* (texte) : le texte n'est en réalité que l'expression de la coutume du temps du prophète, celui-ci ne manquait pas de soumettre le texte aux modifications du *'urf*... Donc si la coutume change, elle peut aussi modifier le texte.

Cependant, ces références ne sont en général mobilisées que par ceux qui persistent à réparer l'irréparable. Car le seul fait sur lequel les principaux animateurs des deux camps s'entendent c'est que le *'amal* ne saurait objectivement acquérir un fondement juridique légal. Ainsi, ne pouvant même pas couquerir de force au niveau du *mashhur* ou des bases justificatives, la « pratique » se donna pour base le principe de son existence même et pour critère de validité juridique la preuve de son fonctionnement. Base et critère de validité qu'elle théorise par le recours aux.

ولذا كان العمل بالشاذ مرجحا له ودليلا على رجحانه (30)

Base et critère de validité qu'elle théorise par le recours aux notions et concepts sus-cités, produits de la vie sociale et économique de l'époque. Du point de vue historique cette dernière attitude est d'intérêt capital. Elle repose sur des preuves dont

(29) *Camal*, t. II, f° 16, p. 6.

(30) *Camal*, t. II, f° 16, p. 6.

la portée est éminemment sociologique. Son mérite est de mettre au clair :

a) Que la coutume ne saurait se fonder sur l'*ijmâc* au sens classique qui est un *asl*. « Lorsque les *culamâ*, affirme Mustafa, disent : « Telle est, ou a été la jurisprudence », cela signifie que cette solution a été posée par les *imâm-s* et qu'elle a été ensuite consacrée. Lorsqu'ils disent : « Telle est la coutume », cela signifie simplement : « Telle est la manière de faire du commun », sans que cette conduite repose sur l'opinion doctrinale ou jurisprudentielle » (30).

b) Que l'intérêt public temporel (*al maslaha al waqtiyya*) prime toute autre doctrine, fût-elle dominante.

c) Que la spécificité des pratiques locales ou nationales (*mâ jârâ al 'amal bih fi-l-bilâd*) est un fait indéniable qu'il serait absurde d'ignorer. Le °Amal al Fâsî dit : « Quant aux solutions jurisprudentielles données comme reposant sur la coutume, conforme aux intérêts généraux et à l'évolution sociale : c'est là une question d'ordre général, et la solution jurisprudentielle pratique constitue ici un argument décisif dont il n'est pas permis de ne pas tenir compte ». Dans son commentaire, Sijilmâsî précise : « La jurisprudence particulière à un certain pays ne doit pas être généralisée à d'autres pays... C'est une application du principe que le jugement bâti sur la coutume varie avec la coutume elle-même. Quant à la jurisprudence qui repose sur l'intérêt général, son caractère de généralité est également évident et elle ne doit pas être appliquée simplement à un pays déterminé » (31).

Les auteurs des *pratiques et Nawâzil*, bien que la clarté rhétorique (le *bayân*) se dérobe souvent à leur réflexion, inaugurent ainsi un profond remaniement de la vision traditionnelle du monde en y incorporant comme pierre de touche l'objet social et la dimension vécue et quotidienne du temps, (*al waqt*).

d) Que le *taqlîd* est une norme sociale. Le terme *taqlîd* au sens traditionnel (conformisme aveugle, singerie) subit chez nos auteurs un déplacement de sens. Il devient synonyme d'intégration sociale et d'observance des principes de la jurisprudence pratique. C'est, si l'on veut, l'imitation au sens tardien, une forme privilégiée de sociabilité.

« Cette jurisprudence pratique, dit Miyâra, même si elle constitue une opinion doctrinale isolée, doit être suivie » (32).

(31) Cité par L. Millot, dans *Démembrement du Habous*, op. cit., pp. 25-26.

« Tout ceci, résume al Majjasi, revient à dire explicitement que le *cadi* doit être tenu de suivre la jurisprudence de son pays et que le fait pour lui d'y déroger le rend nécessairement suspect ».

« Si la considération d'ordre politique (*bi-muqtada as-siyâsa*) oblige le *mujtahid* à suivre la jurisprudence de son pays, à plus forte raison en est-il de même pour le *muqallid*. Les principes du *fiqh* ne conduisent nullement à une solution contraire » (33).

Le seul fait pour un légiste en mauvaise posture sociale de condamner le *taqlîd* ainsi exposé, en faveur du *taqlîd* du *salaf* le met en droit de s'arroger le titre honorifique et creux de *mujtahid*.

Quel sens donner enfin à ces attitudes intellectuelles et à ces controverses longues, pénibles et d'allure souvent dramatique ? Y voir l'expression de la lutte éternelle entre le Mal et le Bien, le Vice et la Piété serait appliquer aux choses humaines un traitement universel, c'est-à-dire vide ou à tout le moins mal informé. Derrière ces débats se joue en vérité un conflit d'intérêts entre les défenseurs de la réalité du texte et les partisans du texte de la réalité. Du sort de chacune de ces deux grandes options dépendait la position du statut et du rôle de ces protagonistes dans la société.

Concluons. C'est pour répondre aux exigences de la nécessité et aux changements de mœurs et coutumes dans les pays que des livres de pratiques et de *fatwa-s* (*La Pratique générale, La Pratique de Fès, les Nawâzils*) se constituèrent et résorbèrent progressivement les manuels et les grands livres de *fiqh* (34). C'est ainsi que ni le juriste de métier, ni le sociologue ne trouveront dans ces derniers des réponses pertinentes et précises à leurs questions sur les rapports sociaux, la nature et le fonctionnement des organisations juridiques au cours de l'histoire concrète de l'Islam. Ils iront les chercher du côté de ceux qui sont censés être pénétrés du sens du quotidien et de l'imprévu et qui traversent des expériences pratiques *d'ijtihâd* : *râli-s* et les *mufti-s*. Les recueils de *fatwa-s* qui n'ont mérité de la part des grands *fuqahâ'* et légistes que mépris et négligence, revêtiront une importance capitale et serviront d'instrument précieux de travail pour celui qui veut s'informer sur les sociétés arabo-musulmanes à différentes époques de leur existence. C'est que le *fiqh* clas-

(32) *Camal*, op. cit., t. II, f° 17, p. 1.

(33) *Camal*, t. II, f° 17, p. 1.

(34) *Camal*, t. II, f° 16, p. 8.

sique ne dit rien sur le monde (35). Bien plus, c'est pour endiguer les fluctuations et contingences historiques qu'on brandissait les textes et qu'on sollicitait le secours de l'Écrit... Ainsi, dans la montée rapide du discours juridico-théologique, l'être concret était refoulé progressivement dans des bas-fonds obscurs ou réduit à une pauvreté extraordinaire.

L'aliénation du *fiqh* par rapport au monde de l'histoire est ce que nous pourrions appeler la déchéance historique du *fiqh*, en résumant ainsi les innombrables observations sur la rupture qui s'est opérée entre le *fiqh* et la pratique jurisprudentielle.

Jusqu'à présent, nous n'avons fait que brosser un tableau succinct des modes de rapport et de rupture entre le *fiqh* théorique et les recueils de *fatwa-s* juridiques. Mais si nous avons traité de ces derniers dans les cadres d'un passé défunt ou récent, nous ne pourrions nous empêcher de voir dans quelle mesure les *fatwa-s* se définissent aussi par leur rapport au présent et à l'avenir. A ce niveau, nous ferons vite remarquer leur inopérance de plus en plus croissante.

Nous savons avec quelle lucidité, non exempte d'amertume, M. 'Abdouh, le grand mufti d'Égypte, notait la mauvaise foi des *mustafti-s* et le désenchantement des règles et prescriptions de l'éthique socio-économique traditionnelle. « Les Musulmans, dit-il, ne tiennent plus compte de la religion dans la plupart de leurs actes » (36).

Jamais dans l'histoire du monde arabo-musulman, la conscience du changement social n'avait atteint-bien que dans des sens apparemment opposés — un stade d'acuité et d'agitation pareil à celui de l'époque contemporaine. C'est qu'à cette conscience adhérent non seulement les libéraux modernistes, mais aussi les courants fondamentalistes qui conçoivent le changement comme reconquête de l'identité profonde. Pour nous limiter à ces derniers, bien que leurs frontières avec les tendances libérales ne soient pas aussi bien tracées, disons que seule une psychologie des intérêts peut déceler de l'intérieur les motivations cachées des appels aux réformes sociales animées par le principe du retour aux sources. En effet, les chocs et changements survenus dans les pays arabo-musulmans depuis déjà la première moi-

(35) Signalons que les ouvrages du genre *Amal* et *Nawāzil* sont délibérément exclus des universités de l'enseignement traditionnel.

(36) Gibb disait que « La shari'a représente pour les musulmans tout ce que représente la Constitution pour les États-Unis d'Amérique ». (*La structure de la pensée religieuse de l'Islam*, p. 35). Il faut ajouter que cette représentation n'a plus actuellement aucun contenu réel.

tié du XIX^e siècle ne se sont pas produits sans entraîner des aménagements sensibles dans les structures des vieilles organisations sociales. La modernisation de certains secteurs de l'économie, la phénomène naissant de l'industrie et l'emploi des personnels d'experts et de conseillers techniques menacent on seulement les positions d'antan des cadres de '*ulamâ*' et *mufti-s*, mais aussi leur existence même. Ceux-ci, de plus en plus mis en quarantaine, délaissés et non-consultés, ressentent un désarroi profond. Ainsi le hiatus entre leur statut formel et leur rôle véritable ne cesse de s'accroître. Les '*ulamâ*' qui ont adopté, lors de la phase coloniale, des positions nationalistes, étaient animés principalement par des visées socio-religieuses. Leur appel au retour aux sources peut se traduire en termes sociologiques par leur besoin de reconquérir leur *statut quo ante*, consacré par la société traditionnelle. La phase de décolonisation est venue le désabuser et réduire leurs *fatwa-s* et sentences à un jeu de formalités et de surenchères.

Le seul emploi des élites de '*ulamâ*' et *fuqaha*' qui reste encore possible se situe au niveau de leur complicité avec les pouvoirs politiques et les systèmes de contrôle dominants. Anouar Abdel-Malek note bien ce fait à propos même d'un '*Abdouh*' : « Un deuxième trait de la pensée de Mohammed 'Abdouh va peser, d'une façon plus voilée, mais peut-être plus pernicieuse, sur la pensée égyptienne. Certes, le pragmatisme dont il se fait l'adepte va permettre aux ulémâs éclairés de fournir une interprétation acceptable de la religion ; il permettra à l'Etat de légiférer et d'avancer sur la voie de la modernité. Mais il va surtout encourager une tendance solidement implantée en Egypte, celle de l'adaptation de penseur-scribe aux besoins du pouvoir et l'hésitation devant tout effort de théorisation qui risquerait, en se plaçant en dehors du cadre idéologique national, de faire des philosophes qui s'y aventureraient des parias étrangers au corps même de l'*ummah* ». (37) Quant à la masse des animateurs des vieux cadres religieux, s'ils ne deviennent des fantômes en turbans, réduits à la mendicité ouverte ou déguisée, ils passent du côté du lumpen-fonctionariat. Le savoir de ces cadres qui fait partie intégrante de l'histoire ancienne des cités traditionnelles (Fès, Kairouan, Le Caire etc) se réduit à un ensemble de savoir-reminiscence intraduisible en termes de savoir-faire et de conduites constructives.

La crise de « déréalisation » qu'il ne cesse de subir ramène ces cités à elles-mêmes et les jette de plus en plus dans leurs pro-

(37) Rashtid Ridâ, dans *al-Manâr*, 9, 1324/1906, p. 345.

blèmes réels de développement économique et social, en somme des problèmes d'existence.

Déchéance historique du *fiqh*, inopérance des *fatwa-s*, désenchantement des cadres de *'ulamâ* et *mufti-s* ; mais où en sommes-nous de l'idéologie jurisprudentielle traditionnelle ?

L'insertion du monde arabo-musulman dans l'ère de l'économie moderne et de la technique s'effectue sur des modes particulièrement dramatiques. Non seulement elle le met en présence de la disparition progressive de ses catégories cognitives traditionnelles, mais elle le dépouille aussi de ses champs sémantiques qui ont depuis des siècles structuré ses discours. Ainsi, lourdes de toutes leurs déterminations traditionnelles, les notions et catégories de l'appareil conceptuel juridique classique ne peuvent plus être opérantes ni efficacement concluantes quant à la connaissance et à la rationalisation du réel historique présent. Dans le mouvement de celui-ci, elles n'interviennent déjà qu'en état d'ossification et comme pures fixations sémantiques. Du coup, c'est toute la compréhension du monde en mouvement qui se trouve avortée et sa connaissance par conséquent déformée (38). Les tentatives même de rendre à la vie cet appareil conceptuel (de le « refunctionaliser »), peu attentives à l'impact de son histoire idéologique (significative) ou fortes de ce même impact, aliènent encore davantage son identité purement linguistique dans l'histoire de ses déterminations idéologiques traditionnelles. De ce fait, ces tentatives reculent paradoxalement le retour de l'origine et se condamnent elles-mêmes au piétinement dans des réformes de type retardataire.

Ben Salem HIMMICH

(38) *Idéologie et renaissance nationale, l'Égypte moderne*, éd. Anthropos, Paris 1969, pp. 403-4.

(39) Rappelons, dans ce sens l'exemple typique que cite K. Mannheim du « propriétaire terrien, dont les terres sont devenues une entreprise capitaliste, mais qui s'efforce encore d'interpréter ses rapports avec ses ouvriers agricoles et sa propre fonction dans l'entreprise, au moyen de catégories rappelant l'ordre patriarcal. » (*Idéologie et utopie*, tr. fr., éd. M. Rivière et Cie, Paris, 1956, p. 105).