

L'islam : source d'inspiration du droit marocain

LAHOUSSINE BELLOUCH *

Comme avaient dit Bouderbala et Pascon « le droit positif marocain actuel est un système complexe dans lequel on reconnaît un petit nombre de strates juridiques déposées par l'histoire ». ¹

Effectivement, durant son histoire le Maroc a connu le passage de plusieurs dynasties musulmanes. Les Arabes venus de l'orient, porteurs de l'islam, ont cohabité avec les Amazighs (les berbères). Il a été l'objet, de 1912 à 1956, ² d'un double protectorat espagnol au nord et au sud et français au centre.

Cet état de choses a généré le développement d'un système juridique complexe et difficilement accessible. La complexité que revêt l'ordre juridique est dû à l'existence de nombreuses interférences entre plusieurs ordres normatifs différents. Cette complexité ne peut être comprise sans analyser les registres et répertoires juridiques dont il s'est inspiré. Ce qui nous amène à étudier les sources du droit marocain (I) avant de se lancer dans le vif du sujet qui est l'influence du Droit musulman sur le droit marocain (II).

JURISMAT, Portimão, n.º especial, 2014, pp. 15-31.

* Professeur, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Université Ibn Zohr d'Agadir.

¹ Bouderbala N. et Pascon P., Le droit et le fait dans la société composite, essai d'introduction au système juridique Marocain, B.E.S.M., n° XXXII-117-avril-juin 1970. V. aussi: Messaoudi L., Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc, Revue internationale de droit comparé, Vol. 47, n° 1, janvier-mars 1995, pp. 146-154.

² Le protectorat est le fruit du traité franco-marocain, conclu à Fès, le 30 mars 1912. Il dura jusqu'à 1956.

I Les sources de droit marocain

Au Maroc, comme partout ailleurs, les sources de droit diffèrent d'une discipline juridique à une autre. Si la loi prend une grande place dans toutes les disciplines, chaque branche a ses sources spécifiques : en droit social, il existe les normes négociées, en droit pénal, on tient compte du principe de la légalité, en droit commercial il est question d'usages, et en droit administratif, l'intérêt est porté à l'acte réglementaire et à la jurisprudence.³ Néanmoins, le droit musulman continue à être la source de référence du droit marocain bien que ce dernier connait d'autres sources d'inspiration qui sont la coutume et le droit français et européen.

1) Le droit musulman⁴

A l'origine, la charia désigne tout ce qui se rapporte à l'acte de tracer une voie vers une destination donnée. Ibn Al Athir a défini la charia comme étant « ce que Dieu a tracé comme préceptes à observer ». L'objet de ces préceptes est tout ce qui se rapporte aux actes individuels du musulman dans ses rapports avec Dieu et avec ses semblables.

Le droit musulman obéit à des principes qui sont connus sous l'appellation : *ousul al fiqh*. La première source du droit musulman est le Coran, qui est la parole de Dieu. La deuxième source est la Sunna, qui regroupe les dires ou Hadith et les faits du prophète Mohammed.

Lorsque le Coran et la Sunna ne fournissent pas la solution d'une difficulté donnée, on fait appel au consentement unanime de la communauté (*umma*) musulmane (*I'ijmaa*), et si ce dernier fait défaut, on recourt au raisonnement par analogie (*kiyas*)

On est en présence de l'*ijmaa* lorsque la communauté musulmane guidée par ses savants, affirme que telle est la règle de droit. Tout se passe comme si cette communauté avait été inspirée par Dieu.

Le *Kiyas* est un procédé par lequel une règle posée par un texte – verset, hadith ou *ijmaa* – est appliquée à des cas non compris dans ces textes, mais commandée par la même raison (*illa*).

³ Voir les difficultés qu'il y'a à cerner les sources de droit privé et à enseigner l'introduction à l'étude du droit dans: Deumier P., La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude de droit, RDA, février 2012, p. 31 et s.

⁴ Pour plus amples détails sur le droit musulman, v. Milliot L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, 2001; Blanc F.-P., Le droit musulman, connaissance du droit, 2^e éd., 2007.

Le droit musulman n'est pas un droit figé dans le sens où il encourage l'ijtihad qui est l'effort d'interprétation ou de pénétration dans le sens intime du coran et de la sunna pour y puiser la règle applicable au cas à résoudre. L'ijtihad a généré un amas de livres de doctrine (fiqh), qui est le fruit des siècles de l'interprétation des oulémas ou docteurs de droit musulman.

Le droit Musulman intègre la coutume (ourf) comme source de droit, ce qui permet une certaine spécificité juridique propre à chaque société.

Un ensemble de règles juridiques dites al quawaid al fiqhia⁵ est le fruit d'ousul al fiqh, telles que :⁶

- la nécessité rend licite le réprouvé,
- le proscrit pour soi devient licite en cas de nécessité,
- le proscrit pour un tiers devient licite en cas de besoin,

Le droit musulman permet de ne pas se conformer à certaines prescriptions lorsqu'elles s'opposent aux intérêts supérieurs qu'il convient avant tout de préserver.

Le droit musulman peut tenir compte du bien commun (maslaha), et ce dans trois domaines :⁷

- le domaine qui n'est l'objet d'aucun texte de la charia,
- le domaine où domine la diversité jurisprudentielle et d'opinions,
- le domaine qui favorise la réalisation d'une réelle action de bien.

Ces domaines peuvent faire l'objet de textes législatifs en prenant en compte l'intérêt général.

⁵ Pour plus ample connaissance sur l'application des règles juridiques dites al quawaid al fiqhia par les tribunaux marocains, consulter: Hamidi A., al quawaid al fiqhia et ses applications judiciaires en droit foncier et civil à la lumière du code des droits réels et du droit des obligations et contrats et du fiqh, éditions Najah, Al Jadida, 2013 (en arabe).

⁶ Le Conseil supérieur des ulama a cité 13 de ces règles dans sa réponse se rapportant à l'intérêt de libre examen, à savoir : - la nécessité rend licite le réprouvé ; - le proscrit pour soi devient licite en cas de nécessité ; - le proscrit pour un tiers devient licite en cas de besoin ; - le répréhensible (al-karahia) s'annule devant le besoin ; - le besoin est cause du licite originel ; - le besoin est cause de la permission ; - les besoins fondamentaux de l'homme ne sont pas des biens superflutatoires ; - le besoin requiert le recours au substitut en cas de défectuosité de la source ; - le besoin relègue le profit (al-manfaa) en cas de simultanéité ; - le besoin général s'assimile à la nécessité particulière ; - l'appréciation de la nuisance réprouvée est commandée par le besoin requérant la permission (al-idn) ; - l'ampleur du besoin détermine le degré du licite ; - la privation n'abroge pas le droit d'autrui. V. dans ce sens : le Conseil supérieur des ulama, réponse du Conseil supérieur des ulama à la consultation du commandeur des croyants (amir al-moumine), portant sur l'intérêt réputé de libre examen dans son rapport aux questions de la gestion des affaires publiques, 2007.

⁷ V. le Conseil supérieur des ulama, réponse du Conseil supérieur des ulama, op. cit.

Pour ce faire, il faut tenir compte de cinq fins (ou buts) supérieures (maqassids) que tout croyant se doit de conserver, les maqassids de la charia représentent l'esprit et la philosophie de du droit musulman. Ces maqassids ou buts sont :

- La religion (din),
- La vie ou l'âme (nafs),
- La filiation ou la descendance (nassab),
- La raison ou la dignité (aql),
- Les biens ou la propriété (mal).

2) La coutume

La coutume est une règle de droit qui découle d'une pratique ancienne, d'un usage qui est prolongé dans le temps.⁸

Les docteurs musulmans et les juges ont introduit la coutume «l'orf» dans l'ordre juridique Marocain en recourant au raisonnement par analogie «al kiyas» et en se basant sur le procédé du bien commun « al maslaha » et ce dans le but de résoudre certains litiges et affronter les cas nouveaux.⁹

Les domaines qui avaient fait l'objet de la coutume étaient la sécurité des tribus, les souks (marchés) hebdomadaires, les moussems (festivals) annuels, la distribution de l'eau, la gestion des greniers collectifs (igoudars), les rapports au sein des corporations artisanales, la répression des crimes et des délits, la gestion des parcours communs et les règles de gestion et d'entretien des lieux de culte.¹⁰

Au temps du Protectorat Français, certains juristes français, qui relevaient de l'école d'Alger, recommandaient les coutumes et les usages des tribus dans l'Afrique du nord et ce au détriment du droit musulman.¹¹

⁸ Pour plus de détail sur ce sujet, v. Essaid M. J., L'introduction à l'étude du droit, 3^e édition, 2000, collection connaissances, p.142 et s.

⁹ V. Idelfeqih A., Le droit Marocain entre le trio: la coutume, le chraa et la législation, revue Al murafaa, 1992, n° 1 (en arabe).

¹⁰ V. Montagne R., Coutumes et légendes de la côte berbère du Maroc (4 planches), Hespéris, vol. 4, 1924, p. 101; Montagne R., Le régime juridique des tribus du sud Marocain, Hespéris, vol. 4, 1924, p. 313 ; Ben Daoud, Recueil du droit coutumier de Massat, Hespéris, vol. 4, 1924, p. 405; Ben Daoud, Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du Sud marocain, 3 pl., Hespéris, vol. 7, 1927, p. 401; Montagne R., Une tribu berbère du Sud marocain: Massat, 2 pl., fig., Hespéris, vol. 4, 1924, p. 357.

¹¹ Morand M., Études de droit musulman et le droit coutumier berbère, Alger, 1931, p. 271. V. aussi: Mohieddin M. N., Le droit musulman et l'école de droit d'Alger, site du Centre National de Recherche en Anthropologie Sociale et Culturelle.

M. Bousquet, juriste Français et ancien professeur à la Faculté de droit d'Alger, est allé jusqu'à dire que « le droit musulman n'existe pas » et il considère les livres du fiqh comme étant « des textes extravagants, souvent ineptes aux yeux de la raison ».¹²

Tout ceci avait pour but de démontrer que le droit authentique des maghrébins est la coutume (l'orf) et la codification des coutumes dans l'Afrique du nord.

Ce que d'autres ont considéré comme une « grossière manipulation visant à soustraire au droit musulman une partie des administrés et à donner aux pouvoirs publics un instrument de contrôle et de régulation des rapports sociaux dans les zones dites de coutumes berbère ».¹³

Les autorités coloniales françaises avaient donc cherché à préserver le particularisme berbère en développant le droit coutumier et ce à travers plusieurs textes législatifs dont les Dahirs du 11 septembre 1914¹⁴ et du 16 mai 1930¹⁵ et quelques circulaires.

Par l'adoption du dahir du 11 septembre 1914, les autorités du Protectorat français ont voulu mettre en œuvre leur politique qui est de diviser pour mieux asseoir leur domination et ce par l'application des coutumes dans les tribus dites berbères. L'exposé des motifs de ce texte précise ce qui suit :

Considérant que de nouvelles tribus sont, par le progrès de la pacification, journellement rattachées à l'Empire ; que ces tribus de race berbère ont des lois et des coutumes propres en usage chez elles de toute antiquité et auxquelles elles sont rattachées.

Aux termes de l'article 1 dudit Dahir « les tribus dites de coutumes berbères sont et demeurent régies et administrées selon leurs lois et leurs coutumes propres... ».

Le dahir du 16 mai 1930 – connu sous le nom du Dahir Berbère – consacre la compétence du tribunal coutumier à statuer sur tous les litiges relatifs aux matières : civile, commerciale, mobilière et immobilière.

¹² Bousquet G. H., *Le droit musulman*, Armand Colin, 1963. V. aussi la note critique de ce livre de: Linant de Bellefonds Y. à la *Revue internationale de droit comparé*, Vol 16, n° 3, pp. 644-646.

¹³ Bouderbala N., *Aspects de l'idéologie juridique coloniale*, *Revue juridique, politique et économique*, n° 4, juin 1978, p. 95.

¹⁴ B.O. n° 100, du 26 septembre 1914, p. 742.

¹⁵ *Dahir du 17 hija 1348 (16 mai 1930) réglant le fonctionnement de la justice dans les tribus de coutume berbère non pourvues de mahkmas pour l'application du Chrâa*, p. 652 ; B. O. n° 918, 30 mai 1930.

Après l'indépendance, tous ces textes ont été abrogés. Néanmoins, le droit marocain reste peu imprégné par la coutume dans plusieurs domaines .

Si le code du statut personnel de 1957 se référait à la coutume dans au moins 10 articles, l'actuel code ne s'en réfère qu'à 6 articles qui se rapportent aux fiançailles (art.5), à la conclusion du mariage (art.10), à la pension alimentaire (art.189 et 205), aux frais funéraires (art.322) et au par. 4 de l'article 49 qui consacre une coutume ancienne à savoir Al kadd ou Assiaaya.

Et si le code du commerce se réfère aux coutumes de commerce , la place qu'il lui a allouée est la deuxième après la loi .

Selon l'article 2 du code du commerce « il est statué en matière commerciale conformément aux lois, coutumes et usages de commerce, et au droit civil dans la mesure où il ne contredit pas les principes fondamentaux du droit commercial ».

Auparavant, les lieux de culte musulman, et l'enseignement qui s'y rattache étaient régis par les coutumes locales. Juste après, pas moins de 86 textes législatifs sont venus pour régir les mosquées, les zaouiyas et l'enseignement traditionnel ou Aatiq.¹⁶

3) Le Droit Français

Avec l'instauration du Protectorat Français, le Maroc a connu une poussée législative avec l'adoption de plusieurs codes et lois, en l'occurrence:

- Le Dahir du 12 août 1913 sur les obligations et contrats,
- Le Dahir du 12 août 1913 sur la condition des Français et des étrangers au Maroc,
- Le Dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation foncière,
- Le Dahir du 12 août 1913 sur le code de commerce,
- Le Dahir du 31 mars 1919 sur le code de commerce maritime,
- Le code foncier du 2 juin 1915,
- Le Dahir du 15 septembre 1923 portant le code minier,
- Le Dahir du 8 août 1922 sur les sociétés par actions,
- L'arrêté Viziriel du 18 novembre 1934 sur le contrat d'assurance.

¹⁶ Les 86 textes législatifs se ventilent comme suit : - 18 dahirs et lois, - 20 décrets, - 47 arrêtés. V. dans ce sens : Dix années de l'ère Mohammadienne 1999-2009, restructuration du champ religieux et développement du Waqf, Ministère des habous et des affaires islamiques, 2011, annexe 78, pp. 250-255 (en arabe).

L'entrée en vigueur de ces textes législatifs et d'autres a occasionné, ipso facto, la réduction du champ d'application directe de la Charia au statut personnel, aux immeubles non immatriculés et aux fondations pieuses dites Waqf ou Habous.

II L'influence du droit musulman sur le droit marocain

Au lendemain de l'indépendance, le Maroc a reconduit la majeure partie de la législation du Protectorat Français, et a étendu son application à tous les Marocains. Il a aussi codifié les règles de droit musulman se rapportant au statut personnel et au régime successoral.

Le Maroc a ensuite connu une refonte totale de son système législatif en s'inspirant du droit européen, notamment du droit français. Mais l'islam reste un système de référence et une source d'inspiration pour le législateur et le juge en droit public. Le droit privé s'en est aussi inspiré mais d'une façon limitée.¹⁷

1) L'influence de l'islam sur le droit public marocain

La conception islamique du droit continue d'imprégner l'ordre juridique marocain, ceci se traduit à travers la constitution qui consacre l'islam comme religion officielle de l'Etat, la royauté, et l'application du principe de la séparation des pouvoirs.

a) L'islam religion officielle de l'Etat

L'influence de l'Islam sur le droit public se manifeste à travers la constitution qui considère l'Islam comme étant une religion officielle de l'Etat,¹⁸ et qui précise aussi que les dispositions constitutionnelles relatives à la religion musulmane ne peuvent faire l'objet d'aucune révision.¹⁹

En effet, le Maroc a choisi d'adopter l'islam depuis la 2^e moitié du 1^{er} siècle de l'Hégire et il a élu le rite sunnite Malikite au temps des Idrissides.²⁰ En dépit du silence de la constitution sur le rite choisi, le rite Malikite a été considéré par

¹⁷ V. dans ce sens: Papi S., « Islam et droit musulman au Maghreb: une référence centrale, mais d'application limitée », *L'Année du Maghreb* [En ligne], I | 2004, mis en ligne le 08 juillet 2010, consulté le 21 avril 2013. URL : <http://anneemaghreb.revues.org/331> ; DOI:10.4000/annee-maghreb.331

¹⁸ V. l'article 3 de la constitution.

¹⁹ V. l'article 175 de la constitution de 2011.

²⁰ Rougui M., *Le Maroc est de rite Malikite...pourquoi?*, les éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, 2003 (en arabe).

certaines comme une des devises principales du royaume.²¹ Le roi Mohamed VI considère que son attachement à l'unité doctrinale s'apparente à son « engagement constitutionnel pour défendre l'intégrité territoriale et l'unité nationale de la patrie ». ²²

Le paysage politique marocain se caractérise par l'omniprésence de l'islam. Le Roi, commandeur des croyants, préside les prières du vendredi et celles des deux fêtes religieuses. Il amorce ses discours par la formule religieuse: « Louange à Dieu Prière et Salut sur le Prophète, Sa Famille et Ses Compagnons » et cite des versets coraniques et des Hadiths dans ses messages et discours. Les Dahirs²³ commencent toujours par la formule: « louange à Dieu Seul ».

b) La Royauté

La constitution désigne l'héritier du trône,²⁴ qui à la mort de son prédécesseur est investi par les représentants de la Oumma (la communauté) qui lui prêtent serment d'allégeance, c'est ce qui s'appelle en Droit musulman : la Bey'a.

La Bey'a a été pratiquée depuis les premiers Khalifes Rachidiens. Elle est une notion fondamentale de la théorie constitutionnelle de l'Etat islamique. Elle est une pratique courante au Maroc depuis Idriss 1^{er}.²⁵ Elle comporte un engagement d'obéissance de la communauté à la personne du Roi et un engagement de la part de celui-ci d'assurer les obligations de sa charge.²⁶

²¹ Tazi A., Le rite Malikite en tant que devise de l'Etat marocain, actes du colloque sur l'Imam Malik, Fès 25-26-27-28 avril 1980, T. 2, éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, p. 87 (en arabe).

²² Discours de SM le Roi Mohamed VI devant les membres du Conseil Supérieur et des Conseils provinciaux des Oulémas, 30 avril 2004.

²³ Le Dahir est le texte législatif par lequel le Roi légifère.

²⁴ V. l'article 175 de la constitution de 2011.

²⁵ V. Maalainine H., Le rôle du système califal, à travers l'acte de la Bey'a, dans la constitution de l'unité de l'Etat musulman, actes du colloque la Bey'a et le système califal en Islam, T. 2, Layoune, 5-8 septembre 1985, éditions du Ministère des Habous et des affaires islamiques, Maroc, p. 397 et s. (en arabe).

²⁶ La Bey'a est considéré dans la doctrine musulmane comme étant « contrat réel conclu entre la umma et son imam en vertu duquel sont stipulés d'une manière synallagmatique les droits et les devoirs..... ». V. le Conseil supérieur des ulama, réponse du Conseil supérieur des ulama..., op. cit. V. aussi: Ibn Khaldoun, Al mukaddima (Les Prolégomènes), identifié, présenté et commenté par Abdesslam Cheddadi, T. 4, 1^{ère} éd., Casablanca, 2005, p. 263 (en arabe).

c) Le principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs a été consacré au Maroc depuis la constitution de 1962.²⁷ Ceci n'a pas empêché la prééminence des prérogatives royales dans tous les domaines: législatif, exécutif et judiciaire.²⁸

La prépondérance du Roi, commandeur des croyants, est l'effet direct des relations qu'a eu le Maroc avec l'Orient arabo-musulman où la gestion des affaires politiques était confiée au Khalife, qui pouvait déléguer ou partager certaines de ses charges.²⁹

Nous citons pour démontrer l'unité du pouvoir au niveau du Roi l'arrêt de la cour suprême du 20 mars 1970 (arrêt de la propriété Abdelaziz) où il a été cité ce qui suit :

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 le roi Amir Al mouminine.

Cet arrêt est en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs mais il est dans l'esprit du droit public musulman qui ne connaît pas cette séparation.

²⁷ Selon l'article 43 de la constitution de 2011, « La Couronne du Maroc et ses droits constitutionnels sont héréditaires et se transmettent de père en fils aux descendants mâles en ligne directe et par ordre de primogéniture de sa Majesté le Roi Mohammed VI, à moins que le Roi ne désigne, de Son vivant, un successeur parmi Ses fils, autre que Son fils aîné. Lorsqu'il n'y a pas de descendants mâles en ligne directe, la succession au Trône est dévolue à la ligne collatérale mâle la plus proche et dans les mêmes conditions ».

²⁸ Le Roi préside le conseil supérieur des Ouléma, v. art. 41 de la constitution de 2011; « le Roi exerce par dahirs les prérogatives religieuses inhérentes à l'institution d'Imarat Al Mouminine qui lui sont conférées de manière exclusive par le présent article », art.41 dernier par; le Roi nomme le Chef du Gouvernement et les ministres, v. art. 47; le Roi préside le conseil des ministres, v. art. 48; le Roi promulgue la loi, v. art. 50; le Roi est le chef suprême des Forces Armées Royales, v. art. 53; le Roi nomme aux emplois militaires, v. art. 53; le Roi préside le conseil supérieur de sécurité, v. art. 54; le Roi accrédite les ambassadeurs auprès des Etats étrangers et des organismes internationaux, v. art. 55; le Roi préside le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, v.56; le Roi exerce le droit de grâce, v. art 58; le Roi peut proclamer l'état d'exception, v. art. 59.

²⁹ Amal Mecherfi, *Ordre juridique étatique et Islam au Maroc*, actes du colloque international organisé par le centre de recherche sur la coopération internationale pour le développement de la faculté de Droit de Marrakech et le Centre Wilhelm Merton pour le droit de l'intégration européenne et l'Ordre économique international, les 26-27 septembre 2005 à Francfort, REMALD, *Thèmes Actuels*, 54, 2006, p. 103.

Feu le Roi Hassan II avait essayé de concilier entre le respect du principe de la séparation des pouvoirs, consacré par la constitution marocaine et l'unité du Pouvoir, en déclarant ce qui suit :

Si séparation de pouvoirs il y'a, ce n'est pas à notre niveau, mais au niveau inférieur, le Roi étant appelé à diriger et à tracer la politique de son pays, avec l'aide du pouvoir exécutif représenté par le gouvernement et du pouvoir législatif : le parlement.³⁰

S'adressant à la Chambre des représentants à l'occasion de l'ouverture de la session parlementaire d'octobre 1978, feu le roi Hassan II avait précisé :

je vous ai toujours affirmé, que vous soyez pouvoir législatif ou pouvoir exécutif, à savoir que si la séparation des pouvoirs est indispensable, elle ne peut en aucun cas concerner la responsabilité suprême.³¹

III L'influence de l'islam sur le droit privé

Si les textes législatifs du droit privé, dans leur globalité, sont d'inspiration française, l'impact du droit musulman, sur ces textes est une réalité. Ceci se concrétise par des exemples tirés du code des obligations et contrats, du code foncier, du code pénal et de la finance islamique.

a) Le code des obligations et contrats

Le code des obligations et contrats marocain s'est inspiré du code Tunisien de 1906. Ce dernier est le fruit du travail du juriste italien D. Santillana. Les codes dont s'est inspiré le code tunisien sont le code français, le code italien, le code suisse et le code allemand. La référence au droit musulman dans ce code est incontestable. Elle est représentée par ses deux écoles : Malékite³² et Hanéfite³³ et un peu par l'école

³⁰ V. Benabdallah M. A., L'institution gouvernementale: Autonomie et subordination, REMALD n° 32, 2000, p. 11 et suiv.

³¹ V. Le Matin du Sahara, 16 octobre 1978, p. 1.

³² Le malékisme est une école de *droit musulman sunnite*. Elle est fondée sur l'enseignement de l'imam Malik ibn Anas (711-795), théologien et législateur qui vécut à Médine. Cette école est majoritaire en Afrique du Nord et de l'Ouest ; on la retrouve en Égypte, au Soudan et dans le Koweït, les Émirats arabes unis, à Qatar et au Bahreïn.

³³ Le hanéfisme est une école de droit musulman sunnite. Elle est basée sur l'enseignement de Abû Hanifa Al-Nouaaman Ibn Thabit (699-767), qui vécut à Koufa en Irak, et de ceux qui ont suivi son enseignement. L'école hanafite est particulièrement répandue en Turquie, à l'est de l'Iran (Chine, Afghanistan, Tadjikistan, Pakistan, Inde, Bengale, Bangladesh) et en Jordanie,

Chaféite.³⁴ Il fut soumis, pour avis, à un groupe de juristes tunisiens, choisis parmi les ouléma musulmans.

De nombreuses dispositions du code civil marocain sont de simples reproductions de celles du code Français de 1804, nous citons à titre d'exemple les règles de la responsabilité délictuelle, l'effet relatif des conventions, la force obligatoire des contrats, les modes de preuve, les éléments nécessaires pour la formation du contrat.

Il existe une grande similitude entre le code civil français et marocain et le fiqh Malikite. Certains juristes vont jusqu'à dire que le code civil français est conforme à 90 pour 100 à la doctrine Malékite. La raison, selon eux, en est l'application de cette dernière doctrine en Andalousie pendant 8 siècles et au sud de la France.³⁵

De nombreuses dispositions du code des obligations et contrats se sont inspirées de l'islam. Parmi ces dispositions, il y'a lieu de citer les articles 484 et 870.

Aux termes de l'article 484 « est nulle entre musulmans la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse ». Et selon l'article 870 « entre musulmans la stipulation d'intérêt est nulle et annule le contrat ».

b) Le droit foncier

A l'arrivée des Français au Maroc, les autorités du Protectorat ont adopté deux textes relatifs au droit foncier, à savoir le Dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation foncière et le Dahir du 2 juin 1915 sur le code foncier. Ce dernier concernait les biens ayant fait l'objet d'immatriculation foncière. Les biens n'ayant pas fait l'objet de cette dernière procédure étaient régis par le droit musulman (fiqh malékite).

en Syrie, en Irak, en Égypte, et un peu dans les régions qui étaient occupées par l'Empire ottoman, comme la Bosnie, et dans une moindre mesure en Tunisie et en Algérie.

³⁴ Le chaféisme est une école de l'islam sunnite. Elle est fondée sur l'enseignement de l'imam Al-Chafii (767-820) et de ceux qui ont suivi son enseignement. Cette école est répandue en Égypte, Thaïlande, Indonésie, Inde du sud, Suriname, aux Comores, aux Philippines, au Yémen, au Brunei et en Malaisie.

³⁵ V. Le faqih Makhoul El Menyaoui, comparaisons législatives, application du droit civil et pénal sur l'école malikite, cité in : Fighou A.A., L'impact du fiqh Malékite sur le droit civil français, revue du droit, n° 14, 8^e année, janvier-mai 2013, p. 15 (en arabe). V. aussi : Cheikh Seid Abdellah Ali Hussein, Comparaisons législatives entre droits civils positifs et droit musulman, comparaison entre la doctrine et l'école de l'Imam Malik, en 4 Tomes (en arabe) ; Maalainine Ch.H., L'impact du fiqh Malékite sur le droit marocain, actes du colloque sur l'Imam Malik, Fès 25-26-27-28 avril 1980, T. 3, éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, p. 63 (en arabe).

Un code sur les droits réels a vu le jour le 22 novembre 2011. Il est venu pour abroger le Dahir du 2 juin 1915 et pour s'appliquer à tous les biens immatriculés et non immatriculés. L'influence du droit musulman sur ce code est manifeste. Elle s'explique par l'organisation par ce code d'institutions d'inspiration musulmane à savoir les biens habous ou waqf (fondations pieuses), la omra (droit réel qui permet de donner gracieusement la jouissance d'un bien immeuble durant la vie du donneur ou du donataire ou durant une période déterminée), la Zina (qui est le droit réel qui permet à son titulaire d'avoir la propriété des constructions qu'il a réalisées à ses frais sur le terrain d'autrui), le droit du hawaa (droit réel qui permet à son titulaire d'avoir la propriété d'une partie de la hauteur verticale se trouvant sur l'édifice d'autrui et ce pour y réaliser une construction), la hiba (la donation), la sadaqa (la donation aumônière ou charitable), la moughrassa (qui est un contrat par lequel une personne met à la disposition d'une autre un terrain dans lequel cette dernière personne y plante des arbres et la participation des deux parties dans la propriété du terrain et des arbres dans des proportions prédéterminées une fois que les arbres ont mûri), la chefaa (l'acquisition de la propriété par préemption), la hiazia (la possession), et Ihya ard al mawat qui est l'appropriation de la terre morte par son utilisation ou sa vivification (selon laquelle quiconque cultive, restaure ou rend utile une terre, en acquiert la propriété).

c) Le droit pénal

Si le droit pénal marocain est d'inspiration française, les dispositions pénales musulmanes ne s'appliquent pas au Maroc comme c'est le cas dans certains pays musulmans, néanmoins, certaines dispositions du code pénal sont manifestement influencées par le droit musulman.

Si l'apostat n'encourt pas la peine de mort en application du droit musulman, il faut toutefois relever que la personne qui conduit une personne à apostasier sera punie d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende.

Le jeûne est un rite qu'observe chaque musulman pendant le mois du Ramadan. Celui qui est notoirement connu pour son appartenance à la religion musulmane et qui rompt 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 6 mois (art. 222 du code pénal).

Le mariage est un lien sacré en Islam. Les personnes qui ne sont pas unies par les liens de mariage sont punies d'un mois à un an s'il s'avère qu'elles ont entre elles des relations sexuelles (art.490).

La justice pénale se base sur l'islam pour incriminer certains faits. A titre d'exemple, le ministère public a saisi en 1960 le juge dans le but de dissoudre le parti communiste marocain qui, selon ce ministère, agit à l'encontre des principes monarchiques et dont l'idéologie « comporte partout une lutte systématique contre les institutions religieuses ». La cour d'appel de Rabat avait estimé que les objectifs avoués par ce parti mettent en danger les structures traditionnelles de l'État et menacent l'ordre public. Cet ordre public est politique, juridique mais aussi religieux.

d) La finance islamique

La finance islamique a été introduite au Maroc en 2007, année où la banque centrale Bank Al Maghrib a adressé aux établissements de crédit une circulaire les autorisant à commercialiser trois produits : la Mourabaha, l'Ijara et la Moucharaka, qui sont des produits financiers islamiques appelés par cette circulaire : les instruments financiers alternatifs. Des obstacles fiscaux et administratifs ont freiné le développement de ces produits.

Le gouvernement actuel a décidé la mise en place de banques participatives ou islamiques.

En effet, un projet de loi a été préparé pour la refonte de la loi n° 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés.³⁶ L'une des nouveautés de ce projet est la création de banques participatives qui seront habilitées à exercer les activités bancaires ainsi que les opérations commerciales financières et d'investissement à l'exclusion de toute opération impliquant la perception et le versement d'intérêt prohibé par l'islam.

Les banques participatives pourront procéder au financement de la clientèle à travers les produits connus en droit musulman sous les appellations : la Mourabaha, l'Ijara, La Moucharaka et la Moudaraba

La Mourabaha est définie comme étant tout contrat par lequel une banque participative acquiert un bien meuble ou immeuble en vue de le revendre à son client à son coût d'acquisition plus une marge bénéficiaire convenue d'avance.³⁷

³⁶ V. le projet de loi relative aux établissements de crédit et organismes assimilés aux établissements de crédit et organismes assimilés, site du Secrétariat Général du Gouvernement du Maroc.

³⁷ Art. 56 du projet de loi.

L'Ijara est définie comme étant tout contrat selon lequel une banque participative met, à titre locatif, un bien meuble ou immeuble déterminé, identifié et propriété de cette banque, à la disposition d'un client pour un usage autorisé par la loi.³⁸

L'Ijara peut revêtir l'une des deux formes suivantes :³⁹

- Ijara tachghilia qui consiste en une location simple ;
- Ijara wa iqtinaa qui consiste en une location assortie de l'engagement ferme du locataire d'acquérir le bien loué à l'issue d'une période convenue d'avance.

La Moucharaka est définie comme étant tout contrat ayant pour objet la participation, par une banque participative, dans un projet, en vue de réaliser un profit. Les deux parties participent aux pertes à hauteur de leur participation et aux profits selon un prorata prédéterminé.⁴⁰

La Moucharaka peut revêtir l'une des deux formes suivantes :⁴¹

- la Moucharaka Tabita (participation constante) : les deux parties demeurent partenaires jusqu'à l'expiration du contrat les liant ;
- la Moucharaka Moutanakissa (participation régressive) : la banque se retire progressivement du projet conformément aux stipulations du contrat.

La Moudaraba est définie comme étant tout contrat mettant en relation une banque participative (Rab el Mal) qui fournit des fonds à un entrepreneur (Moudarib) qui fournit son travail en vue de réaliser un projet. La responsabilité de la gestion du projet repose entièrement sur l'entrepreneur. Les bénéfices réalisés sont partagés selon une répartition convenue entre les deux parties et les pertes sont assumées exclusivement par Rab el Mal sauf en cas de fraude commise par le Moudarib.⁴²

Pour veiller à la conformité des produits financiers proposés aux clients à la charia, le « comité charia pour la finance » sera mis en place au sein du Conseil Supérieur des Oulémas. Il aura pour principale mission de se prononcer sur la conformité des opérations et produits proposés au public à la Charia.⁴³

Les banques participatives seront également tenues de mettre en place un comité d'audit chargé d'identifier et de prévenir les risques de non – conformité à la charia.⁴⁴

³⁸ Art. 56 du projet de loi.

³⁹ Art. 56 du projet de loi.

⁴⁰ Art. 56 du projet de loi.

⁴¹ V. l'art. 56 du projet de loi.

⁴² V. l'art. 56 du projet de loi.

⁴³ V. l'art. 61 et 62 du projet de loi.

⁴⁴ V. l'art. 67 du projet de loi.

Conclusion

En bref, le système juridique marocain continue à s'inspirer de deux registres juridiques européens, notamment français, et musulman. Le Royaume du Maroc se réfère dans son système politique à des règles reconnues par tous les systèmes modernes. Néanmoins étant un Etat musulman, il s'appuie sur les règles de droit musulman (système califal et la Bey'a) pour asseoir le régime monarchique et légitimer les prérogatives conférées au Roi.

En droit privé, le Maroc a hérité le système juridique du Protectorat. Une refonte de la plupart de cet héritage n'a pas empêché le législateur à continuer de s'inspirer de l'esprit et du texte législatif français. Ce système s'est aussi imprégné du droit musulman dans plusieurs domaines ,notamment en droit de la famille et en droit foncier, d'où sa complexité.

En définitive, tout le système juridique marocain, ne va pas à l'encontre de l'Islam, tant il est élaboré dans l'optique de l'intérêt général révélé (al-maslaha al-mursala), selon l'avis du conseil supérieur des ouléma, instance constitutionnelle.

Sources bibliographiques :

- Benabdallah M. A., L'institution gouvernementale: Autonomie et subordination, REMALD n° 32, 2000, p. 11 et suiv.
- Ben Daoud, Recueil du droit coutumier de Massat, Hespéris, IV, 1924, p. 405.
- Ben Daoud, Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du Sud marocain, 3 pl., Hespéris, VII, 1927, p. 401.
- Blanc F.-P., Le droit musulman, connaissance du droit, 2^e éd., 2007.
- Bouderbala N., Aspects de l'idéologie juridique coloniale, Revue juridique, politique et économique, n° 4, juin 1978, p. 95.
- Bouderbala N. et Pascon P., Le droit et le fait dans la société composite, essai d'introduction au système juridique Marocain, B.E.S.M., n° XXXII-117-avril –juin 1970.
- Cheikh Seid Abdallah Ali Hussein, Comparaisons législatives entre droits civils positifs et droit musulman, comparaison entre la doctrine et l'école de l'Imam Malik, en 4 Tomes (en arabe).
- Deumier P., La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude de droit, RDA, février 2012, p.31 et s.
- Essaid M. J., L'introduction à l'étude du droit, 3^e édition, 2000, collection connaissances.
- Fighou A.A., L'impact du fiqh Malékite sur le droit civil français, revue du droit, n.° 14, 8^e année, janvier-mai 2013, p. 15 (en arabe).
- Hamidi A., al quawaid al fiqhia et ses applications judiciaires en droit foncier et civil à la lumière du code des droits réels et du droit des obligations et contrats et du fiqh, éditions Najah Al jadida, 2013 (en arabe).
- Ibn Khaldoun, Al mukaddima (Les Prolégomènes), identifié, présenté et commenté par Abdesslam Cheddadi, T. 4, 1^e éd., Casablanca, 2005, p. 263 (en arabe).
- Idelfeqih A., Le droit Marocain entre le trio : la coutume , le chraa et la législation , revue Al murafaa, 1992, n.°1 (en arabe).
- Maalainine Ch.H., L'impact du fiqh Malékite sur le droit marocain, actes du colloque sur l'Imam Malik, Fès 25-26-27-28 avril 1980, T. 3, éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, p. 63 (en arabe).
- Maalainine H., Le rôle du système califal, à travers l'acte de la Bey'a, dans la constitution de l'unité de l'Etat musulman, actes du colloque la Bey'a et le système califal en Islam, T. 2, Layoune, 5-8 septembre 1985, éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, Maroc, p. 397 et s. (en arabe).
- Mecherfi A., Ordre juridique étatique et Islam au Maroc, actes du colloque international organisé par le centre de recherche sur la coopération internationale pour le développement de la faculté de Droit de Marrakech et le Centre Wilhelm Merton pour le droit de l'intégration européenne et l'Ordre économique international, les 26-27 septembre 2005 à Francfort, REMALD, Thèmes Actuels, 54, 2006, p. 103.
- Messaoudi L., Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc, Revue internationale de droit comparé, Vol.47, n.° 1, janvier-mars 1995, pp. 146-154.

- Milliot L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, 2001.
- Mohieddin M. N., Le droit musulman et l'école de droit d'Alger, site du Centre National de Recherche en Anthropologie Sociale et Culturelle.
- Montagne R., Coutumes et légendes de la côte berbère du Maroc (4 planches), Hespéris, vol. 4, 1^{er} trimestre 1924, p.101.
- Montagne R., Le régime juridique des tribus du sud Marocain, Hespéris, T. 4. 1924, p. 313.
- Montagne R., Une tribu berbère du Sud marocain : Massat, 2 pl., fig., Hespéris, T. 4, 1924, p. 357.
- Papi S., Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée, L'Année du Maghreb [En ligne], I | 2004, mis en ligne le 08 juillet 2010, consulté le 21 avril 2013. URL: <http://anneemaghreb.revues.org/331>; DOI:10.4000/anneemaghreb.331.
- Rougui M., Le Maroc est de rite Malikite...pourquoi ?, les éditions du Ministère des habous et des affaires islamiques, 2003 (en arabe).
- Tazi A., Le rite Malikite en tant que devise de l'Etat marocain, actes du colloque sur l'Imam Malik, Fès 25-26-27-28 avril 1980, T. 2, éditions des habous et des affaires islamiques, p. 87 (en arabe).
- Dix années dans l'ère Mohammadienne 1999-2009, restructuration du champ religieux et développement du Waqf, Ministère des habous et des affaires islamiques, 2011 (en arabe).
- Conseil supérieur des ulama, réponse du Conseil supérieur des ulama à la consultation du commandeur des croyants (amir al-mouminine), portant sur l'intérêt réputé de libre examen dans son rapport aux questions de la gestion des affaires publiques, 2007 (en arabe et en français).