

Interférences Malékites sur l'Occident

Abdelaziz Benabdellah

Membre de l'Académie du Royaume du Maroc

“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 : “... 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 enfin 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 leur “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 à 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⁾ “Il 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 maîtresse 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 XIX^e siècle par P. Larousse - “Toute sa vie (la vie de Sidna Mohamed) 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 article de loi ancien en Islam” - Dès le début, l’Islam malékite a fait 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 bauté ; 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 afférant 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 autorisée 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 tuteresse, curateresse, ni juge.”

L’Andalous 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, 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 repression 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 extrêmement 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 voeu secret du législateur. La législation islamique s'inspire 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 1er Oméïade Moa Wya⁽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 XIX^e 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 XI^e siècle, les Souverains marocains, gardiens de la Chariâ, 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. 1894)⁽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 Musulmans. Le Centre intellectuel attira par sa renommée mondiale sur le plan