

Interférences Malékites sur l'Occident

Par Pr. Abdelaziz Benabdallah
Revue AL-QODS n18 - 1989

"Le centre universel d'orientation se déplacera dans les siècles futurs - dit Bernard Shaw - de l'Occident en Orient"; la Charia, Droit musulman, deviendra, alors, le Code Unique de la vie civilisationnelle, apte à remodeler et à régulariser la vie de l'homme sur terre dans tout le processus futuriste. Les Musulmans sont convaincus de la portée universelle du Droit musulman, adaptable à toutes les conjonctures et à toutes les époques, comme en fait foi le voeu adopté à l'unanimité au cours de la séance finale du 7 juillet 1951, lors du congrès international de droit comparé à Paris: "... il est résulté clairement que les principes du droit ont une valeur indiscutable et que la variété des écoles, à l'intérieur de ce grand système juridique, implique une richesse de notions juridiques et techniques remarquables, qui permet à ce droit de répondre à tous les besoins d'adaptation exigés par la vie moderne". La morale internationale telle qu'elle a été instituée par l'islam a marqué le processus d'élaboration et d'évolution de la pensée juridique, de par le monde. Le travail magistral de mon cher ami et collègue Marcel Boisard, dans son célèbre ouvrage "l'humanisme de l'islam", constitue une référence digne d'estime. L'islam, religion universelle, s'identifie à la Charia, loi universelle. Néanmoins, les doctes de la loi musulmane ont toujours été réfractaires à l'idée de "L'islam religion d'Etat" - Quand, au Moyen Age, le Sultan Ottoman Sélim voulut en appliquer le principe dans l'Empire musulman, le "Cheikh El Islam", gardien de la "Charia" (loi organique) s'y opposa catégoriquement, invoquant le respect reconnu par l'islam à la liberté de conscience.

La loi musulmane est bien ancrée dans l'esprit des masses: le musulman connaît les grandes lignes de la loi parce qu'elle est populaire (1) - Mais, il a besoin de l'aide des juristes pour l'éclairer sur les limites de ses droits et l'aider à exprimer clairement sa volonté, dans le domaine testamentaire, par exemple.

Nous allons essayer d'exemplifier ces influx sur le processus de la pensée juridique, dans tous les domaines du Droit, aussi bien civil que pénal, commercial, financier, constitutionnel etc... Quand on relève une similitude intégrale, marquant à la fois notion et expression, l'emprunt ne laisse nul doute. Toute une gamme d'élaborations juridiques, dans toutes les branches du Droit, cristallisent l'apport de la Charia et ses effets sur les options du législateur, notamment dans le secteur méditerranéo-occidentalo-américain -Le Code Civil français, Contrats et engagements en particulier, comporte des dispositions dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles sont curieusement similaires, même dans leurs formulations, au droit musulman; indéniable est l'influence du Fiqh, sur les territoires intégrés à l'Empire Ottoman, bien avant la chute de Constantinople, en 1453 (Macédoine, Bulgarie, Thessalie (1389-1402), Pologne et Hongrie (1448) et Morie Serbie, Bosnie et autres... L'Andalousie islamisée avait

élaboré des compendium dans tous les domaines de la vie, bien avant l'avènement Ottoman. Leur influence directe sur l'élaboration de la pensée juridique et son évolution se faisait sentir d'abord dans les moeurs occidentales pour se traduire dans les textes législatifs, dès la période omeïade, puis sous les Almohades, grâce à une oeuvre synthétisante créatrice. La Charia, législation souple, d'une mobilité agissante, englobait tout le processus éthico juridico social, régissant à la fois l'individu et la collectivité, doté d'un potentiel initiateur dont le secret de viabilité réside parfois dans son éventuelle réversibilité. Montesquieu, dans l'Esprit des Lois, (2) ne considère t-il pas l'Etat théocratique de l'islam comme une espèce distincte et semble la confondre avec l'Etat despotique, en faisant sans cesse allusion aux principautés d'Orient, à leurs "Vizirs", à leurs "bachas", comme si, dans son esprit, théocratie et despotisme étaient synonymes. Octave Pesles (3), critiquant ce point de vue aberrant, affirme que Montesquieu ne pourrait guère dire des choses exactes sur la théocratie", alors qu'il en parle en termes si peu précis et qu'il n'en discerne même pas les principaux caractères". D'autre part, "dans les gouvernements théocratiques qu'omet Montesquieu, on ne voit aucune bonne raison de séparer les pouvoirs. Leur réunion permet, en revanche, d'embrasser tous les problèmes dans une même vue et ainsi de mieux les dominer et de mieux les résoudre. Tout dépend, dès lors, du choix de l'imam. L'imam est-il juste ? La crainte de Dieu l'invitera exercer les deux pouvoirs dans l'intérêt exclusif de la communauté (4). Montesquieu ne voit pas juste quand il dit "qu'il faut unir les pouvoirs civils et militaires dans la république et les séparer dans la monarchie" (5). La loi française sépare les idées, les découpe, les aère; la loi musulmane les cimente, en faisant un bloc..., la première qui se prête aux retouches est remaniable et, partant, variable; la 2ème, défendue contre les caprices des juristes ou leur versalité par sa masse lisse, tend à la constance (6) "11 n'y a qu'une justice en Islam, celle de l'imam et ses délégués", en France, ce n'est que depuis le décret de 1790 (7) que "tous les citoyens sans distinction plaident en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas". L'imam, lui, n'a jamais distingué - dit encore O. Pesles (8) entre les croyants. Ceux-ci sont égaux devant la justice; par ce côté de ses institutions, l'islam a des affinités avec le gouvernement républicain ".

Pour concrétiser, nous prenons comme exemple, la nature juridico sociale du comportement du législateur vis-à-vis du beau sexe. L'émancipation de la femme en Europe a commencé en Germanie. La tendance de la femme en France a été de devenir maitresse de son intérieur. Le progrès des sciences a précipité le mouvement féministe. Mais, ce n'est qu'en 1903 (loi du 13 juillet) que la femme mariée a eu droit au libre salaire. Plus tard, en 1938 (la loi du 18 février) lui a reconnu une certaine capacité. O. Pesles a critiqué fortement les énormes bévues de la rubrique réservée à la femme musulmane dans le Grand Dictionnaire Universel du XIXème siècle par P. Larousse -"Toute sa vie (la vie de Sidna Mohammed) le montre -dit O. Pesles - plein d'égards, d'attentions délicates, pour ses compagnes- "L'Eugénie présentée comme une idée nouvelle en Amérique et en Allemagne, est un artide de loi ancien en Islam" - Dès le début, l'islam malékite a fait de la consommation du

mariage un élément essentiel, avant la plupart des législations modernes(9). L'islam interdit les pratiques malthusiennes; la femme a droit à la maternité et le mari ne saurait l'en priver. Le positivisme d'Auguste Comte (décédé en 1857) interdit à la femme l'héritage qui permet à celle-ci d'avoir un patrimoine distinct. "Du moment que toute l'activité matérielle incombe au mari, que la femme en est exclue, tous les moyens permettant au mari d'exercer cette activité doivent lui revenir. Représentant seul le travail, il doit seul avoir le capital"(10) - Pour Proudhon, la femme est inférieure de l'homme au triple point de vue physique, intellectuel et moral; elle n'a ni la force, ni l'imagination créatrice, ni le don du gouvernement, mais elle a la beauté; le Coran a reconnu à la femme des capacités et des droits inconditionnels, dans toute gestion d'ordre civil, économique ou personnel; elle jouit ainsi de la capacité et du droit d'hériter, de donner, de léguer, d'acquérir, de posséder en propre, de passer un contrat, d'attaquer en justice et d'administrer ses biens; elle a aussi le droit de choisir librement le compagnon de sa vie ou d'acquiescer à un tel choix, de convoler en secondes noces, après veuvage droit qui n'a été reconnu entre autres à la femme occidentale que bien tardivement. Bien plus, la femme musulmane a le droit exclusif dans certains secteurs afférent à la vie conjugale, ménagère et familiale dont la maternité.

Le rite hanéfite autorise la femme à juger en matière immobilière et Tabari l'a autorisé à juger en toute matière. En droit public français, l'incapacité de la femme a persisté à travers tout l'Ancien Droit. Aussi, est-il admis qu'elle n'a point accès aux fonctions publiques. Le Droit de la Bretagne (art 88) déclare que "nulle femme ne sera tutrice, curetasse, ni juge." L'andalou Mohammed Ben Abderrafii (mort en 1642), après la chute des derniers bastions musulmans en Andalousie, nota que le cachet juridico éthique islamique imprégnait toujours la jurisprudence dans la cité de Tolède, cinq siècles après sa reprise par les Chrétiens. C'est aux Arabes... "que les habitants de l'Europe empruntèrent, avec les lois de la chevalerie, le respect galant des femmes qui imposaient ces lois.... L'islamisme a relevé la condition de la femme et nous pouvons ajouter que c'est la première religion qui l'ait relevée...; tous les législateurs antiques ont montré la même dureté pour les femmes". L'esprit chevaleresque des Arabes, et leur respect pour la femme sont très connus. Le Wali de Cordoue ayant, en 1139, assiégé Tolède, appartenant alors aux chrétiens, la reine Bérengère, qui y était enfermée, lui envoya un héraut pour lui présenter qu'il n'était pas digne d'un chevalier brave, galant et généreux, d'attaquer une femme. Le général arabe se retira aussitôt, demandant pour toute faveur l'honneur de saluer la reine" (11). L'époux a une part double de celle de l'épouse: il y a là un privilège de masculinité, mais combien plus réduit que celui existant entre collatéraux de la succession "noble" dans l'ancien droit français...; combien plus favorable est encore à l'homme le droit d'aînesse ou privilège du fils aîné, au regard de ses frères et soeurs.(12) En Islam, la double part reconnue à l'homme, dans l'héritage, s'explique par les obligations exceptionnelles auxquelles l'homme est astreint, alors que l'exemption de la femme est totale, quel que soit son degré d'opulence. Le mariage impose au mari

l'entretien de son épouse; cet entretien comporte, d'après le rite malékite, son habillement, son hébergement, son alimentation et jusqu'à la fourniture du nécessaire de toilette et d'une domestique pour l'aider dans le ménage - Si la capacité de la femme se trouve quelque peu limitée dans certaines activités, selon le rite malékite, telle la magistrature, c'est que la femme est, en général, plus dominée par le sentiment (je ne dis pas passion) que l'homme; elle est moins disposée à s'adapter aux rigueurs que nécessitent parfois les circonstances judiciaires, comme le fait de décréter la peine capitale. "La peine applicable à l'adultère est la plus sévère des peines édictées par le Coran, à savoir la lapidation. Ce n'est pas particulier à l'islam (13). Dans toutes les législations un peu anciennes, la répression de l'adultère est particulièrement dure. A Rome, la femme est chassée à coups de fouet, à travers les rues de la ville (Tacite). Dans la vieille France, on applique aux coupables les supplices les plus horribles (lire le supplice de Mortimer dans Froissard). En compensation, la loi se montre autrement exigeante pour l'établissement de la preuve... C'est ainsi qu'à Agen, les coupables devaient être pris en flagrant délit par le bailli et deux consuls (14). De là aussi les quatre témoins en Islam; finalement, la preuve est tellement difficile à faire que la peine est rarement appliquée, ce qui est le vœu secret du législateur. La législation islamique s'inspira des impératifs catégoriques des données sociales dont l'islam avait structuré les moindres détails dans le processus social de l'individu au sein de la collectivité. Un noyau de registre d'état civil (notamment registre des naissances) a été institué dès le milieu du premier siècle de l'hégire, sous le premier Oméïade Moawya (15) ainsi qu'un bureau d'enregistrement des décès en Egypte (16). L'islam se souciait même du bien-être des animaux à propos desquels il codifia et normalisa le comportement de l'homme. "Jamais on ne voit un Arabe - dit Gustave Le Bon (17) maltraiter un animal, ainsi que cela est généralement la règle, chez nos charretiers et cochers européens. Une société protectrice des animaux serait tout à fait inutile chez eux. L'Orient est le véritable paradis des bêtes." Selon Morand (18), les établissements du culte ou d'utilité publique, comme les mosquées et les hôpitaux, ont la personnalité civile. Or, "ce sont là, affirme O. Pesles (19), des notions abstraites... reprises au XIXème siècle seulement par les juristes des grandes nations modernes. A l'encontre de l'ancien droit coutumier français qui préconise la pluralité des masses héréditaires, le patrimoine est un, et la dévolution une, chez les malékites (20).

Quant à la propriété individuelle dont l'intégration formelle dans le Droit des gens remonte au XIème siècle, les souverains marocains, gardiens de la Charia, ne s'étaient jamais arrogés le droit d'aubaine en vertu duquel les biens de l'étranger décédé étaient dévolus, comme c'est le cas ailleurs - au seigneur local. Le gouvernement chérifien donnait ainsi le suprême exemple du respect du droit de propriété. Même au cas où il n'y avait ni consul ni compatriotes de l'étranger décédé, ses biens étaient placés sous la garde de l'autorité chérifienne, en attendant leur livraison aux ayants droit. Le magistrat en faisait dresser, par-devant témoins, un état sommaire (traité Pise Maroc, 1358, art 4, alinéa 14). La loi musulmane autorise les testaments au profit de personnes non conçues, à

la différence de la loi française - En ce faisant - dit O. Pesles - Le législateur français a apporté une entrave à la liberté du testateur (21). Le testament par acte privé est prohibé par Justinien alors que les formes de testament en usage dans le Bas Empire Romain sont les mêmes que celles actuellement usitées par les Musulmans - Est-ce là de simples coïncidences - comme les appelle O. Pesles (22), ou de véritables emprunts ? Les Malékites ont réglementé les contrats commutatifs avec un esprit d'équité très manifeste- "On ne trouve qu'une trace légère d'un pareil souci chez le législateur français" (23). Il y a d'autre part analogie entre l'action en nullité accordée aux créanciers de l'héritier par la loi musulmane et l'action paulienne du droit romain - Les deux actions sont accordées à des créanciers pour leur permettre de faire annuler des actes de leur débiteur qui leur sont préjudiciables (24) Une récolte déficitaire entraîne une réduction proportionnelle au prix de location aussi bien dans le rite malékite qu'en Droit français (25). En Islam, la remise devient parfois intégrale - Le prêt de consommation suppose que les choses sont prêtées pour être consommées, sinon il y a prêt à usage. "Il y a symétrie absolue sur ce point entre le rite malékite et le Code civil français (art. 1 894) (26).

Le Maroc a toujours été une pépinière de juristes. Plin le signalait déjà pour les Temps Antiques. Les universités malékites en Afrique ont été de tous temps, une pépinière des jurisconsultes les plus célèbres du monde musulman. Le Centre intellectuel maghrébin attira par sa renommée mondiale sur le plan jurisprudentiel le fameux Gerbert d'Aurillac devenu Pape Sylvestre II en (999/1003 ap. J.) (27). La Qaraouyène était considérée comme "La première école du Monde (28). Une réelle civilisation, fruit des préceptes coraniques, une culture intellectuelle surprenante régnaient jusqu'au fond des montagnes marocaines (29). L'influence de Fès sur Ifriqiya se développa... "Ainsi - dit G. Marçais- la vieille patrie des docteurs de l'islam se mettait à l'école des berbères de l'Ouest (30). Le législateur marocain était très pointilleux. Le citoyen moyen fut empreint du sens de l'équité; jaloux de sa souveraineté, il savait respecter les droits, la liberté et la dignité d'autrui. Latrie constate que tant que les Européens "évitèrent de provoquer la susceptibilité des Musulmans, tant qu'ils respectèrent l'esprit et la lettre des traités acceptés par leurs souverains, ils trouvèrent dans la population et dans les gouvernements du Maghreb, les égards et la protection la plus équitable." En témoigne - d'après Latrie- "l'esprit de bonne foi et de tolérance religieuse qui régna de part et d'autre, pendant plus de cinq cents ans (du XIème au XVIème siècle), dans les rapports des chrétiens et des Arabes".

Par la nature juridique du consulat celui-ci symbolisait vis-à-vis des membres de cette colonie entre lesquels il rendait justice, la souveraineté de leur patrie. Le centre citadin réservé à l'habitation des étrangers constituait - dit Latrie "une sorte de cité" dans le sens moderne et municipal de ce mot... La police de la cité appartenait au consul et à ses délégués. "Nous n'avons vu nulle part - affirme Latrie - qu'on ait pris, vis-à-vis de ces cités chrétiennes enclavées dans les villes du Maghreb, les

mesures de méfiance humiliante auxquelles les Européens furent contraints à se soumettre dans d'autres pays" où chaque soir des agents fermaient les portes des rues et des quartiers francs pour ne les ouvrir qu'aux heures fixées par l'autorité du pays. S'imposant le respect du domicile, les autorités marocaines se défendirent de ne faire aucune perquisition au sein de ces cités. Quand il y avait lieu d'agir contre un membre de la colonie, les autorités s'entendaient préalablement avec le consul et n'entreprenaient rien sans sa participation, "à moins d'un refus formel de justice et de concours".

La loi maghrébine reconnaissait "la responsabilité individuelle et dégageait les compatriotes du délinquant de toute responsabilité collective -... ce fut là un principe de haute portée pratique et d'autant plus précieux qu'il fut rarement respecté et appliqué hors du Maroc. Dans toute l'histoire du Maghreb, "on ne signale qu'un seul cas de responsabilité collective limitée (civile), à propos du privilège accordé par le Sultan mérinide Abou Inân aux Pisans en 1358, avec leur assentiment. Le traité conclu en 1489 entre l'Egypte mamelukide et Florence posa les règles de protection des commerçants étrangers, la garantie de leurs droits, l'institution d'un consulat, les moyens appropriés pour le transfert des crédits et l'arbitrage éventuel du Sultan entre les commerçants de Florence et leurs collègues européens, à l'intérieur des territoires ou eaux mameloukides, dans le contexte de la loi islamique. Mais, l'Andalousie et le Maghreb avant elle, avaient déjà pris le pas dans ce domaine, depuis l'an 1340 où fut instauré en Occident Musulman un consulat pour les affaires de la mer, régi par un Code réunissant les traditions et les moeurs déjà établies sous les Almohades, au XIIème siècle. Alphonse X le Sage Roi de Castille né à Tolède (1221-1284) a puisé dans ce compendium en 1272 quand il réforma l'Université de Salamanque qui joua un rôle prépondérant dans la rédaction du premier code (Las Siete partidas) publié en 1329 qui a abouti à l'élaboration du Droit International Moderne. Frédéric 11, Roi de Sicile empereur germanique, fonda en 1224 l'université de Naples, la dota de manuscrits arabes où il puisa les éléments essentiels de la pensée juridique islamique. Son disciple Thomas d'Aquin (décédé en 1274) a pu cristalliser les données de cette pensée, en instituant sur le modèle islamique, les structures militaires douanières et financières du Droit. Louis IX ou Saint Louis Roi de France (1226-1270) qui vécut en Palestine et ailleurs, au milieu de théologiens célèbres comme Thomas d'Aquin, a eu l'heureuse occasion de puiser dans des sources islamiques vivantes, notamment en Egypte où Joinville qui l'a accompagné en 1248, a réuni tous ces renseignements dans ses célèbres "Mémoires".

Dans la jurisprudence diplomatique, les Souverains du Maroc s'inspiraient du seul principe de l'équité internationale, ne se souciant que de la sauvegarde de leur souveraineté. La lettre de Grégoire VII à Ennacer le Hammoudite en 1076 est "le plus précieux monument de ce temps et le plus curieux échantillon de la correspondance facile et amicale qui a existé entre les papes et quelques sultans d'Afrique". S'adressant au Sultan, le Pape lui dit notamment: "Les nobles de la ville de Rome ayant appris, par

Nous, l'acte que Dieu vous a inspiré, admirent l'élévation de votre cœur et publient vos louanges." Plus tard, une lettre datée de Lyon, le 31 Octobre 1246, est adressée par Innocent IV à l'illustre roi du Maroc. "Nous nous félicitons beaucoup - dit le Pape - de ce qu'à l'exemple de princes chrétiens, et en conformité de tes propres actes et des actes de tes prédécesseurs qui ont conféré à l'Eglise du Maroc des possessions et de nombreux privilèges, tu as, non seulement défendu cette Eglise contre les attaques des gens mal intentionnés et opposés à la foi chrétienne, mais encore augmenté ses immunités et ses privilèges et accordé aux chrétiens, appelés par tes prédécesseurs, des faveurs nouvelles et des bienfaits considérables. " Le Sultan Sidi Mohamed Ben Abdallah imprima à la politique extérieure du Maroc un cachet international nouveau qui fut considéré comme une initiative appréciable dans le droit contemporain. "Ce souverain devança les Occidentaux - affirme J. Caillé - (1) en ce qui concerne certains principes du droit international et l'établissement de nouvelles lois: l'ensemble était devenu au XXème siècle une base pour les relations entre les nations".

Le Maroc avait au XIXème siècle dernier un consul général à Gibraltar qui délivrait des passeports aux étrangers désirant visiter le Maroc. Des éléments essentiels du Code du commerce ont été élaborés et mis en vigueur au Maroc dès le XIIème siècle de l'ère chrétienne; des comptoirs furent établis au Maroc où se posa pour la première fois des questions dont celle de savoir comment devaient être sauvegardés les intérêts légitimement acquis par les ressortissants étrangers. Nos souverains ne firent aucune difficulté pour la reconnaissance de ces intérêts; bien mieux, animés par une haute morale internationale, ils traitèrent ces étrangers avec une extrême sollicitude; des Edits Royaux, empreints d'une paternelle bienveillance, leur accordaient une large liberté d'action et leur assuraient de solides garanties. Les étrangers étaient placés, ainsi que leurs biens, "sous cette haute main royale qu'exprimait comme dit Latrèpe - le mot sauvegarde chez les chrétiens et le mot d'aman chez les Arabes". Le même auteur précise que "les méfaits des musulmans vis-à-vis d'eux étaient passibles des sévérités de la loi". La nation alliée était représentée par un consul partout où ses ressortissants entretenaient des établissements de commerce; là, le Code international de commerce fut étayé par le Code du Droit des gens; car le consul qui résidait avec ses nationaux en un quartier "dont la haute surveillance leur appartenait", s'élevait en administrateur de la colonie dont il défendait les intérêts. Le principe d'exterritorialité est alors expressément formulé; les musulmans qui avaient été - reconnaît André Julien - les premiers à organiser les formes de leur commerce selon les nécessités du trafic international, avaient perfectionné leurs méthodes dont les chrétiens s'inspiraient. Une politique tolérante jointe à un système de sécurité aussi solide que généralisé, ne firent que développer, de plus en plus, les rapports et les échanges entre chrétiens et musulmans. Les sultans almohades entretenaient même une milice, spécialement affectée à réprimer les courses des chrétiens et des Arabes à la fois. Le Maroc, terre de liberté régie par une loi respectant la personne humaine quelle que soit sa race ou sa confession, fut une terre de refuge pour les chrétiens

opprimés par les grands seigneurs de l'Europe féodale. "Des chevaliers ou des princes européens, mécontents de leurs suzerains, purent abandonner leurs fiefs et venir en Afrique servir les rois musulmans. " (Latrie). Le Sultan alaouite Moulay Ismaël, qualifié par les chroniqueurs chrétiens comme "le plus grand protecteur des Franciscains", promulgua deux dahirs (en date du 20 décembre 1711 et juillet 1714), dans lesquels la peine de mort était formellement décrétée contre tous ceux qui "s'aviseraient de molester les chrétiens ou de les insulter". La majeure partie des Juifs du Maroc descend des Juifs exilés d'Europe au Moyen Age: Angleterre (en 1290), France (1395), Espagne (1492) Italie (1242) les Pays-Bas (1350) et le Portugal (1473). En 1492, alors que les persécuteurs castillans s'acharnaient en Andalousie contre les Juifs et les musulmans, le prédicateur Al Maghzen, un des grands cadis de l'Empire, a été exilé de Fès, pour avoir entrepris une campagne antisémite.

Le Maroc a réalisé sur le plan bancaire, une rénovation qui est l'institution du "virement par chèque", dès le IX siècle (III siècle de l'hégire). En effet, à Sijelmasa, porte du Sahara marocain - vivaient des négociants aisés dont les plus riches entretenaient avec le Soudan un troc fructueux. Ibn Haouqal (32) dit avoir vu un chèque de 40.000 dinars émis par un négociant de la cité au profit d'un collègue de la même cité. D'ailleurs, dans le contexte du droit financier, André Julien, remarque que les Almohades qui avaient apporté de l'ordre en Andalousie, mirent fin à la gabegie financière des roitelets andalous. Pour relancer l'économie arabe, le Cheikh Mohammed Abdou, mort en 1905, a trouvé le moyen, dans une savante fetwa, de présenter comme licites la caisse d'épargne et le gain de dividende; de même avant lui, ses colloques de Constantinople avaient rédigé des fatwa pour liciter l'émission d'obligations d'Etat productives d'intérêts. (33)

Le droit allemand puise ses heureuses réalisations sur le plan de "la banque sans intérêts", dans la notion de commandite du Droit Islamique. Parlant du Mohtassib, sorte de prévôt des marchands, Surdon précise que "toute la vie économique de la cité où il existe est entre ses mains: il était le chef des corporations, le contrôleur des poids et mesures, le contrôleur du marché"(34). Le Mohtassib a surveillé et eut juridiction sur tout ce qui concerne le commerce et l'industrie. C'est le véritable juge, chargé de superviser l'exécution de la législation islamique dans le domaine économique. L'académie hébraïque de Fès a joué un rôle considérable dans la cristallisation de la loi talmudique, à partir de la charia. A propos de la loi mosaïque et talmudique, l'influence du fiqh malékite qui délogea à Fès le hanafisme et le chafisme se fit sentir dès le Xème siècle, d'abord au Maghreb, ensuite parmi toutes les colonies juives éparpillées dans le monde. Abou Saïd Ibn Youssef, considéré comme ayant été le promoteur de la philosophie juive au Moyen Age, perfectionna la loi hébraïque relative au droit d'héritage, en s'inspirant de la législation islamique. L'emprunt juif a englobé tout le patrimoine de l'Islam. A Fès, le Traité de grammaire de Cibaweïh devint la source d'inspiration des Juifs pour la rénovation de la grammaire hébraïque depuis le X siècle(36) Abou

Zakaria Yahia Ibn Daoud Hayon de Fès s'érigea alors en promoteur du mouvement visant à la renaissance du patrimoine talmudique; il fut le fondateur de la philologie hébraïque - Isaac, fils de Jacob Alkohen surnommé Al Fassi", né en 1013 (404 de l'hégire) à Kalaât ben Ahmed, près de Fès, fut l'auteur d'un commentaire du Talmud en vingt volumes; or, cet ouvrage est considéré jusqu'à présent, comme étant parmi les plus importants traités de législation hébraïque; l'oeuvre d'Alfassi comprend encore trois cent vingt fatwa (interprétations jurisprudentielles) rédigées entièrement en arabe. C'est lui qui fonda en 1089 à Lucena (en Andalousie), un "Institut de hautes études talmudiques". L'arabe est demeuré la langue véhiculaire de la pensée juridique en Espagne jusqu'en 1570 - Dans la région de Valence, des villages employèrent l'arabe pour langue jusqu'au XIX siècle - Un professeur de l'Université Madrilène réunit 1151 contrats d'achat et de vente rédigés en arabe comme spécimens usités en Andalousie par les Espagnols (37) - L'arabe "présente l'avantage d'être le véhicule d'une civilisation universelle et de se prêter à l'expression d'une pensée religieuse ou politique". "C'est en arabe et à travers l'arabe, dans la civilisation occidentale - dit le Professeur Massignon - que la méthode scientifique a démarré". L'arabe dit il encore - est un pur et désintéressé instrument linguistique de transmission internationale; la langue arabe est un élément essentiel de la paix future entre les nations." (38). La loi islamique a fait aussi tache d'huile dans toute l'Afrique, même dans les zones berbérisantes, car l'islam, souple et coulant, donne force de loi à toute coutume judicieuse - "La coutume - dit Surdon - s'appelle "orf ", ou "chraâ". Le chraâ, c'est la coutume générale, le vieux fonds coutumier. Dans le Sud du Maghreb, "dès le XVIème, le droit religieux - c'est à dire le chraâ, se substitue peu à peu à la coutume berbère, à l'orf des tribus" L'étude comparée des textes juridiques des différents codes occidentaux et islamiques décèle le processus catalyseur de l'oeuvre du législateur dans une symbiose vivante où la pensée juridique a été hautement normalisée.

Références:

- * La Judicature, la procédure, les preuves dans l'islam malékite, O. Pesles, Impr. Réunies, Casablanca, 1942 p. 2
- * La femme Musulmane dans le Droit, la Religion et les Moeurs, o. Pesles, les Ed. La porte, Rabat, 1946 p. 30 et suite.
- * Exposé pratique des successions dans le rite malékite, O. Pesles, Imp. Réunies - Casablanca, 1940, p.11
- * Le testament dans le rite malékite, O. Pesles, Edition Moncho, Rabat, 1932, p 47
- * Les contrats de louage, O. Pesles, Moncho, Rabat, 1938 (p. 39 Code Civil français (art. 1118).
- * "Le crédit dans l'islam malékite", par O. Pesles, Imp. réunies, Casablanca, 1942, p. 27
- Massignon. "Etudes/et Conférences" - congrès de l'Académie de langue arabe du Caire", 1959-1960 (p. 218)

1) Le Testament p. 99

2) Esprit des Lois, Livre II, chapitre V, livre III, chap. IX

3) Judicature..., O. Pesles p. 5

- 4) Ibid p. 17
- 5) Esprit des Lois, Livre v, Chap. XIX
- 6) la judicature, 1942, p. 2
- 7) Décret de 16-24 Août, titre II, article 16
- 8) la Judicature p. 28 et 75, 88 et 108
- 9) La femme Musulmane p. 30
- 10) Civilis. des Arabes. p. 286, 428
- 11) Exposé pratique - O. Pesles, Imp. Réunies casa, 1940 p.11
- 12) La Judicature... p. 125
- 13) Brissaud, Manuel d'histoire du Droit Privé p. 62
- 14) Essayouti, Al-Mohadarah T. I P. 68/AI-Maqrizi, Al-khit. T. 1 p. 94.
- 15) Sobh Al-Acha T. 3 p. 464
- 16) Civilisations p. 376
- 17) Les personnes Morales en Droit Musulman
- 18) Le testament... p. 54
- 19) Exposé pratique des successions. p 12
- 20) Le testament p. 47
- 21) Le Testament p. 99
- 22) Les contrats de louage, O. Pesles. 1938 (p. 39
- 23) Le Testament p. 78
- 24) Code civil, articles, 1.769 et 1770
- 25) "Le crédit dans l'islam malékite" p. 27
- 26) Se référer à l'Encyclopédie du Fiqh Malékite"" - A. Benabdallah, éditée à Beyrouth 1980.
- 27) Gustave le Bon, civilisations des Arabes p. 17
 - Berque, Revue historique de Droit, 1949
 - Gisèle Charri, Hespéris 1857 p. 265.
- 28) (Delphin, "Fès, son Université", 1889)
- 29) Le Maroc Inconnu, Moulieras T.1 p. 28)
- 30) (Manuel d'Art musulman T. II p. 469)
- 31) Les Accords Internationaux. (1757-1790)
- 32) Al-Massâlik. p. 70 - Ibn Saïd affirme en avoir vu lui aussi
- 33) Revue du Monde Musulman p. 428
- 34) Godard - Histoire du Maroc p. 15
- 35) Etudes sur l'hygiène et la médecine au Maroc par Raynaud p.6
- 36) La France en Afrique du Nord p. 232
- 37) Archives marocaines T I p. 13, 51
- 38) Massignon 1959- 1960 p. 218