

Numéro 10 - 2ème Semestre 1981

المجلة
المغربية
للشؤون
والسياسة
والاقتصاد

REVUE JURIDIQUE POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

Revue semestrielle éditée par la Faculté des Sciences Juridiques
Économiques et Sociales de Rabat

*Les opinions exprimées dans cette revue
sont strictement personnelles à leurs auteurs*

Numéro du dépôt légal à la Bibliothèque Générale et Archives : 7/76

REVUE JURIDIQUE, POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE DU MAROC

éditée par

**La Faculté des Sciences Juridiques, Économiques
et Sociales de Rabat**

Directeur : Abdelaziz BENJELLOUN

Secrétariat de Rédaction : Mohamed ENNAJI - Aziz HASBI - Michèle ZIRARI.

Comité Scientifique : Moulay Driss ALAOUI, Abdelaziz BELAL, Saïd BELBACHIR, Mohamed BENNANI, Mohamed BENNOUNA, Ahmed CHOUKRI, Mohamed DRISSI ALAMI, Mohamed JALAL, Amal JELLAL, Abderrahman KADIRI, Omar MEKKAOUI, Fathallah OUALALOU.

Comité de Rédaction : Omar AZZIMAN, Mohamed Raja AMRANI, Driss BEN ALI, Habib EL MALKI, Abdelatif MENOUNI, Aziz HASBI, Abdelkader KADIRI, Ahmed KHAMLICHI, Abdellah SAAF.

ADMINISTRATION ET REDACTION

B.P. 721 Boulevard des Nations Unies - Rabat-Agdal

Abonnement annuel

(2 numéros)

Maroc	40 DH
Etranger	60 DH
Tarif étudiant	24 DH

Modes de paiement : Virement postal ou virement bancaire
C.C.P. Rabat : 45634

FACULTE SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUES

B.P. 721 Rabat-Agdal

Impression : Éditions Maghrébines Casablanca (Maroc)



COLLOQUE SUR VINGT CINQ ANS DE DROIT MAROCAIN

Discours d'ouverture de Monsieur Abdelaziz BENJELLOUN doyen de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat.

Messieurs Les Ministres,
Mesdames, Messieurs,

La faculté des sciences juridiques, économiques et sociales est heureuse de vous accueillir dans ses modestes bâtiments à l'occasion de notre premier colloque du genre. Certains d'entre vous nous ont déjà honoré de leur présence lors de nos colloques ou séminaires précédents... Droit de la mer (1977), Dépendance et développement (1979)... ; d'autres viennent pour la première fois ; la Commission des Colloques ayant voulu ouvrir davantage les portes de la Faculté, bien que celle-ci ne soit pas habituée à recevoir tant de personnalités... La raison en est que le thème du colloque est général et appartient à ce qu'il convient d'appeler «la culture juridique».

«25 ans de droit marocain», pourquoi cette période ? Trois justifications :

— *Tout d'abord*, et parallèlement à d'autres établissements ou ministères, la Faculté de Droit se doit de faire un bilan ; un quart de siècle est une période relativement longue, c'est presque l'équivalent d'une génération entière, cela peut englober cinq plans quinquennaux... Lorsque l'on se penche sur les chiffres, il est impératif de s'arrêter pour voir où l'on va :

En 1979-1980, le nombre d'inscrits à la Faculté est de 14.864 se répartissant comme suit : 14.084 nationaux, 780 étrangers.

Si l'on ajoute le nombre d'étudiants inscrits dans les autres facultés, la réflexion s'impose davantage :

Facultés	Nationaux	Effectifs Étrangers	Total
Casablanca	12 497	128	12 625
Fès	5 445	175	5 620
Oujda	1 514	29	1 543
Marrakech	1 954	27	1 981

La proportion des économistes étant de 1/3 environ, le nombre total des étudiants en droit est de plus de vingt mille... sur un total de 75 000 environ (= 74 465).

Si l'on ajoute le poids des économistes, la Faculté de Rabat abrite à elle seule près de 15 000 étudiants à l'heure actuelle. Le chiffre est-il enviable pour un établissement d'enseignement supérieur ? Les normes internationalement reconnues veulent qu'une faculté ait un effectif de 2 000 à 4 000 étudiants au maximum... Nous l'avons largement dépassé... Des problèmes administratifs de plus en plus complexes rendent la gestion difficile. Pour tout cela un bilan s'impose.

— *Deuxième raison* ayant provoqué l'organisation du colloque : l'enseignement du droit à ces effectifs connaît une crise ; les deux raisons sont bien entendu liées ; mais pour commodité il est possible de séparer momentanément l'enseignement de ses destinataires. L'étudiant en droit a subi plusieurs réformes ; avant l'Indépendance, il étudiait le droit français comme s'il était à Bordeaux et les réformes adoptées en France s'imposaient à lui s'il voulait passer ses examens. En 1960 (1), une licence marocaine a été établie mais il importe de souligner que les enseignants qui en ont posé les règles, étaient dans leur quasi totalité français et quelle que fût leur objectivité, ils continuaient à voir vers la France et à subir la dépendance naturelle de leur pays et de leur milieu ambiant ; néanmoins un pas a été accompli dans la mesure où de nouvelles disciplines islamiques ou typiquement marocaines ont été introduites, et qu'une section arabe a été ouverte :

Exemple :

— en 1ère et 2ème années, les textes ont prévu pour la section juridique :

Théorie générale du droit musulman,

Sources du droit musulman.

— en 3ème année ils ont prévu également :

La théorie du droit musulman (succession et biens).

Des matières nouvelles ont été établies en vue de tenir compte de certaines données nationales, arabes ou africaines en particulier : géographie économique (1ère année sciences politiques), économie de l'Afrique du Nord et de l'Orient arabe (2ème année sciences politiques), vie politique, économique et sociale des pays en voie de développement (3ème année sciences politiques). Un autre avantage de la licence nouvellement établie a été qu'elle ne durait que trois ans et cela en vue de permettre la formation accélérée des cadres dont le pays avait besoin.

(1) Arrêt du Ministre de l'Éducation Nationale du 25 octobre 1960 portant organisation du régime des études et examens en vue de la licence en droit et arrêté du 2 juillet 1961 en vue de la licence en droit (sciences politiques). Les études ont commencé en octobre 1960, l'université marocaine ayant été créée et organisée par le dahir du 21 juillet 1959.

A partir des années 70, la première licence marocaine a commencé à connaître des difficultés ; elle ne permettait plus d'étudier certains problèmes nouveaux et bien des disciplines étaient nées à l'étranger. Le Souverain lui-même a attiré l'attention sur certaines lacunes existant aussi bien en droit public qu'en droit privé (2). Les parties concernées décanat, enseignants et étudiants se sont mis à l'œuvre dès 1974 pour rattraper le retard et élaborer une réforme de la licence. De nouveaux textes ont été publiés pour réformer la licence (Décret du 2 octobre 1978 portant réforme du régime des études et des examens en vue de la licence en droit) (3). La nouvelle licence s'étale sur 4 ans ; elle englobe bien plus de matières que la précédente ; elle met l'accent sur les travaux dirigés et le contrôle continu ; malheureusement la réforme n'est pas encore appliquée entièrement ; de nouvelles matières sont enseignées mais les enseignants manquent pour enseigner d'autres ; les travaux dirigés sont mal organisés du fait du mauvais encadrement et de l'absence des étudiants ; le contrôle continu est rendu impossible par l'attitude des étudiants. Bref, des problèmes pédagogiques existent et un bilan s'impose.

Troisième raison : Le droit marocain a connu certainement une évolution depuis l'Indépendance, comment se présente-elle ? Notre droit actuel est-il plus libéral qu'en 1956 ?... plus autoritaire ? Est-il plus rationnel ou continue-t-il à dépendre d'un système préconçu ? Il est temps de faire le bilan.

Si l'on se limite au droit constitutionnel, il est sûrement intéressant d'analyser le processus constitutionnel au Maroc : trois Constitutions en dix ans, un état d'exception qui a duré quelques années, des « états constitutionnels transitoires » qui n'en durent pas moins... une stabilité institutionnelle originale etc...

Plusieurs chercheurs vont essayer de traiter du devenir du droit marocain au niveau de thèmes généraux ou ponctuels ; les débats qui auront lieu éclaireront davantage les participants surtout lorsque l'on observe le niveau des uns et des autres.

Je suis persuadé que le colloque profitera à nous tous ici présents, enseignants, enseignés, praticiens et responsables.

Merci à vous tous d'être venus.

(2) ... « Nous avons recommandé au doyen de la Faculté de Droit de mettre l'accent sur l'enseignement durant les premières années, du droit public, du droit commercial, du droit maritime, du droit des assurances ». Discours de clôture du colloque d'Ifrane tenu du 11 au 15 mars 1970. Annuaire d'Afrique du Nord, Documents p. 839.

(3) Parallèlement : Décret du 2 octobre 1978 portant réforme du régime des études et des examens en vue de la licence ès sciences économiques.



UNIVERSITÉ MOHAMMED V
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES
ECONOMIQUES ET SOCIALES

COLLOQUE

25 ANS DE DROIT MAROCAIN

VENDREDI 15 MAI 1981	Ouverture et Allocution de Bien venue	: 9h
	Visite de l'Exposition des Ouvrages de Droit Marocain	: 9h30
	Pause	: 10h
	SÉANCE PLENIERE	: 19h30
Abdelhadi Boutaleb	La Loi de 1965 sur la marocanisation, l'arabisation et l'unification de la justice	
Idriss Dahak	La Justice marocaine depuis l'indépendance	: 15h30
Jacques Robert	Les Leçons de 25 années de Droit Constitutionnel marocain	: 16h30
	Pause	: 17h30
Mustapha Sehimi	Constitution et règles Constitutionnelles au Maroc	: 18h

SAMEDI 16 MAI 1981

COMMISSION I. DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT FISCAL

Michel Rousset	Les incidences du critère organique sur le traitement du contentieux administratif	: 9h
Omar Mouddani	La fonction publique locale au Maroc.	: 10h
	Pause	: 11h
Abdelilah Lamkinsi	Analyse critique de la loi de l'urbanisme au Maroc	: 11h30
Ahmed Midaoui	Le contrôle de l'entreprise publique au Maroc	: 15h
Alain Claisse	Plan au Maroc : Droit, discours et pratique	: 16h

COMMISSION II. DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET RELATIONS INTERNATIONALES

Jean-Pierre Colin	L'égalité entre les États ou d'un principe qui signifie son contraire	: 9h
Mohamed Bennani	Les frontières Internationales au Maroc de 1956 à 1981	: 10h
	Pause	: 11h
Ahmadi	Les accords entre le Maroc et les pays étrangers	: 11h30

COMMISSION III. DROIT CONSTITUTIONNEL ET SCIENCES POLITIQUES

Idriss Marghini	Les pouvoirs du juge marocain dans le contrôle de la constitutionnalité des lois et règlements	: 15h
Tahar Bahbouhi	Réflexions sur la notion du Khilafa aujourd'hui	: 16h

COMMISSION IV. STATUT PERSONNEL ET DROIT DES OBLIGATIONS

Ahmed Khamlichi & Abderrazzak My Rchid	La Moudaouana après un quart de siècle de son apparition	: 9h
Omar Thaminy	Le concept méthodologique de «MASLAHA» et ses incidences virtuelles sur le fikh de la famille	: 10h
	Pause	: 11h
Khalid Eid	Réflexions sur le droit des obligations et contrats	: 11h30

COMMISSION V. DROITS DES AFFAIRES ET DROIT ÉCONOMIQUES

Ali Obeïdi	Observations sur les jugements de chèque dans la législation marocaine sur le plan théorique et pratique	: 9h
Mohamed Ben Otmane	L'évolution de droit bancaire	: 10h
	Pause	: 11h
Medaghri Alaoui	Pour un droit de l'entreprise au Maroc	: 11h30
Mohamed Germouni	L'expérience de la B.N.D.E.	: 15h

COMMISSION VI. DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Jean Deprez	25 ans de droit international privé marocain	: 15h
Paul Decroux	L'évolution de droit international privé marocain de 1956 à 1981	: 16h
	Pause	: 17h

COMMISSION VII. DROIT DU TRAVAIL ET SECURITE SOCIALE

Moussa Abboud	Les réalisations de 25 ans d'indépendance dans le droit du travail	: 17h30
Jelal Amal	La sécurité sociale au Maroc	: 18h30

COMMISSION VIII. DROIT JUDICIAIRE

Omar Aboutaib	La procédure pénale	: 17h30
----------------------	---------------------	---------

DIMANCHE 17 MAI 1981 SEANCE PLENIERE

Abdelaziz Cherkaoui	L'évolution du droit marocain à travers la législation	: 9h
J. Santucci	Etat de recherches sur le droit marocain de 1956 à 1980	: 10h
	Pause	: 11h
Omar Azziman	Dépendance et connaissance du droit marocain, un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique	: 11h30
Abdelaziz Benjelloun	25 ans d'enseignement de droit marocain	: 16h
	Pause	: 17h
Abderrahman Kadiri	Rapport de synthèse	: 18h
Omar Azziman Mustapha Sehimi	Clôture du colloque	

Ce numéro ne reproduit pas toutes les communications figurant au programme. Seuls les articles parvenus au secrétariat de rédaction dans les délais prescrits, ont pu être publiés.

L'ordre de présentation des articles est celui suivi lors du colloque.

Le Secrétariat de rédaction



LES LEÇONS DE 25 ANNÉES DE DROIT CONSTITUTIONNEL MAROCAIN

Jacques ROBERT*

Nous fêtons aujourd'hui, si je comprends bien, un quart de siècle de droit marocain. Si cette commémoration me paraît valable pour différentes disciplines juridiques, par contre, je me demande si nous pouvons vraiment fêter 25 années de droit constitutionnel.

En effet, la première loi fondamentale marocaine date de juin 1961 et la première Constitution, de l'année suivante (1962). C'est donc au plus 20 ans de droit constitutionnel dont nous allons essayer de tirer, aujourd'hui, les leçons (1).

Mais il y a, en fait, depuis beaucoup plus longtemps, un droit constitutionnel marocain. Pas depuis un quart de siècle, mais bien depuis des siècles ! Et nul ne peut comprendre, en effet, ce qui s'est passé depuis 25 ans s'il n'a pas, présente à l'esprit, la tradition constitutionnelle marocaine (2).

I. — Si l'on peut parler avec certitude d'un droit constitutionnel marocain, c'est en se situant dans une perspective différente de celle à laquelle nous habituent les études constitutionnelles classiques. Le texte constitutionnel voulu et rédigé pour servir de base à la construction étatique et en agencer les mécanismes n'a pratiquement jamais existé au Maroc :

Nous nous trouvons, à l'origine, en face de la révélation prophétique, révélation qui, heureusement, par la suite, a été éclairée par l'exemple du Prophète et les vertus de ses leçons.

C'est ainsi que se dégagea vite l'idée que le Prophète, venu constituer une communauté à vocation universelle basée sur la soumission au Dieu unique, est chargé par ce Dieu d'organiser la communauté.

Ce pouvoir qui, avec le Prophète, ne connaissait, en fait, que des limites d'un ordre exclusivement moral et religieux, allait être recueilli à sa mort, après quelques dramatiques péripéties, par le Calife qui,

*Professeur de droit public, Président de l'Université de Paris II.

(1) cf. Jacques ROBERT. *La monarchie marocaine*. Collection «Comment ils sont gouvernés». Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1962. 302 p.

(2) V. Jacques ROBERT *Le problème constitutionnel au Maroc* (revue du Droit public et de la Science politique, 1961. p. 959)

pris parmi les membres de la famille du Prophète, doit être élu par un collège de sages s'il n'a pas été déjà désigné par son prédécesseur.

Le Calife est un chef tout puissant qu'une sorte de divination par personne interposée poussera assez facilement vers l'absolutisme.

Il en sera d'autant plus tenté que, chargé, en matière religieuse, de maintenir l'Islam dans la stricte orthodoxie et de combattre ceux qui refusent les invitations de la conversion, investi de la redoutable charge de défendre ses territoires contre l'invasion, d'exercer, comme nous dirions aujourd'hui, le pouvoir exécutif, doté enfin du privilège de lever les impôts, il peut aisément croire détenir la puissance souveraine. Il lui manque cependant le pouvoir législatif. Cette fonction législative n'appartient en effet qu'à Dieu ; il l'a exercé un jour complètement et définitivement, donnant par le Coran ses lois à toute la communauté islamique.

Ainsi, loin de fonder un pouvoir totalitaire, la tradition constitutionnelle islamique traçait des limites non négligeables à la puissance du Calife.

A ces limites institutionnelles allaient dès le Xème siècle s'en ajouter d'autres. S'interpose en effet assez vite entre l'exercice du pouvoir et le Calife, un personnage étranger qui prend le titre d'Emir puis de Sultan. Il s'agit, en fait, d'une sorte de gouverneur chargé, au nom du Calife, d'administrer une région.

Bien vite, ces gouverneurs deviendront, les uns après les autres, des souverains indépendants qui administreront librement une partie du monde musulman.

Province de l'empire arabe au VIIIème siècle, royaume en marche vers l'indépendance au IXème et Xème siècles, le Maroc, dès le XIIème siècle, tranchera les derniers liens qui le rattachaient à la dynastie des Abbassides. Alors, les Sultans, coupés des Califes, s'estimeront fondés à revêtir les attributs de leurs anciens maîtres et s'ériger eux-mêmes en Imams ou Emirs.

La tradition constitutionnelle islamique figurant dans l'héritage du califat, il n'est pas étonnant qu'elle ait été reprise par les nouveaux Sultans. Elle constituera les premiers éléments du droit constitutionnel marocain.

De cette tradition, le Maroc retiendra notamment qu'investi au nom de la communauté, le Sultan doit agir pour le compte de celle-ci. C'est d'elle qu'il tient des pouvoirs dont il ne peut à sa guise disposer. C'est en effet la communauté qui a désigné le Sultan ou du moins les représentants traditionnels de cette communauté et le pouvoir qu'il détient doit être exercé dans l'intérêt national pour répondre à l'appel du peuple.

Aussi les Sultans auront-ils constamment le souci de conformer leur action aux vœux de la communauté.

Sur ces principes transmis par la tradition musulmane la plus ancienne, le Maroc vivra pendant des siècles jusqu'aux premières tentatives de pénétration occidentale.

Secondés par quelques ministres nommés par eux, les Sultans feront pleinement sentir leur autorité dans le bled Makhzen dont ils dominent les villes, contrôlent les campagnes, perçoivent l'impôt et qu'ils tiennent par leurs agents (les Pachas et les Caïds), d'une manière beaucoup plus atténuée dans le bled Siba où une tradition très ancienne de self-government (assemblées d'anciens ou élus) alimente des désirs diffus d'autonomie, voire même de rébellion et dont la population peu arabisée ne reconnaît le souverain que comme chef religieux.

Le Sultan, envoyé du Prophète, qui -comme tel - poursuit dans sa tâche de direction et d'organisation le bien général de la communauté est un monarque dont la puissance, là où elle s'exerce, est pratiquement absolue.

L'idée pouvait donc germer que la rédaction d'un texte constitutionnel bâtissant un état moins personnalisé et assurant un équilibre dans la distribution des compétences serait une barrière à la toute puissance du chef et peut être, qui sait, une première fenêtre ouverte sur l'avenir.

Elle inspira, en 1908, les auteurs d'un premier projet de Constitution, ébauche d'une construction textuelle homogène. Mais ce texte ne fut jamais appliqué et il faudra attendre la fin de la période du protectorat pour que l'on puisse voir apparaître les premiers textes constitutionnels de l'époque moderne (3).

C'est dès le 18 novembre 1955, soit deux jours après son retour au Maroc, à la fin d'un long exil, que Mohammed V, dans son discours du trône, révèle les principaux éléments de la réforme constitutionnelle qu'il veut poursuivre au Maroc.

«Notre premier objectif est, dit-il, la Constitution d'un gouvernement marocain responsable et représentatif» (4).

Ce gouvernement dont le souverain précise qu'il devra assumer la gestion des affaires publiques et engager des négociations avec la France, aura également pour mission de créer des institutions démocratiques issues d'élections libres, fondées sur la séparation des pouvoirs, dans le cadre d'une *monarchie constitutionnelle* reconnaissant aux marocains de toutes confessions les droits du citoyen et l'exercice des libertés publiques et syndicales.

(3) Jacques ROBERT article précité ! R.D.P. 1961. p. 959.

(4) S.M. Mohammed V. *Le Maroc à l'heure de l'indépendance*. Tome 1 p. 23-24. Ministère de l'Information et du tourisme. Rabat

Plus tard, Mohammed V déclarera également «Nous sommes heureux de présenter à notre peuple fidèle, pour la première fois, un gouvernement aussi représentatif que possible qui restera responsable devant nous jusqu'à l'élection d'une assemblée nationale»... Et enfin : «Notre volonté est d'instaurer au Maroc, un régime démocratique dans le cadre d'une monarchie constitutionnelle basée sur la séparation des pouvoirs» (5).

Mais ce sera surtout dans deux discours prononcés en 1958 et 1960, que Sa Majesté Mohammed V tracera définitivement les grandes lignes de ce que devait être le Maroc, une fois acquis totalement son indépendance (6).

Et ce sera plus tard les trois chartes de 1962, 1970 et 1972.

Par rapport aux deux Constitutions de 1962 et de 1970, le dernier texte constitutionnel marocain le plus récent, celui de 1972, a-t-il constitué un progrès ? Marque-t-il une étape importante dans la marche du Maroc vers la démocratie ?

On se souvient que la Constitution du 31 juillet 1970 avait, à côté de certaines permanences dans les principes et les institutions, apporté au texte de 1962 des changements importants qui, au plan de l'évolution libérale, allaient plutôt dans le sens d'une régression : renforcement des pouvoirs du Roi, diminution de la position politique du Premier Ministre, substitution à l'ancien bicaméralisme inégalitaire d'un monocaméralisme affaibli. Le Roi s'emparait, en effet, en 1970, de l'exclusivité et de la totalité du pouvoir réglementaire. A ses côtés, le Premier Ministre voyait sa position politique singulièrement diminuée. Nommé et révoqué par lui, même s'il était parallèlement responsable devant la chambre, il ne contresignait plus les dahirs royaux et cessait d'exercer tout pouvoir réglementaire.

Quant au Parlement, réduit de deux chambres à une seule, il ne comptait plus qu'une petite minorité d'élus au suffrage universel direct, l'écrasante majorité de ses membres étant désignés soit dans le cadre des préfectures et des provinces, par un collège composé des conseillers communaux, soit par des collèges formés des élus des chambres professionnelles et des représentants des salariés.

Demeurée juridiquement une Chambre parlementaire — elle pouvait refuser sa confiance au gouvernement ou voter une motion de censure — l'Assemblée n'était en pratique qu'une bien pâle chambre d'enregistrement.

(5) Déclaration à la presse à la suite du premier défilé des Forces Armées Royales. RABAT. 15 Mai 1956 (dans : S.M. Mohammed V.

Le Maroc à l'heure de l'indépendance tome 1, p. 313-314

(6) V. Jacques ROBERT, article précité. R.D.P. 1961 p. 972

On sait les critiques que souleva ce texte de 1970 et le destin peu glorieux qui fut le sien (7).

Conscient plus qu'un autre qu'à tenter une nouvelle fois l'expérience constitutionnelle il était indispensable qu'elle s'ouvrit sur de plus vastes perspectives, Sa Majesté Hassan II n'a pas hésité à prendre en 1972, le contre-pied à peu près systématique des textes voulus en 1970.

A l'opposé de l'ancienne charte, le nouveau texte trahit un triple souci. Renforcer les pouvoirs de la Chambre des représentants, conforter la stature du Premier Ministre, ne pas augmenter, bien au contraire, les pouvoirs et prérogatives du monarque.

A plus d'un titre, la Chambre des représentants voyait son prestige rehaussé : elle était composée de 2/3 d'élus au suffrage universel direct. Elle se voyait reconnaître parallèlement des pouvoirs singulièrement agrandis. On assistait à une extension remarquable du domaine législatif allant très au-delà des dispositions des Chartes de 1970 et 1962. Le nouveau Parlement possédait, en plus, concurremment avec le Roi, l'initiative de la révision constitutionnelle.

Face à une Chambre dont le texte de 1972 voulait manifestement redorer le blason, le Premier Ministre allait, de son côté, prendre une dimension politique originale et importante.

Après la nomination des membres de son gouvernement par le Roi, il devait en effet se présenter devant la Chambre pour y exposer son programme.

C'est le Premier Ministre qui désormais engagerait lui-même, sans qu'il soit besoin d'en délibérer en Conseil des Ministres, la responsabilité de son gouvernement sur une déclaration de politique générale ou sur le vote d'un texte.

C'est son gouvernement qui assurerait dans l'avenir l'exécution des lois.

C'est enfin et surtout, le premier Ministre qui exercerait exclusivement et totalement le pouvoir réglementaire.

Mais alors le Roi ? Ne disparaît-il point quelque peu devant ces nouveaux acteurs surgis dans de nouvelles conditions sur la scène politique ? Non pas. Il reste encore le vrai maître du jeu, l'arbitre des grandes causes et des grands événements, le recours suprême. Il a simplement renoncé à se mettre constamment en première ligne. Il laisse sous les projecteurs de l'actualité son Premier Ministre au premier plan.

Insensiblement, par touches prudentes et rationalisations mesu-

(7) V. Jacques ROBERT *La Constitution marocaine* (La Croix, 13- 14 septembre 1970) ; cf Jacques ROBERT *La Constitution marocaine de 1962* Le Monde - 24 Novembre 1962.

rées, on semblait donc en 1972 vouloir en revenir à ce « régime parlementaire à la marocaine » que d'aucuns avaient espéré voir naître à la faveur de la conjoncture heureuse de 1962.

Régime dans lequel le Roi, certes, ne fait point que régner, mais qui peut parfaitement permettre un jeu équilibré et harmonieux entre un gouvernement doublement responsable devant le Parlement et devant le Roi et une représentation démocratique agissante (8) 1972, 1981. 9 ans ont passé.

Quelles leçons peut-on tirer de ce quart de siècle bientôt ! de droit constitutionnel marocain ? (9)

Il — Nous voudrions mettre en lumière tout d'abord les incontestables acquis d'une telle période pour attirer en terminant, l'attention sur quelques raisons actuelles d'incertitude.

Les acquis de cette longue période d'histoire constitutionnelle marocaine nous paraissent incontestables et fondamentaux.

C'est d'abord l'installation, maintenant admise et définitive, d'un gouvernement représentatif et la généralisation du suffrage.

Depuis de nombreuses années, les Marocains ont pris l'habitude de voter, de désigner leurs représentants, d'être consultés à l'occasion de votations référendaires. Le peuple est ainsi associé, constamment, à toutes les grandes décisions qui engagent le destin du pays.

Le second acquis nous paraît être le *pluripartisme*. Le Maroc connaît de nombreux partis qui se situent d'un bout à l'autre de l'éventail politique de l'extrême-gauche à la droite traditionnelle en passant par toutes les différentes nuances du centre. Nous constatons ici — en premier lieu — une permanence des partis traditionnels : Parti Communiste, Union Nationale des Forces Populaires, Union Socialiste des Forces Populaires, Istiqlal, Mouvement Populaire, mais nous assistons également à une floraison de partis nouveaux : création du P.P.S. en 1974, création du Parti de l'Action lié à des personnalités berbères, création d'un Parti Libéral et Progressiste lié à certains milieux industriels, création du Parti des Démocrates indépendants, dissidents du R.N.I. en 1981, création parallèlement, d'une nouvelle centrale syndicale... Il n'y a pas de doute, le Maroc est un pays de pluripartisme et il faut s'en féliciter.

Ajoutons à cela que ces partis tiennent librement leurs congrès, éditent leurs journaux, organisent leurs réunions, présentent librement leurs programmes qui pour certains ne manquent pas de cohérence.

(8) V. Jacques ROBERT « Ouverture et continuité ». Le Monde. 1972

(9) V. Jacques ROBERT. *Les élections législatives du 17 Mai 1963 et l'évolution politique interne du Maroc* (Revue juridique et politique d'Outre-Mer. 1963. numéro 2. p. 254 à 289)

Le troisième acquis est l'existence d'un jeu parlementaire véritable entre la majorité et l'opposition. Même si tous les partis ne participent pas à la coalition gouvernementale, les grandes formations confrontent leurs conceptions, discutent publiquement de leurs actions. Il n'y a pas de chape de plomb pesant sur la vie politique. Et ceci conduit, normalement, au quatrième acquis qui est la liberté de la presse.

Au Maghreb, il n'est pas douteux que le Maroc présente une façade démocratique évidente. On peut acheter et lire des journaux représentant les différentes tendances de l'opinion.

Enfin, le cinquième acquis me paraît être l'existence d'un consensus national sur un certain nombre de points.

Il n'est pas contestable par exemple que l'unanimité est faite à peu près aujourd'hui sur la nécessité double d'une réanimation du pluralisme politique et de sa réinsertion dans un cadre institutionnel.

De la même manière, l'unanimité est faite sur certaines initiatives de politique étrangère et sur l'attitude à adopter face à l'Algérie.

Tous ces acquis nous paraissent être très positifs et il est de bonne objectivité de montrer que le Maroc, sur ces points-là, est indiscutablement gagnant.

Reste bien entendu — car il y a toujours des ombres à la lumière — un certain nombre d'incertitudes, pour ne pas parler de divergentes interrogations (10).

Divergence tout d'abord à propos de l'attitude que les diverses forces politiques vont vouloir adopter dans l'avenir quant à leur rôle au sein des institutions.

Les conservateurs soutiennent le gouvernement. Ceux que certains appellent les «révolutionnaires» sont par contre dans l'opposition mais ils jouent le jeu, même s'ils ne sont pas d'accord sur la nature du régime politique, ni sur la politique suivie. Il est à espérer que toutes les formations continueront à suivre cette voie. Mais il n'est pas évident que des divergences ne se reproduisent pas quant à l'attitude à adopter face au pouvoir politique, si des événements graves venaient à se produire.

Incertitude, en second lieu, quant à l'aptitude des institutions à intégrer de façon permanente les forces politiques. Il ne faut pas ravalier le gouvernement au rang de simple exécutant et il ne faut pas cantonner le parlement dans un simple rôle d'organe de ratification. Il faut indiscutablement transformer l'actuelle monarchie présidentiale en une monarchie constitutionnelle, parlementaire et démocratique.

(10) Voir les chroniques politiques et constitutionnelles marocaines de l'annuaire français d'Afrique du Nord 1978 et 1979 (Michel ROUSSET)

Enfin, incertitudes qui peuvent résulter de la contradiction entre la volonté de modernisation du pouvoir et une pratique politique qui fait peut être trop appel à la tradition pour cimenter l'union.

Peut-on parvenir à la modernisation du pouvoir sans rupture avec les bases historiques et sociologiques sur lesquelles elle repose ? En fait, force est de reconnaître que le jeu est entre les mains du monde rural et des élites bourgeoises, le premier, encadré par les structures traditionnelles, les secondes, profitant des avantages du pouvoir. Tout le problème est de savoir aujourd'hui si cela est suffisant et si une évolution plus libérale ne se révélera pas nécessaire pour demain.

En conclusion de ce rapide survol de cette période passionnante qui s'est déroulée depuis l'indépendance du Maroc jusqu'à nos jours, nous voudrions tirer la conclusion suivante :

Aucun pays au monde n'a réussi à passer brutalement et sans transition d'un régime de monarchie absolue à un régime démocratique véritable. Certes les nouveaux pays acquis à l'indépendance sont plus impatients que les autres, mais l'impatience n'est légitime que si elle est raisonnée.

En 1962, la Constitution marocaine devait être appréciée par rapport à ce qui était avant. Or, avant le 7 décembre 1962, il n'y avait jamais encore eu, au Maroc, de constitution-loi, simplement des constitutions-programmes et des énoncés de principe. En 1962, le Maroc faisait donc un grand pas en avant, non seulement en se dotant formellement d'une Constitution mais en établissant un régime parlementaire de type orléaniste.

Pour la première fois, les Marocains allaient élire une assemblée au suffrage universel ; pour la première fois, ils allaient avoir un gouvernement responsable à la fois devant le Roi et devant la Chambre.

C'était un énorme progrès. Sans doute fut-il accompli trop vite. Les avatars de cette Constitution devaient montrer que le Maroc n'était pas encore tout à fait prêt pour une telle mutation.

La Constitution de 1970 qui fait sortir, après 5 ans, le Maroc d'un régime d'exception, ne pouvait que prendre acte de l'échec de l'expérience constitutionnelle de 1962 (11). Mais il est réconfortant de voir que 8 ans plus tard, en 1970, la marche en avant est reprise et que, le texte nouveau, le dernier en date, celui de 1972 est tout à fait dans la ligne de l'évolution qu'avait à l'origine souhaité pour son pays Sa Majesté Mohammed V

Peut-on définir la nature exacte du régime d'aujourd'hui ? Est-on dans un régime parlementaire de type classique, dans un régime parle-

(11) V. Jacques RCBERT *La constitution marocaine* du 31 juillet 1970. Revue MAGHREB numéro 4, 1970, p. 28 et suiv.

mentaire orléaniste, dualiste ? Peut-on parler de «monarchie élective», de «monarchie démocratique» ? Qu'importe, après tout, la nature profonde d'un régime !

Le vrai problème est-il d'ailleurs de juger le régime marocain en le comparant aux types politiques les plus sophistiqués ou plutôt de se demander quelles formes constitutionnelles conviennent le mieux à un pays comme le Maroc, qui n'est ni l'Angleterre, ni l'Allemagne fédérale, ni la France...(12).

Sommes-nous bien sûrs que les mêmes techniques doivent nécessairement s'appliquer à tous les pays quelles que soient leurs structures mentales et leur degré d'éducation politique ? On raconte qu'en 1968, un vieux Monsieur qui, dans la rue venait d'entendre diffuser par les hauts-parleurs le discours du Général de Gaulle présentant à la France la nouvelle Constitution française, avait abordé un jeune étudiant et lui avait dit : «J'ai mal entendu le discours du Général de Gaulle ; qui a-t-il dans cette Constitution ?» et le jeune étudiant avait répondu : «Il y a le Général de Gaulle».

Peut-on transposer aujourd'hui la question au Maroc et demander : qui a-t-il, dans la nouvelle Constitution marocaine ? Sans hésitation, il faudrait répondre : le Roi ! Et si, dans ses profondeurs, c'était bien cela que voulait intensément la Nation marocaine ?

12) V. Jacques ROBERT, article précité. Revue MAGHREB numéro 4, 1970. p. 28 et suiv.



CONSTITUTION ET REGLES CONSTITUTIONNELLES AU MAROC

Mustapha SEHIMI*

Trois Constitutions en dix ans ! Cette instabilité des institutions politiques conduit naturellement à s'interroger sur la notion de Constitution. Comment concilier, en effet, cette fragilité constitutionnelle avec la forme écrite et rigide de la Constitution, souvent présentée d'ailleurs comme le « *texte suprême* » ? Pareille situation n'est pas propre au Maroc : on la remarque également dans les pays maghrébins voisins. En Algérie : la Constitution de 1963 n'est demeurée en vigueur que deux ans. Et, la nouvelle Constitution du 22 novembre 1976 n'a été adoptée qu'après plus de onze ans d'organisation « provisoire ». En Tunisie, aussi : une seule Constitution a été adoptée, certes. Mais sa refonte a été annoncée depuis 1970. Et plusieurs textes de réforme successifs ont été étudiés avant la laborieuse promulgation de la loi constitutionnelle du 8 avril 1976.

Sous des formes particulières à chacun de ces trois pays, apparaît ainsi une difficulté de belle taille : celle des normes juridiques qui n'arrivent guère à « *régir de façon durable le fonctionnement de l'État* » (1). D'où cette question de principe : quelle idée se fait-on de la Constitution ? Ou encore : quelles sont les règles constitutionnelles au Maroc ?

A — VANITE DU CONSTITUTIONNALISME

A propos de l'Algérie, des auteurs ont déjà relevé la « vanité du constitutionnalisme » (2). Une remarque de même nature peut être formulée à l'égard du Maroc. L'idée de base c'est que si des techniques constitutionnelles sont bien utilisées par le constituant marocain, le système qu'elles consacrent leur est étranger à bien des titres. Comme on l'a relevé, « *le droit des constitutions politiques du Maghreb indépendant paraît devoir être caractérisé par la distorsion entre son univers conceptuel, qui est celui du constitutionnalisme, et la*

* Maître Assistant à la Faculté de droit de RABAT.

(1) M. CAMAU, « pouvoirs et institutions au Maghreb », CERES Production, col. « Horizon Maghrébin », Tunis, 1978, p. 152-153.

(2) J. LECA et J.C. VATIN, « l'Algérie politique institutions et régime », Cahiers de la F.N.S.P., 1975, p. 61-62.

faible teneur juridique de son contenu organisationnel» (3). Cette interpellation du droit mérite qu'on s'y arrête. Elle distingue, donc, entre la composante de légitimation du droit et sa composante organisationnelle. Le droit n'a pas seulement pour fonction d'organiser : il contribue également à légitimer ce qu'il organise. Sous ce rapport, les valeurs et les techniques du constitutionnalisme ne sont pas séparées. Au contraire : elles sont étroitement liées. Dans les sociétés contemporaines, cette fonction d'organisation est poussée à l'extrême : elle se traduit dans le même temps par une fonction effective de garantie et de prévision. Le constitutionnalisme classique intègre étroitement ces deux composantes de légitimation et d'organisation. Il présente alors une caractéristique majeure : celle d'un droit à «haute teneur juridique» (4).

Cette particularité aide à mieux appréhender le droit constitutionnel marocain marqué par le décalage entre la conceptualisation et les techniques organisationnelles. A coup sûr, le constitutionnalisme est mis à rude épreuve par la pratique marocaine. Sans doute, il y garde sa fonction de légitimation : mais il ne remplit que partiellement sa fonction de prévision et de garantie. Pour M. Michel CAMAU, cette instabilité et cette plasticité ne correspondent guère à la notion écrite et rigide de la Constitution : elles lui sont même opposées. Si la notion d'instabilité se comprend sans peine, en revanche celle de «plasticité» doit être cernée de plus près.

Elle implique, certes, la mise en forme de dispositions constitutionnelles laquelle peut paraître très rigide d'ailleurs. Il suffit à cet égard de lire n'importe laquelle des trois Constitutions marocaines pour mesurer le degré de formalisation institutionnelle, voire de juridisme. Mais la notion de «plasticité» fait également référence à l'interprétation laxiste dont les dispositions constitutionnelles font généralement l'objet. Le peu d'intérêt dont on gratifie la procédure de révision est typique à ce sujet : les modalités d'adoption de la Constitution de 1970 en sont une preuve (5).

Faut-il voir dans cette «plasticité» une inaptitude du système juridique ? Une réponse affirmative s'impose si l'on veut dire par là que le cadre juridique formel ne peut respecter ses propres règles de transformation. En d'autres termes, il manque au droit constitution-

(3) M. CAMAU, «Caractère et rôle du constitutionnalisme dans les États maghrébins», p. 380, in «Développements politiques au Maghreb», C.R.E.S.M., Éd. C.N.R.S., 1979.

(4) Citée par M. CAMAU, idem, p. 381 (notion empruntée à Monique et Roland WEYL, «Révolution et perspectives du droit», Éd. Sociales Paris, (1974).

(5) Celles-ci furent au centre d'une controverse juridique et politique. Sur cette question : J. ROBERT, «La Constitution marocaine du 31 juillet 1970», Revue Maghreb, numéro 41, sept - oct. 1970, p. 29-38.

nel marocain le caractère de prévisibilité. S'il définit bien la référence d'un comportement social à venir, cette prévision pourtant posée par le texte constitutionnel n'est guère appliquée : elle emprunte d'autres cheminements. Il faut cependant être plus précis et distinguer à cet égard entre l'ordre juridique et l'idéologie juridique : le même traitement ne saurait être appliqué à chacune de ces composantes. L'idéologie juridique — c'est-à-dire l'ensemble des valeurs véhiculées dans un texte constitutionnel — présente en effet dans une large mesure un caractère prospectif. En somme, elle édicte «ce qui devrait être». Des dispositions constitutionnelles, telles que «le droit à l'éducation et au travail» reprises dans les trois Constitutions sont significatives à cet égard. En revanche, pour ce qui est de l'ordre juridique, les techniques employées sont d'une grande élasticité : elles n'ont pas toujours une application effective.

Dans ces conditions, quelle est alors la fonction de ce droit constitutionnel ? Si un tel décalage est observé entre les textes écrits et les pratiques quotidiennes n'est-ce pas le pur produit de ce système que la résultante de son incohérence ? M. Sadok CHAABANE a fait des observations similaires à propos de la Tunisie (6). Il en résulte donc que le droit constitutionnel marocain — et maghrébin — n'a ni la place ni le rôle qui sont les siens dans le constitutionnalisme classique. Il ne peut en effet assurer valablement la constitution d'une prévision élaborée, organisée du comportement social. A ce titre, c'est un droit de faible teneur juridique.

Sous le bénéfice de ces remarques, la qualification donnée par M. Maurice DUVERGER, voici dix-neuf ans, à la première Constitution marocaine présentée comme étant une «Constitution-loi» peut surprendre (7). Pour l'éminent professeur, celle-ci correspond pour l'essentiel au régime politique effectif du pays. La marge y est assez faible entre les textes constitutionnels et l'organisation des pouvoirs publics, telle qu'elle fonctionne pratiquement. Or, la vie politi-

(6) Les manifestations de la vie politique maghrébine ne peuvent être mesurées à la seule aune d'un constitutionnalisme rigide. Comme le souligne cet auteur : «L'hégémonie du parti unique, l'absence d'autonomie des groupes de défense des intérêts, le rôle prééminent des structures exécutives et d'administration, la personnalisation du pouvoir, le niveau assez bas de différenciation structurelle et de spécialisation fonctionnelle ne sont pas des entorses au système de gouvernement mais sont dans la logique de ce système». Analyse stratéliste des processus de gouvernement dans les sociétés en transition — Essai d'une approche nouvelle, thèse de doctorat en droit et en sciences politiques, Tunis 1975, p. 236, cité par M. CAMAU, «Pouvoirs et Institutions au Maghreb», *ouv. cit.*, p. 166.

(7) M. DUVERGER «La nouvelle Constitution marocaine» *«Le Monde»* 30 novembre 1962.

que marocaine des vingt dernières années a quelque peu malmené le constitutionnalisme.

B — LA CONSTITUTION, « RENOUVELLEMENT D'UN PACTE »

A première vue, l'adoption d'une Constitution au Maroc paraît bien résulter de la volonté créatrice du Souverain. Elle s'apparente en effet à un acte volontaire et réfléchi par lequel Il définit le pouvoir qui s'inscrit dans l'institution étatique. De fait, l'élaboration d'un texte constitutionnel est une revendication ayant des racines historiques lointaines. Antérieure au Protectorat — le projet de Constitution de 1908 en est l'illustration — cette revendication a également jalonné les grandes étapes du mouvement national. C'est dire qu'elle était inscrite à l'ordre du jour dès le lendemain de l'indépendance du Maroc. Tant en 1962, 1970 que 1972, le projet de Constitution procédait toujours du Roi ; mais il était soumis, à chaque fois, à la ratification populaire par voie de référendum.

Commentant d'ailleurs la première Constitution, le 3 décembre 1962, lors d'une conférence de presse, S.M. HASSAN II précise : « Cette Constitution, et je tiens à le répéter, ce n'est pas ce qu'on appelle une Constitution « octroyée »... » (8). Là différence tient à la ratification populaire. Dans le premier cas, le peuple se voit en quelque sorte gratifier d'un texte : son consentement — ou son refus — n'est pas nécessaire ; il n'est d'ailleurs pas requis. Dans le second cas, il en va tout autrement. Ce que ne manque pas de relever le Souverain en ces termes : « La Constitution marocaine a permis au Roi de poser la question à toutes les femmes et à tous les hommes en état de voter : « Etes-vous oui ou non d'accord sur ce que Je vous propose ». « Le choix que Je leur offrais ainsi avait une alternative : oui, la Constitution est acceptable ; non, on la refait. »

L'adoption d'une Constitution met ainsi fin à une « situation ambiguë et paradoxale » qui ne pouvait conduire qu'à deux sortes d'évolution : soit l'absolutisme, soit une monarchie constitutionnelle. Elle s'analyse également comme la condition et la concrétisation de l'État de droit. Pour la première fois, dans l'histoire du Maroc, des règles constitutionnelles interviennent dans le champ politique. Elles fondent l'ordonnement politique et lui donnent des principes, une justification et des structures. Elles deviennent créatrices de l'état de Droit. Enfin, elles ont le mérite de sortir les fondements du pouvoir de la tradition du Khalifat et du Sultanat pour les codifier au grand jour. Le fondement du pouvoir est ainsi défini en même temps que sont précisées les conditions et les modalités de son exercice.

(8) in « Citations de S.M. HASSAN II », Mustapha SEHIMI, Éd. SMER, 1981, p. 81.

L'esprit de la Constitution est clairement présenté dans le discours royal du 18 novembre 1962. Le Souverain commence par rappeler le programme institutionnel de Son Auguste Père, S.M. MOHAMMED V, à savoir : libertés publiques en 1958, élections municipales et communales en mai 1960, etc. Puis Il indique que cette œuvre n'avait pu être menée à son terme. Il lui manquait un texte constitutionnel : « *Mais au milieu de l'immense héritage qu'il légua à la patrie, se trouvait la lumineuse promesse de donner au pays une Constitution.* » Et d'ajouter : « *C'est pour lui, en son nom, que je la réalise.* ». La nouvelle Constitution est ainsi présentée comme résultant du devoir filial. Dans le même temps, s'établit une double filiation : celle de S.M. MOHAMMED V et celle de S.M. HASSAN II. La continuité dynastique se traduit, en l'espèce, par la continuité des engagements. L'héritage monarchique est un et indivisible.

D'autre part, le Souverain définit sa conception de la Constitution. D'un côté, une fonction normative : la fixation de « *nos valeurs religieuses et morales* ». De l'autre côté, une fonction technique : celle « *d'établir le fonctionnement du gouvernement et du Royaume sur des bases solides et modernes* ». Mais, surtout, Il précise ce qui sera le dogme intangible à travers les trois Constitutions : « *Cette Constitution est avant tout le renouvellement du pacte sacré qui a toujours uni le Peuple et le Roi et qui est la condition même de nos succès* ».

Une autre idée-force revient toujours dans les déclarations royales : celle de la Constitution définissant un « *cadre* ». Ainsi, dans le Discours précité du 13 décembre 1962 :... « *La Constitution dessine le cadre d'un régime politique...* » Ou encore : « *La Constitution n'est pas une fin en soi, c'est un moyen privilégié puisqu'il règle l'organisation et le fonctionnement de l'État...* » Ce thème sera encore repris, le 1er juillet 1963 devant l'Association de la Presse Diplomatique Française : « *Le problème, a-t-Il déclaré, n'est pas de réussir une Constitution. Le problème est, en faisant preuve de hardiesse et de courage, de constituer un cadre aussi harmonieux et aussi équilibré que possible pour que les nationaux de l'État puissent cohabiter de la façon la plus paisible et la plus productive* ».

Enfin, une dernière qualification a été donnée à la Constitution : celle de convention collective. Dans une allocution prononcée le 25 juin 1963 à la faculté de droit de Bordeaux, le Souverain précise cette idée : « *... On peut dire que la démocratie n'est pas autre chose qu'une convention collective à l'échelon national* ». Celle-ci lie les individus à l'État, avec des obligations respectives pour chacune des parties. Dans cette perspective, la Constitution apparaît comme étant la mise en forme de cette volonté contractuelle. Elle est l'application du pacte communautaire : mais elle fait montre -- on l'a vu

— d'une grande instabilité. Pas davantage, elle n'est une norme supérieure à laquelle le Souverain doit se plier impérativement : elle n'est en effet qu'un « *cadre* ». A ce titre, elle est donc susceptible d'aménagements qui ne sont pas une « *fraude à la Constitution* » mais qui expriment l'adaptation du texte constitutionnel aux circonstances et aux nécessités.

Cette conception-là met en lumière, une fois de plus, la relativité des dispositions constitutionnelles et, partant, celle du droit dans son ensemble. La faible teneur juridique ne veut pas dire pour autant que le droit ne compte pas. Ce serait erroné de le croire dans la mesure où précisément tous les acteurs — le Souverain comme les partis politiques — lui attachent une importance difficile à nier. Mais c'est ce que l'on attend de ce droit qui mérite d'être retenu, autrement dit : sa fonction. Si le Souverain aime souvent à répéter que « *le réel tient le juridique en l'état* », c'est qu'il entend bien qu'un texte constitutionnel — même « *construit* » de ses propres mains — ne soit point un obstacle insurmontable au déploiement de la politique royale : mais qu'il soit un moyen à son service. De fait, à y regarder de plus près, les dispositions constitutionnelles n'ont pas toutes la même valeur. Leur fonction de régulation juridique n'est pas égale : elle varie suivant les catégories de règles constitutionnelles.

C — LA SUPREMATIE CONSTITUTIONNELLE, POUR QUOI FAIRE ?

Accoler monarchie et suprématie constitutionnelle peut paraître sacrilège : comment peut-on en effet les concilier ? J. BARTHELEMY et P. DUEZ, le soulignaient d'ailleurs, voici une cinquantaine d'années, en ces termes : « *Dans une organisation constitutionnelle dominée par le principe monarchique, il n'y a pas de place pour elle : s'il existe une Constitution, elle est au-dessous du Monarque ; elle apparaît sous la forme d'une charte octroyée, simple produit de la volonté de ce monarque qui consent à une fragile auto-limitation de ses pouvoirs* » (9).

Dans le même esprit, (un auteur) estime que « *dans sa rigueur et sa pureté quasi mathématiques, ce principe apparaît de façon évidente comme incompatible avec la monarchie. Comment concevoir, poursuit-il, sans sérieuse réticence que la constitution surplombe l'institution monarchique, s'impose au Roi et fixe sa conduite ? Réticence encore plus vive s'agissant de la monarchie marocaine dont l'histoire et, surtout, la nature religieuse paraissent devoir exclu-*

(9) J. BARTHELEMY et P. DUEZ, « *Traité de droit constitutionnel* » Dalloz, 1933, p. 183.

«radicalement la suprématie constitutionnelle» (10).

Le principe de la suprématie de la constitution est clair : il signifie que la constitution est la loi suprême de l'État. Tout l'ordre juridique est déterminé et conditionné par les règles constitutionnelles. Comme le souligne M. Georges BURDEAU *«aucune des autorités étatiques n'a d'autres pouvoirs que ceux qu'autorise la constitution» (11).*

Il faut préciser cependant qu'il existe la suprématie matérielle, liée au contenu des dispositions, et la suprématie formelle, résultant de la place des lois constitutionnelles au sommet des normes étatiques. De ce point de vue, la suprématie matérielle ne peut qu'occuper une place de choix dans l'ordonnement juridique au Maroc. Rien d'étonnant à cela dans la mesure où elle définit l'idée de droit dominant ; où elle précise les organes de l'État ; où, enfin, elle détermine leurs compétences. D'une autre manière, cette suprématie matérielle paraît dominante dans le système marocain. Formellement, en tout cas, les règles constitutionnelles présentent cette double caractéristique : d'une part, celle d'organiser les compétences des organes de l'État ; d'autre part, celle de hiérarchiser les actes de l'État en ce qu'elles leur sont supérieures. Mais la suprématie de la constitution n'est-elle que d'ordre matériel ? Il convient de relever à cet égard que la suprématie formelle de la constitution vient compléter et renforcer la supériorité matérielle. La rigidité constitutionnelle se traduit de diverses manières : constitution écrite, formes particulières de révision. Mais la suprématie formelle résulte de la hiérarchisation des règles juridiques marquée par la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires. Elle exprime le souci du constituant d'assurer aux règles constitutionnelles une stabilité telle qu'elles soient au-dessus des compétences du législateur ordinaire. Elle est autonome : elle ne dépend point du contenu des dispositions qu'elle couvre.

Au Maroc, la suprématie constitutionnelle existe à coup sûr, qu'elle soit matérielle ou formelle d'ailleurs. Mais il reste à déterminer les domaines respectifs de l'une et de l'autre et, le cas échéant, leur croisement ou leur interaction. Une interrogation se présente à cet égard : elle regarde la fonction du principe de la suprématie.

Les analyses classiques sont convergentes sur ce point : la supériorité de la constitution écrite découle — formellement au moins — de l'existence d'une procédure de révision particulière. Une loi ordi-

(10) Michel GUIBAL «La suprématie constitutionnelle au Maroc», *Revue Juridique et Politique — Indépendance et Coopération*, Numéro 3 juillet - Septembre 1978, p. 886.

(11) Georges BURDEAU *Traité de Science Politique - Tome IV : «Le statut du pouvoir dans l'État»*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 191.

naire ne peut de ce fait modifier la constitution : elle possède une valeur inférieure. Et la constitution est supérieure non seulement aux lois mais plus globalement à l'ordre juridique dans son entier : elle est le fondement de leur validité, c'est-à-dire, de leur régularité juridique.

Pour séduisante qu'elle soit, cette théorie de la supra-légalité constitutionnelle n'est pas aussi limpide. Des difficultés apparaissent en effet dans le cas d'une loi contraire ou non conforme à la constitution. Elles remettent en cause le principe de hiérarchie des normes, cher à Hans KELSEN et, par suite, celui de la supériorité constitutionnelle. Cette thèse a été, on le sait, l'objet de nombreuses critiques. Celles-ci ont été notamment développées d'une manière systématique par Raymond CARRE de MALBERG : «Autant KELSEN, écrit-il, est fondé à soutenir que sa théorie de la gradation appelle et exige la garantie d'un contrôle sur la conformité des lois à la constitution qui soit exercé par une autorité autre que le législateur lui-même, autant, en sens inverse, il y a lieu de conclure de l'absence d'un tel contrôle que la constitution réelle entre elle-même et les lois courantes» (12).

Force est cependant d'ajouter que KELSEN développe lui-même cette idée dans un remarquable article publié dans la revue du Droit Public. Il y observait en particulier que dans l'hypothèse envisagée (celle d'une absence de contrôle de la conformité des lois à la constitution) la constitution n'était pas «pleinement obligatoire» (13).

A dire vrai, aucun auteur ne franchit le pas jusqu'à proclamer clairement que la constitution, en l'absence de tout contrôle, n'est pas obligatoire. Se manifeste ainsi une visible hésitation à abandonner le principe de la hiérarchie entre la constitution et la loi.

Cela dit, qu'en est-il au Maroc ? De quelle manière est assurée la double fonction de régularité juridique et de stabilisation de la production juridique et de la vie politique ?

1 – La régularité juridique

Cohérence juridique et unité du système étatique : telles sont les fonctions de régularité juridique qu'assure la suprématie constitutionnelle. Au Maroc, les règles constitutionnelles n'échappent guère à ce schéma d'ensemble : elles doivent assurer la régularité de l'ordonnement juridique. Les déclarations royales sont nombreuses qui, toutes, mettent l'accent sur le fait que les règles constitutionnelles fondent l'idée de droit qui s'imposent à tous les niveaux :

—«*La constitution du Royaume a été accueillie par toi avec*

(12) Raymond CARRÉ de MALBERG « Contribution à la Théorie générale de l'État », Tome II, p. 603.

(13) Hans KELSEN « La garantie juridictionnelle de la constitution », Revue de Droit Public, 1928, p. 250.

d'autant plus d'enthousiasme et de ferveur que tu la considérais comme la règle de base devant régir ta vie politique (3 Mars 1964).

— *« Nous resterons donc, dans le cadre des principes et pour la réalisation de ces buts, fidèles aux engagements que Nous avons pris de notre bon gré et déterminés à poursuivre l'accomplissement des obligations et devoirs qui Nous sont imposés par la Constitution, notre loi suprême ». (Discours d'ouverture de la seconde session du Parlement, 24 avril 1964).*

— *« Notre décision (l'Arbitrage Royal rendu à propos de l'interprétation de l'article 40 de la Constitution) a été inspirée par Notre souci de sauvegarder la Constitution de donner raison à ceux qui avaient le droit de leur côté quel qu'en soit le nombre » (3 Mars 1965).*

— *« En cette deuxième moitié du vingtième siècle, il est impossible qu'un État évolué puisse demeurer privé d'une loi fondamentale qui définisse clairement les droits et devoirs de chacun, délimite et organise les pouvoirs et fixe le rôle des autorités dans la conduite des affaires de l'État et le droit de contrôle et de mesure qui appartient aux administrés » (3 Mars 1963).*

— *« ... Notre commune ambition est que notre Constitution corresponde authentiquement à nos réalités et garantisse l'exercice de la démocratie dans la stabilité et l'harmonie entre les institutions constitutionnelles » (Message à la Nation du 7 juin 1965).*

— *« Et si les lois qui ont institué le régime des libertés dans notre pays ont été confirmées et renforcées par la Constitution qui est notre loi suprême » (3 mars 1967).*

Toutes ces citations renvoient, avec une remarquable cohérence, à la conception de la suprématie constitutionnelle des démocraties libérales. La supériorité de la constitution se justifie par le fait qu'elle est donc la *« loi suprême »* : elle s'impose à tous. Elle résulte également du fait qu'elle organise des compétences. D'où l'établissement d'un statut juridique des gouvernants. D'où, aussi, le fait que les organes constitués se voient investis d'une compétence qui est d'ordre constitutionnel. Ce système de la compétence se distingue de celui des droits propres. Il ne met pas en œuvre des prérogatives de nature « intrinsèque » liées par exemple à l'autorité, à la puissance, ou à une qualité personnelle. Au contraire : il regarde une autorité déléguée, dérivant de la constitution, et relative à l'exercice de certaines attributions bien définies. Parce qu'elle implique une détermination des pouvoirs des organes constitués, cette notion de compétence illustre, là encore, la suprématie de la constitution. Comme l'a relevé un auteur, *« puisque c'est elle qui crée la compétence juridique, elle est nécessairement supérieure aux autorités qui en sont investies » (14).*

(14) Georges BURDEAU «Traité de science politique», op. cit. p. 194.

Cette délimitation des compétences, fixée par la constitution, précise en outre les conditions et les procédures d'élaboration des actes législatifs et des actes réglementaires ; les plus importants d'entre eux, en tous cas. La suprématie constitutionnelle se traduit par une fonction particulière à cet égard : assurer la régularité organique et procédurale. De ce point de vue, se déduisent à leur tour l'inconstitutionnalité organique et l'inconstitutionnalité procédurale. La première intéresse les actes irréguliers à raison de leur auteur, différent de celui défini par la constitution. La seconde, elle, vise les actes irréguliers au motif que leur procédure d'élaboration n'est pas celle prévue par la constitution.

2 – La stabilité juridique et politique : les trois blocs

Cette fonction de stabilisation juridique et politique repose, au fond, sur la notion de rigidité. La suprématie constitutionnelle implique en effet un caractère rigide des normes posées par le constituant. Le sort de cette rigidité connaît un régime différent suivant que l'on considère telle ou telle hiérarchisation des normes constitutionnelles. Dans le cas de la suprématie formelle, la rigidité existe préalablement : elle en est même la cause. En revanche, pour ce qui est de la suprématie matérielle, la rigidité apparaît comme étant une conséquence : elle a une fonction de préservation – voire de consolidation – de l'ordre juridique et politique existant (15). Mais la rigidité veut-elle dire l'immutabilité ? La réponse donnée par la pratique constitutionnelle marocaine appelle, de ce point de vue, le commentaire. Faut-il penser, comme un auteur, que certaines règles vont plus loin que la suprématie constitutionnelle ; qu'elles «*doivent assurer plus que la stabilité : une véritable fixation, une sorte d'immutabilité*» (16). Une réponse circonstanciée ne peut être donnée à cet égard que si l'on détermine, précisément, quelles sont les «*règles*» dont le statut se situerait au-delà de la supériorité constitutionnelle. Le même auteur estime que parmi ces règles, «*on peut ranger celles qui concernent le principe monarchique et le pouvoir royal ainsi que celles qui sont relatives aux droits et libertés du citoyen*» (17).

Cette identification nous paraît discutable. Elle met en effet au même rang le principe monarchique et les droits des libertés du citoyen. Or, on peut se demander si ces deux domaines méritent un traitement aussi égalitaire. Que le Maroc manifeste de bonnes disposi-

(15) A. Juste titre, Michel GUIBAL écrit sur ce point : «... C'est probablement pour assurer une certaine stabilité juridique et politique que les règles constitutionnelles sont suprêmes et par conséquent, rigides», «La suprématie constitutionnelle au Maroc». Revue J.P.I.C., numéro 3, juillet-sept. 1978, p. 890.

(16) Idem. p. 891.

(17) Idem.

tions à l'égard des droits et libertés du citoyen, n'étonnera personne. Il suffit de référer au projet de constitution de 1908 pour mesurer quel était l'état d'esprit de l'opinion au début de ce siècle. Il suffit également de rappeler que l'un des premiers grands textes adoptés par le Maroc indépendant fut le «*code des libertés publiques*» (18). Enfin, on ne peut ignorer que le pluralisme partisan est un facteur significatif de libéralisation. Il profite aux citoyens, même si la pratique politique des vingt cinq années écoulées ne confirme pas toujours cette observation.

Mais l'intangibilité du principe monarchique est-elle, par nature, comparable aux droits et libertés du citoyen ? Malgré la tradition libérale marocaine et l'esprit du code des libertés publiques de 1958, force est de relever que le régime des droits et libertés du citoyen ne présente aucun caractère d'intangibilité. Une preuve nous est donnée à ce sujet par les textes de 1973 qui ont révisé — dans un sens restrictif — le code des libertés publiques. Les «complots» émanant de l'opposition, ainsi que les événements de 1971 et 1972 ont conduit les autorités à restaurer un nouvel «*ordre moral*», marquant ainsi le durcissement du régime. C'est ainsi que les peines d'amende et d'emprisonnement sont sensiblement relevées ; que les prérogatives du pouvoir exécutif sont renforcées au détriment de l'autorité judiciaire ; et que la notion de protection de l'ordre public inspire désormais toute la réglementation de l'exercice des libertés.

Dès lors, on peut voir que le régime des droits et libertés n'a pas le caractère de fixité que lui attribue M. Michel GUIBAL. Au contraire : il a connu des modifications d'une grande portée juridique et pratique sur la vie des citoyens. Cela tient au fait qu'il s'agit d'un secteur lié directement aux vicissitudes de la vie politique. Sa libéralisation ou son durcissement ne mettent guère en cause les principes fondant la légitimité constitutionnelle du pouvoir. Ils sont dépendants des fluctuations de la conjoncture politique. Que ces règles aient été par exemple officiellement proclamées même durant les cinq années de l'état d'exception (1965-70) confirme-t-il la fixité du régime des droits et libertés ? (19). On peut en douter ne serait-ce que parce que derrière les professions de foi «libérales», les cinq années de l'état d'exception ont été, à divers moments, des heures

(18) Cf. Ces trois dahirs du 15.11.58 relatifs au droit d'association, aux rassemblements publics et au code de la presse. B.O. numéro 2404 bis du 27.11.58, p. 1909 et s.

(19) Michel GUIBAL : «La suprématie constitutionnelle au Maroc», Revue J.P.I.C., art. cit. p. 891. : «Il est d'ailleurs significatif, écrit-il, qu'au moment de la mise en œuvre de l'article relatif à l'état d'exception, ces règles furent explicitement et officiellement déclarées maintenues».

sombres pour le régime des droits et libertés. Au delà des affirmations de principe, seule l'observation de la pratique politique réelle peut donc éclairer l'argumentation.

Cela dit, ne conviendrait-il pas mieux de retenir un autre niveau d'analyse pour déterminer les règles absolument intangibles, en se référant cette fois aux intentions du constituant. Une réponse décisive nous est fournie à chaque fois par le même Titre XI intitulé : « Révision de la Constitution ». Une rédaction identique est donnée à propos des limites au contenu des modifications constitutionnelles : « *La forme monarchique de l'État ainsi que les dispositions relatives à la Religion Musulmane ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle* ». Se précisent ainsi les contours et le domaine de la suprématie constitutionnelle qui forme l'étage supérieur de l'ordonnement juridique et politique. Ce bloc de légitimité constitutionnelle est le fondement de base du système marocain : il irrigue toute sa production juridique et politique.

A l'étage inférieur, on peut ranger le régime des droits et libertés du citoyen, autrement dit, le bloc démocratique. Comme on l'a indiqué précédemment, ce domaine est marqué, officiellement en tout cas, par la stabilité. Mais il est également en prise directe sur la vie politique. D'où les modifications sensibles qui lui ont été apportées, en 1973 par exemple. On peut cependant se demander si à l'intérieur de ce domaine n'existe pas un noyau central que même les vicissitudes politiques les plus sombres ne pourraient remettre en cause. En d'autres termes, ne peut-on pas identifier dans le système constitutionnel marocain un certain nombre de droits et libertés dont la restriction abusive — sinon la suppression — serait intolérable sur le plan politique et pourrait même constituer une menace pour le régime politique. Le standard minimum pourrait comprendre, à titre indicatif, les droits politiques (droit de vote, droit de grève) les droits économiques et sociaux (droit de propriété) et des libertés publiques (circulation, opinion, expression, association et adhésion). L'insertion dans la Constitution de ces dispositions témoigne du fait qu'elles sont jugées, elles aussi, fondamentales. Mais sont-elles réellement constitutionnelles ? En effet, elles ne concernent pas directement l'autorité politique, que ce soit dans son établissement, son transfert ou son organisation. Elles intéressent, en revanche, ce que l'on appelle le droit public relationnel : elles déterminent les rapports des citoyens avec les pouvoirs publics. Il reste que leur importance politique est considérable. Elle traduit toute une inspiration démocratique qu'il a paru nécessaire de fixer dans le texte constitutionnel.

Le dernier étage des règles constitutionnelles présente surtout une caractéristique : l'instabilité. Là encore, la supériorité constitutionnelle est affirmée au niveau des principes : elle n'est « *évidemment pas*

contestable, mais elle ne doit pas jouer un rôle trop marqué de fixation», observe l'auteur précité. La justification de cette instabilité a été donnée par le Souverain dans son Message à la Nation en date du 7 juin 1965. A cette occasion, Il a précisé que la révision de certains articles était nécessaire *«pour parfaire Notre Constitution à la lumière de l'expérience vécue, afin d'éviter au pays une crise d'autorité et les dangers de l'instabilité»*. Cette adaptation institutionnelle est encore justifiée ainsi : *«Toute Constitution, a-t-il poursuivi, comme toute œuvre, est imparfaite et peut être révisée»*.

Reste à savoir cependant quel domaine regardent les articles amendés ? Compte tenu de la pratique constitutionnelle, ce domaine concerne en particulier quatre secteurs (20) : l'élection et la composition du parlement, ses pouvoirs ses rapports avec le gouvernement et, enfin, le partage du pouvoir réglementaire. Ces réajustements successifs introduits par la Constitution de 1970 puis par celle de 1972 s'expliquent par un souci unique : la recherche d'un meilleur fonctionnement des institutions considérées comme essentielles. Non pas que ces modifications intervenues n'aient qu'un caractère secondaire ; mais elles ne doivent point gêner l'équilibre institutionnel recherché par le Souverain. Leur stabilité est de ce fait relative : elle ne saurait en tout cas *«avoir une fonction de stabilisation, même s'il s'agit de pratiques ou d'actes prévus et autorisés par une règle constitutionnelle»* (21).

Finalement, une telle pratique ne doit pas étonner. Car elle ne peut être appréciée qu'à la lumière du but recherché par le constituant. A la différence des exemples tirés de la démocratie libérale, la conception marocaine privilégie la fonction de stabilité juridique. Ce critère formel est tout à fait secondaire : seul le critère matériel est décisif. C'est que la stabilisation de certaines règles constitutionnelles constitue le seul credo de l'ordonnement juridique et politique. La régularité juridique n'est, dans ces conditions, qu'un moyen formel d'agencement institutionnel : elle ne saurait constituer un frein à cet égard. Se manifeste ainsi, au plan de la suprématie constitutionnelle, une sorte de dédoublement fonctionnel marqué par deux caractères. Le premier d'entre eux est de nature supraconstitutionnelle : il concerne, on l'a vu, la forme monarchique de l'État et les dispositions relatives à la Religion Musulmane. Ce bloc comprend donc des normes suprêmes : il s'articule autour de deux valeurs

(20) On a laissé de côté des modifications constitutionnelles, telles celles relatives à la composition de la Chambre Constitutionnelle de la Cour Suprême. Celle-ci est en effet passée de 7 membres en 1962 à 4 membres en 1970 puis à 7 membres en 1972.

(21) M. GUIBAL, «La suprématie...», art. cit. p. 891.

mégapolitiques. Il trouve son fondement dans l'essence même du pays et, à lui seul, permet et justifie la personnalité, l'identité et l'existence de la communauté nationale. Autrement dit : c'est l'expression de la légitimité constitutionnelle. Quant au second caractère, il regarde, lui, ce que l'on pourrait appeler la légalité constitutionnelle. Le secteur qu'elle embrasse porte sur les conditions et les modalités de l'organisation des pouvoirs publics : il est donc, à la limite, essentiellement technique.

LES INCIDENCES DU CRITERE ORGANIQUE SUR LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Michel ROUSSET*

Le système d'unité de juridiction et de séparation des contentieux qui prévaut aujourd'hui au Maroc est incontestablement le résultat d'un choix opéré au moment de l'indépendance en faveur de l'adaptation d'une organisation qui avait été mise en place dès le début du Protectorat ; les grandes étapes de cette adaptation sont connues : 1957 création de la Cour Suprême et du recours en annulation pour excès de pouvoir, 1965 unification, marocanisation et arabisation de la justice, 1974 réorganisation des structures et de la carte judiciaires, adaptation de la procédure civile, formation des magistrats etc... Bien évidemment ce processus d'adaptation n'est pas achevé car le fonctionnement de la justice comporte encore bien des défaillances.

Certes il n'est pas sérieusement contesté que ce système présente l'avantage de permettre la conciliation entre la nécessité de respecter la spécificité de l'action administrative et celle de simplifier le traitement des litiges nés de l'action administrative. Mais depuis quelques années, les travaux qui ont été réalisés sur le contentieux administratif au Maroc, ou bien encore sur la justice administrative au Maghreb, ont mis en lumière les limites de cette simplification ; ces limites résultent de diverses causes, les unes d'ordre sociologique, les autres d'ordre technique ; certes ces deux séries de causes interfèrent dans la pratique pour avoir comme résultat global un faible développement du contentieux administratif ; mais ici on a choisi de n'examiner qu'un aspect du phénomène, son aspect technique et plus précisément le rôle que le recours au critère organique de l'action administrative peut jouer dans le traitement du contentieux administratif.

L'existence du système d'unité de juridiction doit avoir semble-t-il pour première et fondamentale conséquence la disparition de toute difficulté quant à la découverte du juge compétent par le requérant et ses conseils.

La simplification doit normalement concerner l'ensemble du contentieux administratif et l'ensemble des juridictions qui en sont chargées. La répartition des compétences semble en effet claire : la Cour Suprême reçoit en toute matière le contrôle de la cassation. Elle est par ailleurs investie exclusivement du contrôle de légalité par la voie

*Professeur de droit public. Président de l'Université de Grenoble

du recours en annulation pour excès de pouvoir. Quant aux juridictions ordinaires, elles sont depuis 1974 compétentes à l'égard des « affaires administratives » à la différence de ce qui résultait de l'ancien article 8 du D.O.J. de 1913 qui ne leur attribuait compétence qu'à l'égard des marchés, des travaux et des actes ayant causé un préjudice. Mais comme en 1913, et en des termes analogues bien qu'un peu plus précis, l'art. 25 du D.P.C. leur interdit d'entraver l'action des administrations et spécialement d'annuler les actes « des administrations de l'État et des autres collectivités publiques ».

Le système repose donc non seulement sur la séparation des contentieux mais aussi sur la distinction des contentieux et dans cette mesure la simplification obtenue par ce système juridictionnel apparaît relative.

Il s'agit donc de mesurer l'importance des limites apportées à la simplification du fonctionnement du mécanisme et de voir si tant à l'égard de l'obligation de séparer matière administrative et matière ordinaire, qu'à celle de distinguer recours en annulation et recours de pleine juridiction, le recours au critère organique peut apparaître comme une réponse satisfaisante à des difficultés qui sont liées à la nature du système administratif et à celle de l'organisation juridictionnelle elle-même.

! — LES DIFFICULTÉS DE LA SÉPARATION DES CONTENTIEUX

En présence d'un litige né de l'action de l'administration, la première question à résoudre est celle du choix du juge ; la réponse à cette question est simple ; en revanche lorsque le juge saisi doit régler le litige se pose à lui le problème de savoir quel est le droit applicable, droit administratif ou droit commun ; c'est alors que se pose la délicate question du critère de la matière administrative.

A — LA SAISINE DU JUGE

Elle ne doit en principe poser aucun problème en raison de l'unité de juridiction qui impose seulement de redresser la qualification erronée lorsque le requérant a situé à tort son recours en matière administrative ou en matière ordinaire.

Toutefois deux précisions méritent d'être apportées.

Tout d'abord on rappellera que depuis 1974 le tribunal de 1^{ère} instance est compétent à l'égard de toutes les « affaires administratives » ; on pourrait se demander si l'expression ne signifie pas que la compétence du tribunal de 1^{ère} instance n'existe que si le litige entre dans la « matière administrative » ? En clair cela revient à se demander si, dans la limite des taux qui gouvernent leur compétence, les juridictions communales et d'arrondissement ne peuvent pas entrer en concurrence avec les tribunaux de 1^{ère} instance ? La question est

sans doute peu pratique en raison de la modicité de ces taux, mais elle ne peut être ignorée.

Les textes ne permettent pas une réponse absolument claire à cette question ; toutefois il faut absolument pencher pour l'exclusion de toute compétence de ces juridictions sous peine de voir apparaître la complication due à la nécessité de définir avant de saisir le juge la nature de la cause à juger ; au demeurant on peut estimer que le législateur de 1974 en utilisant l'expression « affaires administratives » et non pas l'expression traditionnelle « matière administrative » dont une jurisprudence de près de soixante années a fixé le sens, a penché pour une compétence exclusive du tribunal de 1^{ère} instance pour toutes les affaires concernant les administrations (le C.P.C. algérien de 1971 est à cet égard plus précis ; son art. 7 dispose que les cours connaissent... de toutes les affaires quelle que soit leur nature, où est partie l'État, la Wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif).

Un deuxième argument pourrait être tiré de ce que l'art. 9 du C.P.C. exige qu'un certain nombre de causes soient communiquées au Ministère public et parmi elles, toutes les causes qui concernent « l'État, les collectivités locales, les établissements publics » alors que les juridictions communales sont dépourvues de ministère public ; mais cet argument est affaibli du fait que ces juridictions sont soumises à un texte spécial en ce qui concerne leur compétence et la procédure qui doit être suivie devant elles, le dahir portant loi du 15 juillet 1974, art. 15.

Une deuxième précision concerne la Cour Suprême dont on sait qu'elle comporte plusieurs chambres spécialisées ; il y a quelques années la question a été posée de savoir si l'attribution préférentielle à la chambre administrative des pourvois en cassation contre les décisions juridictionnelles rendues dans des affaires où une personne publique est partie portait atteinte à l'unité de la Cour ; certain commentateur prenant argument du fait que le bureau de la cour avait dans un avis du 4 avril 1957 décidé que seraient attribués à la Chambre administrative les litiges dans lesquels l'administration avait fait usage d'une prérogative exorbitante du droit commun, ou relatifs à l'application de législations spéciales (expropriation, réquisition, fiscalité) ; estimaient qu'il y avait un danger, celui de voir le fonctionnement de la haute juridiction perturbé par la réapparition du critère matériel substitué au critère organique retenu par le législateur. Dans la pratique il n'en a rien été puisqu'aussi bien le dahir de 1957, comme d'ailleurs l'actuel art. 362 du C.P.C., prévoient que « toute chambre peut valablement instruire et juger quelle qu'en soit la nature, les affaires soumises à la cour ».

La chambre administrative n'est pas une juridiction spécialisée, ce n'est qu'un organe de jugement de la Cour Suprême.

En définitive en ce qui concerne la saisine du juge, malgré les réformes de 1965 et de 1974, la situation n'a guère évolué et l'on peut affirmer que le système d'unité de juridiction rend le service que l'on attend de lui en ce qui concerne la simplification du problème du choix du juge.

B- LE DROIT APPLICABLE

Une fois le juge saisi, il lui faut en revanche déterminer les règles sur la base desquelles le litige doit être tranché et c'est alors qu'apparaît la question du critère de la matière administrative : en présence d'un recours relatif à une affaire administrative ou une affaire dans laquelle une personne publique est partie le juge doit qualifier le litige.

Deux possibilités existent théoriquement.

La première qui consiste à estimer que dès l'instant où une personne publique est partie au litige, celui-ci relève de la matière administrative, est traditionnellement écartée par la jurisprudence ; en effet de nombreuses affaires qui mettent en cause l'administration ne méritent nullement un traitement particulier. Le développement de ce que l'on appelle la gestion privée démontre qu'à l'évidence l'action de l'administration ne peut être régie par un corps de règles relevant exclusivement du droit public ; mais de la même façon on peut en sens inverse invoquer l'expérience des systèmes d'unité de droit pour affirmer qu'il ne saurait être question de soumettre l'action administrative à un régime juridique uniforme.

Les juridictions ont ainsi été conduites à tempérer l'application du critère organique en faisant appel au critère matériel qui fait dépendre l'entrée dans la matière administrative du particularisme de certaines situations, ou du particularisme de certains procédés d'action juridique.

Il y a là sans aucun doute un élément de complexité, mais qui est inhérent au système administratif lui-même et à la séparation des contentieux qui en découle.

Des simplifications sont cependant possibles dès lors du moins que tel ou tel litige relève de la matière ordinaire.

C'est ainsi que les situations d'emprise (atteinte régulière ou irrégulière à la propriété privée immobilière) entrent dans la matière administrative depuis la décision *Consorts Felix* (1960) ; de même aussi l'action en responsabilité pour refus de paiement d'une indemnité d'expropriation, et cela bien que l'expropriation relève en vertu de la loi du juge statuant en matière ordinaire en ce qui concerne le prononcé du transfert de propriété et la fixation de l'indemnité.

Ces aménagements sont limités et il semble difficile d'aller plus loin dans cette voie qui tend à diminuer le hiatus entre critère organique et critère matériel.

Certains envisagent une disparition de la situation traditionnelle en matière de voie de fait qui veut que l'acte constitutif d'une voie de fait relève de la compétence du juge statuant en matière ordinaire. Une telle proposition se heurte à différents obstacles. Si la voie de fait rentre dans la matière administrative, c'est la revient à dire que les actes qui la constituent sont des actes administratifs à l'encontre desquels les tribunaux de première instance sont désarmés du fait de la prohibition de l'article 25 du C.P.C. il faudrait alors saisir la Cour Suprême par la voie du recours en annulation, solution moins efficace que le recours en référé devant le juge de première instance.

Reste enfin le problème de la gestion privée c'est-à-dire le recours au droit commun dans des situations identiques à celles que connaît le commerce juridique entre personnes privées ; vendre, acheter, recruter du personnel, passer des baux sont des activités qui, même lorsqu'elles sont le fait de personnes publiques, ne présentent bien souvent aucune spécificité justifiant qu'elles soient soustraites à l'application du droit commun.

Dès lors le juge devra toujours se poser la question de la nature réelle des situations en cause et donc faire appel au critère matériel pour décider s'il doit statuer en matière administrative ou en matière ordinaire.

La jurisprudence inaugurée par les tribunaux du protectorat et poursuivie depuis l'indépendance par les juridictions du Royaume sous le contrôle de la Cour Suprême, consacre cette situation qui ne saurait être remise en cause dès lors du moins que l'on est persuadé que la séparation des contentieux n'est pas un principe artificiel, mais correspond à une nécessité de l'action administrative.

L'expérience algérienne est à cet égard particulièrement frappante : malgré la prééminence du critère organique consacré par l'art. 7 du C.P.C. de 1971, le juge doit fréquemment s'interroger sur le droit applicable parce que l'administration passe tantôt des contrats administratifs tantôt des contrats privés.

Il faut enfin rappeler que dans des hypothèses sans doute relativement limitées au Maroc, mais qui sont cependant réelles et qui pourraient se développer, l'administration fait appel à la collaboration de personnes juridiquement privées pour mettre en œuvre, selon des procédés de puissance publique, des actions qui se rattachent aux missions de service public dont elle assume la responsabilité finale ; le contrôle juridictionnel de ces actions n'est concevable que dans le cadre du droit administratif et la qualification des litiges auxquels

elles peuvent donner lieu implique le recours au critère matériel.

Il est donc clair que la séparation des contentieux introduit dans le système d'unité de juridiction un élément de complexité que l'on peut essayer de réduire, mais qu'il n'est pas possible d'éliminer.

Cet élément de complexité n'est cependant pas le seul : il en est un autre qui découle de la distinction des contentieux.

2. LE CRITERE ORGANIQUE ET LA DISTINCTION DES CONTENTIEUX

Le problème de la distinction des contentieux n'apparaît qu'avec le dahir du 27 septembre 1957 qui crée la Cour Suprême et le recours en annulation pour excès de pouvoir formé contre les décisions émanant des autorités administratives.

La création de ce recours en annulation constitue une innovation capitale puisque désormais la régularité de l'action administrative peut être soumise à la censure du juge.

Cette compétence à l'égard des actes émanant des autorités administratives est confiée à la Cour Suprême par l'art. 1er du dahir du 27 septembre 1957 et aujourd'hui par l'art. 353 du C.P.C. Elle est exclusive.

En effet de 1913 à 1974 c'est l'art. 8 du D.O.J. qui dans ses alinéas 4 et 5 a interdit aux juridictions ordinaires « d'entraver l'action des administrations publiques » et surtout « de connaître de toute demande tendant à faire annuler un acte d'une administration publique ». Depuis 1974 c'est l'article 25 du C.P.C. qui contient cette double prohibition dont il est d'ailleurs précisé qu'elle concerne les actions et les actes des administrations de l'Etat et des autres collectivités publiques.

Cependant si le contentieux de la légalité est en premier et dernier ressort réservé à la Cour Suprême, cette attribution de compétence doit respecter les limites de la compétence confiée aux juridictions ordinaires par le premier alinéa de l'art. 8 du D.O.J. et aujourd'hui par l'art. 18 du C.P.C. dans le domaine du contentieux de pleine juridiction.

C'est dans le souci d'harmoniser les compétences respectives des juridictions que le législateur a posé la règle selon laquelle le recours en annulation pour excès de pouvoir ne serait recevable qu'à la condition que le requérant ne dispose pas du recours devant le juge ordinaire et lui permettant de faire valoir ses droits : contenue dans l'art. 14 (6e) du dahir du 27 septembre 1957, cette règle dite de l'exception de recours parallèle, a été intégralement reprise par l'art. 360 (6e) du C.P.C.

Finalement on se trouve en présence de deux conditions de recevabilité du recours en annulation qui sont essentielles au regard du problème de la distinction du contentieux de l'annulation et du

contentieux de la pleine juridiction : l'acte doit émaner d'une autorité administrative, le requérant ne doit pas pouvoir faire trancher le litige par le juge ordinaire.

La mise en œuvre de cette distinction s'est révélée délicate et la jurisprudence de la Cour Suprême depuis sa création en témoigne qui alimente la critique de complexité souvent portée contre elle. C'est semble-t-il pour répondre à cette critique que la Haute juridiction a amorcé une évolution de sa jurisprudence relative à la définition de l'acte émanant d'une autorité administrative. La Cour Suprême en adoptant le critère organique de la décision administrative modifie la frontière qui séparait jusqu'alors le contentieux de l'annulation du contentieux attribué aux juridictions ordinaires ; mais en cherchant à résoudre les difficultés qui résultaient de la situation antérieure, la jurisprudence de la Cour Suprême en fait surgit de nouvelles ; c'est ce que l'on voudrait examiner en présentant successivement la compétence du juge de l'excès de pouvoir et celle des juridictions ordinaires.

A — LES MODIFICATIONS DU CHAMP D'APPLICATION DU RECOURS EN ANNULATION ENGENDREES PAR LE RECOURS AU SEUL CRITERE ORGANIQUE

De 1957 à 1966 la Cour Suprême s'inspirant de la jurisprudence administrative française exige deux conditions pour reconnaître l'existence d'un acte émanant d'une autorité administrative et accepter le recours en annulation : elle exige que l'auteur de l'acte soit une autorité administrative, elle exige en outre que l'acte soit régi par le droit public ; en d'autres termes elle fait tout d'abord appel au critère organique qu'elle corrige par l'utilisation du critère matériel ; dans un arrêt au moins la Cour Suprême, de façon implicite il est vrai, semble avoir fait une application exclusive du critère matériel à propos d'une décision prise par un organisme privé dans la mise en œuvre d'une mission de service public (1er juillet 1957, Sté. United Exporter c/Caisse d'aide sociale, R. 25).

Cette jurisprudence était sans doute complexe.

D'une part sa complexité intrinsèque résultant de l'utilisation conjointe des deux critères est rendue plus sensible en raison du fait que les requérants et leurs conseils sont peu familiarisés avec le manie- ment de ces notions.

Cette jurisprudence présente d'autre part l'inconvénient de conduire à ce que des litiges mettant en jeu des questions de même nature sont soumis à des traitements juridictionnels différents ; c'est par exemple le cas des litiges qui naissent dans les relations des diverses catégories d'agents avec les collectivités publiques qui les emploient. Désireuse de faire disparaître cette cause de complexité, la Cour

Suprême s'est acheminée en deux temps vers l'abandon du critère matériel.

Dans un arrêt du 25 novembre 1966 ABASSI Abdelaziz, la Cour accueille un recours en annulation dirigé contre une décision de licenciement prise à l'encontre d'un agent recruté dans les conditions du droit privé. Mais il s'agit là d'une solution implicite car la Cour a statué sur le fond de l'affaire sans justifier le fait qu'elle accueillait le recours dans un cas où jusqu'alors elle le rejetait (Mamour BELGACEM, 13 mai 1958, R. 20, Ahmed CHERKAOUI, 30 avril 1959, R. 45).

En l'état de la jurisprudence disponible il semble que ce soit seulement en 1977 que, franchissant une nouvelle étape, la Haute juridiction affirme explicitement sa nouvelle conception de l'acte émanant de l'autorité administrative.

Deux décisions de la Cour Suprême des 26 janvier 1977 (BAD-DAOUI Mohamed c/ Ministre du commerce et de l'industrie) et 6 mai 1977 (Saddek EL MOUMI c/ Directeur général de l'O.C.E.) décident que le recours en annulation pour excès de pouvoir est recevable contre les décisions prises par le Directeur du B.R.P.M. et le Directeur général de l'O.C.E. à l'encontre d'agents contractuels de droit privé : dans le premier cas il s'agissait d'une décision de sanction et dans le second d'une résiliation de contrat.

Dans les deux cas la Haute juridiction déclare que l'art. 363 du C.P.C. lorsqu'il prévoit le recours en annulation des décisions des autorités administratives ne distingue pas selon qu'elles sont soumises au droit public ou au droit privé ; que dans ces conditions le recours est recevable puisque les décisions contestées émanent des responsables d'établissements publics.

On peut évidemment penser que ces décisions sont la manifestation du souci de la haute juridiction de soumettre à un régime contentieux unique l'ensemble des personnels des collectivités publiques, quelle que soit la catégorie juridique à laquelle ils appartiennent. Mais il demeure qu'en raison de la généralité des termes employés, la signification de ces décisions est beaucoup plus large : toute décision prise par une autorité administrative, nationale, locale ou spéciale, est susceptible de recours en annulation quel que soit son régime juridique.

Le recours en annulation voit donc son champ d'application sensiblement modifié, mais il faut ajouter que cette modification ne joue pas à sens unique dans le sens de l'extension ; elle joue également dans le sens de la contraction.

D'une part il s'élargit notablement puisque disparaît désormais le correctif restrictif qui résultait jusqu'alors de la prise en considéra-

tion de la nature privée des situations juridiques en cause.

Mais d'autre part il est susceptible de se rétrécir puisque, si l'on suit les nouveaux principes, il ne sera plus possible de mettre en cause devant le juge de l'annulation les décisions émanant d'un organisme privé : sortent donc du champ du contrôle de légalité les décisions des organismes d'intervention économique de l'État et des collectivités locales constitués sous une forme privée, ou bien des organismes privés gérant des services publics industriels et commerciaux, et de tous les organismes privés investis d'une mission de service public, par exemple les ordres professionnels.

Telle est l'interprétation maximaliste que l'on peut donner de ces deux décisions ; mais elle apparaît difficilement acceptable et n'est peut être pas incompatible avec un raisonnement qui permettrait de dire que sont autorités administratives les personnes même privées qui exercent une activité et utilisent des prérogatives qui leur ont été déléguées par la puissance publique. Ainsi grâce à une conception « fonctionnelle » du critère organique il serait possible de maintenir le contrôle de légalité sur des organismes qui pour être privés n'en sont pas moins étroitement liés aux collectivités publiques par les missions qu'ils assument et par les procédés juridiques qu'ils utilisent.

B— LES INCIDENCES DU CRITERE ORGANIQUE SUR LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX ORDINAIRES

L'extension du recours en annulation comme conséquence du recours à une conception stricte et exclusive du critère organique peut avoir par ailleurs une incidence directe sur la compétence des tribunaux ordinaires qui connaissent de plein droit de toutes les affaires administratives en vertu de l'art. 18 du C.P.C.

On sait que la compétence de ces juridictions a connu une évolution par rapport à celle de leurs prédécesseurs qui résultait de la formule restrictive de l'art. 8 alinéa 1er du D.O.J.

Alors que sous l'empire de cette disposition la compétence des tribunaux ordinaires ne couvrait que les litiges relatifs aux marchés, aux travaux et aux actes ayant porté préjudice à autrui, elle s'étend depuis 1974 à toutes les affaires administratives. Mais si la compétence matérielle des juridictions ordinaires connaît une extension, leurs pouvoirs demeurent limités puisque l'art. 25 du C.P.C. leur interdit d'entraver l'action des collectivités publiques et d'annuler leurs actes; ces juridictions ont donc seulement le pouvoir de déclarer débitrices les administrations publiques et en cela il y a continuité avec le système mis en place par le D.O.J. de 1913.

Certes des extensions des pouvoirs de ces juridictions ont parfois été réalisées par des législations spéciales, en matière de pension par les textes de 1930, ou bien encore en matière fiscale. La jurispruden-

ce elle-même a consacré une extension de ces pouvoirs chaque fois que l'engagement de la responsabilité de l'administration était sous dépendance de la régularité de la décision administrative cause du préjudice.

Au moment de la promulgation du nouveau code de procédure civile, on avait souhaité qu'une nouvelle extension de ces pouvoirs soit admise de façon à faire du juge ordinaire un véritable juge de pleine juridiction dans certains domaines, notamment en matière contractuelle : confier la totalité du contentieux contractuel au même juge peut apparaître souhaitable non seulement pour simplifier le problème de la saisine du juge mais aussi pour unifier les solutions données à la totalité des litiges survenant dans l'exécution du contrat.

Cette perspective semble aujourd'hui devoir être écartée compte tenu du libellé des derniers arrêts rendus par la chambre administrative de la Cour Suprême : dès lors que l'on est en présence d'un acte émanant d'une autorité administrative et que le recours tend à la disparition de l'acte, le recours devant le juge ordinaire n'est pas parallèle, et la compétence du juge ordinaire s'efface devant celle de la Cour Suprême.

Dans les deux arrêts précités de 1977 la Cour Suprême prend bien soin de relever que les actes de résiliation de contrat et de sanction d'un agent contractuel sont hors de portée du juge ordinaire : le recours devant le juge ordinaire n'est pas parallèle car « il n'a d'autre effet que l'obtention d'une indemnité pour préjudice résultant éventuellement de la décision attaquée et n'est pas de nature à englober les effets pouvant résulter de la demande attaquée et de réaliser les buts que poursuit le demandeur dans la présente instance » (arrêt BADDAOUI). De la même manière la Cour Suprême estime que « le demandeur ne peut atteindre le résultat qu'il recherche en présentant une requête devant le tribunal de 1ère instance » et rejette l'exception de recours parallèle soulevée par le Directeur de l'O.C.E. : cette juridiction n'a pas le pouvoir d'annuler la décision de licenciement et de réintégrer le requérant dans son emploi puisque cette décision est un acte émanant d'une autorité administrative (arrêt Saddek EL MOUMI). Il y a ainsi confirmation de la jurisprudence traditionnelle mais aussi extension de cette jurisprudence qui couvre désormais tous les actes unilatéraux d'exécution des contrats de droit privé. En effet bien que les arrêts considérés soient relatifs à des contrats de louage de service, on peut estimer que la généralité des termes employés par la Haute juridiction rend la solution valable pour tous les contrats quelle qu'en soit la nature. Mais il demeure que dès l'instant où le requérant désire obtenir une indemnité pour le préjudice que lui cau-

se la décision annulée, il doit porter son recours devant le tribunal de première instance. On voit ainsi que la simplification recherchée par la Haute juridiction est à cet égard également relative, sinon illusoire, car le requérant devra faire appel à deux juridictions différentes pour faire trancher les deux aspects d'un même litige.

Une autre conséquence notable de cette jurisprudence concerne le contenu de la légalité : il résulte de ces arrêts que dans le cadre du contrôle de légalité, le juge vérifie le respect de la règle contractuelle au même titre qu'il veille au respect des autres règles de droit. Il tranche ainsi un vieux débat doctrinal portant sur le point de savoir si la règle contractuelle fait ou non partie de la légalité entendue au sens matériel.

Évidemment les effets de cette jurisprudence cessent dès lors que le législateur accorde au juge ordinaire plénitude de juridiction pour régler certains litiges particuliers, tels ceux qui sont relatifs aux décisions de délimitation du domaine public, ou bien aux décisions fiscales lorsqu'est en cause le principe même de l'assujettissement du contribuable. En revanche une interrogation subsiste en matière de pension dans la mesure où la législation de 1971 n'a pas repris du texte de 1930 l'attribution spéciale de compétence : on est ainsi conduit à se demander si devant le silence des textes la Cour Suprême ne remettra pas en cause la jurisprudence traditionnelle qui permettait aux tribunaux ordinaires de « réformer les décisions prises en cette matière par l'administration ».

Qu'il s'agisse de la séparation des contentieux ou de la distinction des contentieux, il est clair que le recours au critère organique n'est pas en mesure de réduire de façon sensible la complexité du système : les avantages qu'il comporte sont en effet composés par des inconvénients d'importance au moins égale.

S'il simplifie le problème de la saisine du juge de la légalité c'est au prix de l'abandon de toute possibilité de contrôle des actes des personnes privées liées aux collectivités publiques et qui sont substantiellement des actes administratifs.

Par ailleurs dans la mesure où le jeu du critère organique conduit à faire entrer dans la compétence du juge de l'excès de pouvoir des litiges qui antérieurement relevaient de la compétence du juge ordinaire, il comporte ce que l'on pourrait appeler un effet pervers qui est d'éloigner le requérant de son juge.

L'avantage technique que le requérant peut en retirer en accédant au recours en annulation pèsera-t-il d'un plus grand poids que les difficultés matérielles qu'il rencontrera en pratique pour faire aboutir la procédure ?

Finalement on se trouve en présence de contradictions qui sont

inhérentes aux structures du contentieux administratif et celles de l'organisation juridictionnelle ; s'il n'est guère envisageable de modifier sensiblement les premières, il est en revanche possible de faire évoluer les secondes. Ne conviendrait-il pas pour cela d'aménager la compétence des juridictions en procédant à une déconcentration du contentieux de la légalité ?

Cette idée qui a d'ailleurs été déjà émise par différents auteurs non seulement au Maroc mais aussi en Tunisie et en Algérie, se heurte il est vrai à de sérieux obstacles ; on peut en relever deux principaux qui sont partiellement liés.

Le contentieux de la légalité est considéré comme un contentieux politiquement sensible et techniquement délicat.

Il est vrai qu'il aboutit, ou peut aboutir, à la disparition de l'acte irrégulier, mais tel est le but du contrôle qui, à bien y réfléchir, est favorable à un meilleur fonctionnement de l'administration. La « tension » qui découle du contrôle ne peut qu'inciter l'autorité administrative à s'acquitter de sa tâche conformément à la Loi.

Dans cette perspective toute action tendant à rendre plus aisé l'accès au juge ne peut être qu'encouragée.

D'autre part le contrôle de légalité est considéré comme particulièrement délicat ; mais il s'agit là d'une pure pétition de principe car rien ne prouve qu'il soit plus difficile de déceler l'irrégularité d'une décision administrative, que de déceler la faute quasi délictuelle ou contractuelle de nature à permettre l'engagement de la responsabilité de la collectivité publique.

On peut admettre que l'insuffisance du nombre de magistrats qualifiés n'ait pas permis jusqu'alors d'envisager un tel redéploiement du contentieux de la légalité ; mais la nécessité de celui-ci est inscrite d'ores et déjà dans les faits : elle découle du développement démographique, de la déconcentration de l'appareil administratif et l'accroissement continu de l'intervention administrative : ce sera sans aucun doute l'une des tâches importantes qu'il conviendra d'accomplir au cours de ce dernier quart de siècle de façon à ce que l'idée selon laquelle le contrôle de l'administration est une démarche naturelle coïncide avec une organisation juridictionnelle aisément accessible à tous.

LE PLAN AU MAROC

(Droit, discours et pratiques)

Alain CLAISSE*

« Il faut... il convient ... il est souhaitable... » tel nous apparaît le discours du planificateur. Il serait aisé de montrer que le plan au Maroc comme ailleurs est un discours mobilisateur qui ne mobilise plus. Pourtant si l'on s'attache à ce qu'est le plan plutôt qu'à la vision imaginaire de ce qu'il n'est pas ou devrait être, on constate qu'il offre une vision pertinente des choix opérés dans la société marocaine depuis 25 ans.

Certes, il ne s'agit nullement d'un reflet fidèle. Le plan est parole et la parole est par essence parabole c'est-à-dire fable. Mais le plan est une parole dont la cohérence trompeuse permet de comprendre la cohérence du réel. Le propos illusionniste du planificateur est tout à la fois esthétique et éthique. C'est un discours policé rempli d'urbanité où se mêlent joyeusement les réalisations positives, les perspectives éclairées et les promesses rémunératrices. C'est un discours qui se dit nécessaire et juste, de cette justice distributive qui le place au niveau de la norme morale, juridique et sociale.

Le plan n'est pas en lui-même une règle de Droit, encore qu'il existe un droit de la planification qui est une branche du Droit économique. Le plan est au-dessus du Droit ou plus exactement il le précède, le justifie, le légitimise. Que seraient en effet les codes d'investissement, la réglementation des prix, le régime juridique des exportations, sans les documents du plan qui en éclairent les finalités et les réalisations dans un ensemble toujours cohérent et nécessairement inachevé ? Le plan fonctionne comme une suite de séquences qui parfois se chevauchent ou s'espacent mais s'ordonnent le plus souvent dans une continuité façonnée par des acteurs successifs avant tout soucieux d'éviter les ruptures.

1956 ne constitue pas une année de rupture pour le planificateur. C'est l'avant dernière année du deuxième plan quadriennal 1954-57. Une année banale en quelque sorte. Pourtant le Maroc sait alors qu'il convient de transformer cette pesante « économie de comptoir » élaborée par les autorités du protectorat et fondée essentiellement sur

*Professeur à l'École Nationale d'Administration Publique de Rabat.

les infrastructures et les axes de communication en une véritable économie nationale.

Un programme biennal de transition 1958-59 assure le relais avec ce qui sera le premier véritable plan du Maroc (1960-64). Ce plan affirme son intention de mobiliser et de moderniser le pays en l'industrialisant. Les changements politiques intervenus en mai 1960 avec le départ de l'U.N.F.P. du Gouvernement et en janvier 1963 avec celui de l'Istiqlal auxquels s'ajoutent un certain nombre de difficultés économiques provoquent une révision du plan en 1963. Après une phase de repli marquée par le plan 1965-67 et correspondant à la situation politiquement gelée de 1965, se réamorçe le travail d'élaboration d'une véritable planification. Les plans 1968-73 et surtout 1973-77 correspondent à des années fastes pour le planificateur. On dispose d'outils statistiques et d'indicateurs économiques qui commencent à être pertinents et l'on entreprend une régionalisation du plan. Les dernières années de la période 1973-77 sont affectées par une récession provenant notamment de l'effondrement du cours des phosphates. Le plan triennal 1978-80 constitue une nouvelle séquence de mise au point pour la préparation de l'actuel plan 1981-85 dont on espère qu'il marquera une relance de la planification.

Durant cette vaste période et malgré les ratés, les pauses et les fuites en avant, s'est construit un appareil perfectionné de planification dont on s'efforcera de souligner quelques ambitions, réalisations et déficiences à travers l'étude des modalités de son élaboration (I), de la forme de son discours (II) et des difficultés de son application (III).

I – LES MODALITÉS D'ÉLABORATION

Depuis l'indépendance, les règles techniques d'élaboration du plan s'affirment (B) sans toutefois laisser une place véritable au débat politique (A).

A – LE DIFFICILE DÉBAT POLITIQUE

Dès l'indépendance, le gouvernement marocain s'efforce de mettre en place des institutions de planification susceptibles d'assurer une représentation au moins symbolique des diverses composantes du corps social. Un Conseil Supérieur du plan est institué par le dahir du 22 juin 1957. Placé sous la présidence du chef du gouvernement, il comprend les ministres concernés, des représentants des agriculteurs, des ouvriers, artisans, industriels et commerçants nommés par décret, ainsi que les présidents du Conseil National Consultatif (qui joue alors le rôle de Parlement provisoire). Le Conseil Supérieur du plan est initialement chargé de l'élaboration des documents du plan avec le concours de commissions spécialisées et d'une commission centrale d'études et du financement présidée par le ministre de l'économie nationale qui dispose à l'époque d'un rôle prépondérant. On prévoit

également des commissions provinciales devant donner leur avis sur les aspects locaux du plan.

Dans la pratique, le plan 1960-64 sera élaboré principalement par les services du ministère de l'économie nationale. Soumis au Conseil supérieur du plan en août 1960 le plan est arrêté en Conseil des ministres en novembre. Cette première expérience montre que l'on ne peut faire de ce Conseil une instance d'élaboration mais qu'on peut l'utiliser comme une instance consultative. Sa représentativité sera par conséquent élargie. On songe notamment à intégrer dans une même perspective la politique de planification et la politique de mobilisation du monde rural, préparée dès 1960 et entreprise en 1961 sous le nom de promotion nationale. Le Conseil Supérieur de la promotion rurale créé en juillet 1961 et le Conseil Supérieur du Plan sont rassemblés en un Conseil Supérieur de la Promotion Nationale et du Plan (C.S.P.N.P.) consacré par la Constitution de 1962. Aux termes de la Constitution, le Conseil «arrête le projet de plan» et détermine le montant des dépenses correspondantes, après quoi le projet sera soumis au Parlement puis au Conseil des ministres. Un dahir du 13 novembre 1963 fixe une nouvelle fois la composition du C.S.P.N.P. en lui donnant un caractère de chambre économique. Présidé par le Roi, conformément à la Constitution le Conseil comprend les membres du Gouvernement et le directeur du Cabinet royal, le Gouverneur de la Banque du Maroc ainsi que les présidents des assemblées provinciales. En revanche l'option quelque peu socialisante qui avait marqué les premières années de l'indépendance se trouve effacée par l'absence de référence aux représentants du monde ouvrier et agricole au profit de personnalités nommées discrétionnairement par le chef du Gouvernement dans une proportion d'un tiers du total de l'effectif.

Le plan 1965-67, bien que soumis au Conseil Supérieur du Plan et au Parlement au début de l'année 1965, ne pourra guère donner lieu à un débat approfondi. Il ne s'agit en effet que d'un programme de réajustement préparant l'élaboration d'un véritable plan. La proclamation de l'état d'exception en 1965 et la suspension du Parlement entraînent une modification du C.S.P.N.P. par le dahir du 1er mars 1968. Le directeur du cabinet royal a désormais la préséance sur le Premier Ministre et les membres nommés sont supérieurs à un tiers du total.

On revient en 1970 à une formule élargie, le C.S.P.N.P. comprend désormais dix membres élus de la commission des finances de la Chambre des représentants ainsi que les membres du Conseil Supérieur de l'Enseignement et les présidents des assemblées provinciales. L'avortement de l'expérience parlementaire de 1970 ne permettra pas qu'un débat politique puisse s'instaurer sur le plan 1973-77. En

revanche le C.S.P.N.P. est de nouveau élargi. Le dahir du 10 avril 1973 réintroduit les représentants des catégories socio-professionnelles. Désormais les chambres professionnelles (agriculture, artisanat, commerce et industrie), les syndicats ouvriers et le Comité du Crédit et du marché financier élisent des représentants au conseil.

Malgré la solennité accordée aux travaux du C.S.P.N.P., les propositions faites par les diverses commissions qui le constituent sont souvent mineures et ne semblent pas procéder d'un réel débat. Les débats parlementaires à propos du plan sont inaugurés lors de l'adoption du plan triennal 1978-80. Le caractère même de ce plan, l'urgence de ses conditions d'adoption ne permettent pas encore un débat substantiel. La discussion au parlement du plan 1981-1985 en juin 1981 est quelque peu altérée par la crise politique (une bonne partie de l'opposition manifeste son intention de quitter le Parlement à la fin du mois) et la crise sociale (la hausse brutale des prix provoque des grèves et des troubles dans certaines grandes villes et notamment Casablanca).

B- L'AFFERMISSEMENT DES TECHNIQUES

En 1956, le Maroc dispose de services du plan peu étoffés mais néanmoins pourvus d'un service Central des Statistiques dont les premières données globalisées font l'objet d'une publication en 1960 (tableaux économiques du Maroc 1915-1959 publiés par le ministère de l'Economie Nationale). La faiblesse principale de ces données provient de la conception même que le protectorat se faisait de l'économie marocaine ; il s'agit de statistiques partielles et non régionalisées. On sait en effet le peu d'intérêt que les autorités du protectorat attachaient à ces données.

Les rédacteurs du plan 1960-64 seront amenés à déplorer l'insuffisance des données économiques par secteur et par zone qui rend presque impossible une véritable programmation intégrée des équipements. L'absence de coordination intersectorielle constitue le deuxième défaut majeur du système de collecte des données. Les critères d'évaluation et de choix des projets se font par ministère et nullement en fonction de programmes intégrés. Les filières verticales l'emportent ainsi sur la coordination horizontale et tendent à faire du plan une juxtaposition de programmes plutôt qu'un ensemble ordonné et cohérent.

Les efforts entrepris depuis l'Indépendance ont été orientés dans ce sens : régionalisation de l'information et développement des structures horizontales de concertation.

C'est au cours des plans 1968-72 et 1973-77 que sont mis en place les principaux instruments de prévision, d'information et de programmation. De nombreuses enquêtes sont menées à partir

de 1968 dans le cadre des bureaux régionaux du plan alors mis en place au niveau territorial : enquêtes de consommation, enquêtes sur les budgets familiaux, recensement de la population, fichiers des entreprises industrielles et commerciales etc...

A partir de 1970, on met en place des cellules de programmation dans certains ministères. Ces cellules sont chargées d'établir les normes d'élaboration et d'exécution des projets inscrits au plan et de fixer le montant des investissements et des crédits de fonctionnement correspondants.

Il faudra attendre 1972 pour que les procédures d'élaboration du plan soient clairement établies. Un ensemble de textes publiés en janvier et mars 1972 constituent la base du système actuel, (décrets du 24 janvier et du 7 mars 1972).

On commence par établir des projections sectorielles et globales à moyen et à long termes mettant en évidence les relations entre production, consommation et échange. Il est ensuite procédé à l'évaluation des effets prévisibles de l'expansion démographique sur le plan social (besoins alimentaires, emploi, logement, santé, éducation) et économique (croissance du P.I.B., répercussion sur les finances publiques, la monnaie et le crédit) Des scénarios à moyen terme sont établis sur cette base et une note d'orientation est adressée à chacun des ministères qui établit pour son compte un projet de rapport sectoriel. Une note d'orientation régionale est adressée aux commissions régionales du plan. Ces commissions appelées Assemblées Régionales Consultatives associent les représentants de la province, des services extérieurs de l'État et des groupes socio-professionnels (chambres d'Agriculture et de Commerce et d'Industrie). Les Assemblées Régionales Consultatives fixent une liste de priorités dégagées au niveau provincial qui est transmise au niveau national.

Les commissions nationales du plan instituées en 1972 sont de type vertical et horizontal. Les commissions verticales sont sectorielles. Il en existe actuellement une vingtaine (Agriculture, enseignement, transport, équipement...) rattachées chacune à un ministère particulier. Elles examinent point par point les projets de rapports sectoriels élaborés par les ministères techniques. Les commissions horizontales (au nombre de neuf pour le plan actuel) examinent les projets par type de problème : formation des cadres, emploi, affaires sociales etc... La commission de synthèse constituée par les secrétaires généraux de ministère sous la présidence du secrétaire d'État au plan assure la coordination de l'ensemble des travaux en fonction du calendrier prévu. L'ensemble des rapports est adressé au gouvernement et après arbitrage, le projet est rédigé, délibéré en conseil des ministres et soumis au C.S.P.N.P. Le projet est enfin présenté au parlement.

Cette procédure d'élaboration souffre encore de nombreuses insuffisances.

Au niveau local tout d'abord. Il est évident que la place des organes décentralisés (communes, provinces) est insuffisamment définie malgré le renforcement des pouvoirs de coordination du gouverneur résultant du dahir du 15 février 1977.

Les Assemblées Régionales Consultatives ignorent en général le montant exact des enveloppes financières attribuées à leur région. Elles délibèrent sur des données incertaines, procèdent à des classements parfois incohérents ou émettent des vœux irréalistes. Il est bien certain que les fonctionnaires locaux et surtout les élus locaux sont encore très mal préparés à l'exercice de leurs fonctions économiques et que les programmes de formation récemment entrepris par le ministère de l'intérieur sont plus que nécessaires. C'est l'une des raisons pour laquelle les rédacteurs du plan 1981-85 invitent à consulter les instances locales sur le seul aspect «qualitatif» du plan.

Au niveau national, le nombre croissant des commissions instituées en 1972 n'est pas compensé par une coordination efficace des services centraux du plan. Les ministères raisonnent, semble-t-il, beaucoup trop en termes de priorités sectorielles et les programmes d'équipement résultent plus du rapport de force entre directions techniques que d'un choix politique cohérent. Le renforcement des services du secrétariat au plan depuis une douzaine d'années ne s'est pas accompagné d'une consolidation de son autorité politique malgré son rattachement au premier ministre et le fait qu'il ait été promu au rang de ministère en mai 1981 lors des travaux du C.S.P.N.P. Il reste par conséquent à trouver les moyens institutionnels permettant aux services du plan d'imposer une politique cohérente face aux tendances particularistes des différents ministères.

II - LES FORMES DU DISCOURS

Le plan est une parole publique. Un discours au sens oratoire du terme, a pour fonction éminente de détourner le sujet d'agir comme il serait naturellement tenté de le faire. Il incite à ne pas faire par une parole d'objurgation (A). Le plan est aussi une parole de promesse et de consolation détournant de l'anxiété et de l'incertitude de l'avenir. Le plan rassure par l'exorcisme (B).

A - L'OBJURGATION

La première des objurgations porte sur la notion de plan elle-même. Le Maroc a quelque peu souffert de ces faux plans par lequel le protectorat a construit le Maroc utile contre le Maroc inutile. En 1957, on n'annonce pas un plan pour tout de suite mais un programme de transition. Dès les premières années du plan 1960-64, on révisé

les choix timidement opérés auparavant. Sans trop le dire, on condamne ce qui était alors considéré comme «un système trop rigide de planification et d'administration». Le plan 1965-67 repose finalement sur un double refus : refus d'une industrialisation accélérée (qui à la même époque caractérisait la politique algérienne) et refus de financer les investissements autrement que par l'appel aux capitaux extérieurs.

Les plans 1968-72 et 1973-77 développent sur ces mêmes bases un discours techniquement plus élaboré. Il importe alors tout à la fois d'inciter les investisseurs nationaux et étrangers à ne pas investir ailleurs qu'au Maroc et à investir hors des régions déjà pourvues (l'axe Kénitra-Rabat-Casablanca). Les mesures de marocanisation et la révision de code des investissements en 1973 constituent deux facettes différentes mais complémentaires de cette politique.

Les questions socio-culturelles sont probablement parmi celles qui se prêtent le plus aux objurgations du pouvoir puisqu'elles touchent à des comportements non économiques donc apparemment moins rationnels d'une population importante. La planification familiale, l'exode rural, l'entropie administrative, l'arabisation sont autant de secteurs où l'État développe un discours plus dissuasif qu'incitatif. Le plan 1960-64, par exemple, exigeait «l'abandon du mode de vie traditionnel» et réclamait la suppression des «formes de groupements traditionnels». Prenant en partie le contrepied de ce discours, le plan 1968-72 s'attache quant à lui, aux opérations de «relance communale» et de «développement communautaire» en matière d'habitat rural puisqu'entre-temps l'exode rural est apparu comme une menace essentielle.

Les rapports de force politiques s'inscrivent en négatif dans le discours du plan qui écarte telle orientation, telle demande momentanément en situation de faiblesse. Ainsi en va-t-il de l'arabisation. Elle occupe une place faible ou inexistante dans les plans 1968-72 et 1973-77. Le retour de l'Istiqlal au gouvernement en 1977 se traduit dans le plan 1978-80 par la volonté affirmée de «parachever l'arabisation de l'enseignement et de l'administration» notamment parce que «l'arabisation de l'enseignement est une nécessité «pédagogique». Mais quatre ans plus tard, le plan 1981-85 souligne la nécessité de préserver les connaissances techniques et technologiques et conclut : «nous sommes obligés d'utiliser un bilinguisme interdisciplinaire» et la marocanisation redevient comme auparavant l'objectif prioritaire et «préalable à tout plan d'arabisation». Le discours normatif procède ainsi de l'ordre politique.

B – L'EXORCISME

L'exorcisme est un acte rituel visant à écarter les génies malfai-

sants. Le discours du plan stigmatise ainsi, faute de pouvoir les supprimer, certains maux de la société. Les disparités entre classes sociales constituent un thème presque toujours rencontré dans les plans de développement. L'exemple du Maroc est à cet égard significatif.

« Il n'y aura pas de progrès véritable tant que la majeure partie de la population continuera à vivre dans des conditions misérables » déclare le plan 1960-64. En 1965 le planificateur estime que « les sacrifices devront être répartis entre les diverses catégories sociales ». Le plan 1968-72 insiste sur « l'élévation du niveau de vie et une répartition équilibrée du revenu ». En 1973 le ton est plus impératif : « répartition équitable des fruits de l'expansion dans le cadre d'une véritable justice sociale », la formule est identique dans le plan suivant. On est plus catégorique en 1980 puisque l'on évoque pour la première fois « les différences sociales croissantes » et le fait que « la réduction des inégalités sociales sera sans doute le problème central du développement de notre pays » dans les deux prochaines décennies. Cette inquiétude croissante au fil des plans agit comme un véritable exutoire. Ainsi le privilège de l'autorité réside surtout dans sa capacité non pas de régler les problèmes mais d'en rappeler les termes et ainsi de les désamorcer au moins pour un temps.

III — LES DIFFICULTES D'APPLICATION

Le budget est l'instrument essentiel d'exécution du plan. Dans leur enthousiasme originel, les constituants de 1962 institutionnalisent ce principe avec une particulière fermeté en disposant notamment dans l'article 53 (devenu l'article 49 dans la Constitution actuelle) que « les dépenses d'investissement résultant de l'application du plan ne sont votées qu'une seule fois lors de l'approbation du plan par la Chambre des représentants. Elles sont reconduites automatiquement pendant la durée du plan ».

Cette procédure est ambitieuse puisque le budget d'investissement devient la simple traduction annuelle des décisions prises par le plan. Cette disposition restera lettre morte. Dès 1963 on renverse la logique imaginée en 1962. La loi organique des finances (dahir du 9 novembre 1963 modifié par le dahir du 3 octobre 1970 et celui du 18 septembre 1972) dispose en effet que « les plans approuvés ne peuvent donner lieu à des engagements de l'Etat que dans les limites fixées par la loi de finances de l'année. Cette disposition redonne au budget sa qualité d'acte d'autorisation des dépenses et relègue le plan au niveau d'une référence formelle. Les autorisations de programme et crédits d'engagement au titre des dépenses d'investissement sont d'ailleurs votées chaque année sans référence au plan.

Faute de donner un caractère impératif aux objectifs du plan, pouvait-on imaginer un contrôle budgétaire de l'exécution du plan ? Ceci est difficile pour au moins trois raisons :

— Les nomenclatures du plan et celles du budget ne sont pas identiques et il n'existe pas de grille de passage de l'une à l'autre. La classification économique des dépenses budgétaires n'est pas utilisée pour la préparation de la loi de finances ainsi que le soulignent eux-mêmes les rédacteurs des plans 1973-77 et 1978-80

— Les relations entre dépenses d'investissement et de fonctionnement sont mal clarifiées. On ignore souvent le coût de fonctionnement des équipements réalisés et parfois même à quel programme de réalisation physique correspond le montant affecté dans le budget aux investissements publics.

— Enfin et surtout il n'existe pas d'instrument d'évaluation de la réalisation physique des opérations programmées en dehors du contrôle d'exécution des opérations individualisées opéré par les ministères techniques et du contrôle d'exécution budgétaire opéré par la loi de finances elle-même. Les textes portant approbation du plan prévoient inlassablement depuis 1957 un rapport annuel devant comporter les termes physiques et comptables de réalisation du plan mais aussi les réformes et mesures à mettre en œuvre. Ces rapports ne sont jamais rédigés en dehors de quelques exceptions comme le rapport sur l'exécution des premières tranches du plan 1973-77.

En définitive le seul bilan effectué est celui qui figure dans la première partie du plan quinquennal. Encore faut-il souligner qu'il s'agit d'un bilan très général portant sur les grands projets et mettant l'accent davantage sur les réussites que sur les insuffisances. Ceci est d'autant plus regrettable que les services du plan sont censés tenir à jour l'état d'exécution des projets inscrits au plan.

Mais on peut se demander si le plan a encore une utilité pratique dans la réalisation des projets. En effet, un certain nombre de projets hors plan faisant l'objet d'un financement extérieur par la B.I.R.D. ou sa filiale l'A.I.D. ou d'un financement interne parviennent à être réalisés ; tandis qu'il est parfois impossible de réaliser des projets figurant expressément au plan, faute de moyens de financement.

On observe en outre une tendance identique à celle qui se manifeste en France depuis plusieurs années avec la création de structures concurrentes du plan. Ainsi la Commission Nationale de l'Enseignement constituée à l'issue du colloque d'Ifrane en août 1980 puis la création en 1981 d'une Commission Nationale de l'Economie Agricole et d'un Conseil Supérieur de l'eau témoignent des insuffisances du plan. Chacune de ces instances est chargée pour le secteur qui la concerne de dresser des perspectives d'évolution et de réforme à moyen terme en formulant des recommandations.

«Une ardente obligation» disait le Général De Gaulle, à propos du plan. On mesure toute l'ironie du propos. La vigueur de l'adjectif désamorce toute la force du substantif. Les ambitions du planifica-

teur sont perpétuellement déjouées par la pauvreté de ses moyens d'action.

Les premiers rédacteurs du plan marocain le constataient déjà avec des accents mêlés de réalisme et de tristesse : « l'État, à commencer par ses propres services, n'est pas en situation d'astreindre les agents économiques à se conformer intégralement à des orientations précises, à coordonner leur activité selon un programme établi. On voit alors dans la régionalisation le moyen miracle de « corriger l'insuffisance des moyens d'action de la planification sur ces agents économiques ». On sait aujourd'hui que la régionalisation est surtout le moyen de renforcer la légitimité de l'action publique sans lui donner nécessairement plus d'efficacité.

On découvre aussi qu'au delà des formules un peu magiques sur le caractère « impératif » du plan pour le secteur public et son caractère « incitatif » pour le secteur privé, il est impossible de raisonner dans l'absolu. Les directives du plan ne sont efficaces que dans la mesure où elles reposent sur une volonté politique continue, des moyens d'action adaptés au résultat recherché et un soutien effectif des populations concernées.

Faut-il se résigner à ne voir dans le plan de développement qu'un objet esthétique, un discours élégant empreint de modernité et d'optimisme garantissant une façade sociale honorable aux pouvoirs publics ? Paradoxalement on peut dire que l'écart souvent considérable existant entre les intentions et les réalisations oblige à prendre au sérieux les documents du plan qui deviennent involontairement les témoins historiques de la réalité sociale et économique d'un pays. Le futur se fait juge des besoins exprimés et des moyens mis en œuvre pour les satisfaire, de ce qui a été réalisé et de ce qui ne l'a pas été. La portée objective d'un plan de développement ne se mesure pas par rapport à lui-même mais par confrontation avec l'évolution de la société. Avec le recul du temps, le plan cesse d'être discours, droit ou pratique, il devient document ce qui, devant l'histoire, est la plus redoutable des charges.

« L'ÉGALITÉ ENTRE LES ÉTATS »

Jean-Pierre COLIN*

1. Depuis l'ère de l'indépendance, inaugurée par le retour à la souveraineté internationale du Maroc et de la Tunisie, les États du Tiers-Monde aspirent à *l'égalité*, principe fondamental du droit international contemporain. Cette aspiration ne pouvait s'inscrire dans un champ purement conceptuel ; elle devait, selon eux, conduire à une transformation concrète des rapports entre les États, spécialement dans le domaine économique. C'est cette exigence qui a conduit à de singulières transformations du concept, dans son contenu, mais aussi dans sa forme même, sans que le système ait pour autant changé ; on tente ici de retracer cette aventure, en en tirant quelques enseignements épistémologiques.

2. Traitant du « *principe d'égalité des États* », les auteurs de droit international le font remonter assez loin en doctrine, son origine, plus ou moins fondée sur l'égalité naturelle des hommes et l'analogie entre l'homme et l'État, étant d'ailleurs marquée de quelque anthropomorphisme (1) : Ils sont tous contraints de reconnaître qu'il fut loin d'être toujours admis et considéré en général qu'il n'a été unanimement consacré dans tous ses aspects qu'à l'époque contemporaine. Dès lors, il devrait désormais produire ses effets dans tous les domaines y compris par exemple dans le domaine économique. Certes la règle de l'égalité économique des États ne supprime pas, comme par enchantement, l'inégalité économique telle qu'elle existe dans les faits et telle que l'a illustrée E. David (2). Dans la mesure où l'égalité et la souveraineté économiques constituent aujourd'hui des objectifs du droit international contemporain, l'inégalité économique serait cependant la source d'une contradiction fondamentale entre le droit et le fait : le principe d'égalité économique jouerait alors le rôle d'un instrument de mesure permettant de condamner, puis éventuellement d'interdire les pratiques qui contribuent à sa violation, telles les interventions économiques directes ou indirectes, l'exploitation inconsidérée des

* Professeur à l'université de Reims.

(1) Voir exemple : E. DAVID : *Réflexions sur l'égalité économique des États*, in *l'Égalité*, volume IV, Travaux du centre de philosophie du droit de l'université libre de Bruxelles, E. Bruylant, Bruxelles, 1975, pp. 236 et s.

(2) E. David, op. cit. pp. 238 et s/

ressources naturelles d'un pays tiers, etc... Il s'agit là d'une vision dynamique qui répond incontestablement aux vœux des peuples du Tiers-Monde dont certains juristes se sont faits les porte-parole : ainsi, M. BEDJAOUI déclarant à la Commission du Droit International : « il faut demythifier la notion d'égalité souveraine des États, qui n'est qu'une hypocrisie du droit international. Pour être parfaite, la souveraineté devrait s'accompagner de l'indépendance économique... » (3).

Une partie de la doctrine occidentale a d'ailleurs rejoint ce courant, essentiellement dans une perspective humaniste, non sans quelque peu brouiller les cartes du point de vue théorique (4). D'aucuns n'hésiteront pas à mettre en cause le *concept* même de souveraineté, M.C.A. Colliard, jadis parti en guerre contre la théorie de la souveraineté, « dangereuse par les contingences politiques qu'elle implique » et surtout « inexacte du point de vue scientifique » (5), revient à la charge à propos du principe d'égalité : « s'il y a une formule hypocrite, c'est bien celle-là. *L'égalité des États est le type même du faux concept...* » (6) ; d'autres auteurs sont plus nuancés mais observent une égalité souveraine qui a eu comme résultat d'occulter, de cacher un certain nombre de situations inégalitaires... » et concluent qu'entre États inégalement développés, le rôle de l'égalité devient en effet une imposture... » (7). M. FLORY ajoute, il est vrai, que « le vieux mythe de l'égalité souveraine est en train de disparaître au profit d'une analyse beaucoup plus précise ». (8)

3. E. DAVID met en avant le principe d'égalité économique en lui assignant, si l'on ose un anthropomorphisme, une fonction cathartique, la « purification » de l'État, c'est-à-dire son accomplissement

(3) Cf. A/ CN4/SERA./ 1977' vol I 1445ème séance, 12 juin 1977, p. 16

(4) Voir à ce sujet D. ROSENBERG : « *Le principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles* », thèse d'État, multigraphiée, pp. 299 et s/ (Université de Reims).

(5) Cf. « Institutions Internationales », Paris, Dalloz 1967, numéro 77 et JP. COLIN : « Le rôle des États nouveaux dans les transformations du droit international », in *Annales Africaines* 1974, Paris, Pédone, 1975, notamment p. 17.

(6) Société Française de droit international (S.F.D.I.) : colloque d'Orléans (1971) ; cf « Aspects du Droit International économique » Paris, Pédone, 1972, p. 152 (c'est nous qui soulignons).

(7), (8) et (9) Voir M. FLORY : « *Inégalité économique et évolution du droit international* » (S.F.D.I. colloque d'Aix en Provence (1973) ; cf « Pays en voie de développement et transformation du droit international », Paris, Pédone, 1974, p. 22.

historique intégral (10), devant se produire à travers le droit de souveraineté concrètement mis en œuvre ; « Étant le dénominateur commun de tous les États et n'étant pas réductible, sinon sur la base d'elle-même et des contraintes de toute la société internationale, la souveraineté a pour conséquence de mettre tous les États sur le même pied au point de vue du droit *international*, donc de les rendre égaux » (11). D'aucuns verront dans une telle analyse avant tout le recours à un droit proclamatoire défini par M. Chemillier Gendreau comme « le champ très large des soi-disantes normes qui n'aboutissent à aucun comportement effectif immédiat » (12) par opposition au « champ plus étroit des normes qui conduisent effectivement à des obligations de comportement » (12), un droit *exécutoire* au sein duquel s'exprime l'équilibre entre des souverainetés qui « (marquent) le pas » (12) mais en s'autolimitant pour se respecter les unes les autres. Autrement dit, le principe d'égalité économique risque fort d'être considéré par les juristes positivistes comme un *principe politique*, si, du moins, l'on en reste à une vision finalement assez classique de la souveraineté des États, E. DAVID note lui-même qu'il faut rester prudent, aucune définition juridique de l'intervention économique illicite n'ayant pu être formulée (13).

Déplaçant le problème, refusant de se placer dans une optique d'affrontement où les États opprimés brandiraient l'étendard de la révolte, relevant le fait indiscutable que tous les États en voie de développement, quel que soit leur système économique et social, s'efforcent de nouer avec les États industrialisés des liens d'une nature nouvelle qui leur soient profitables, d'autres auteurs proposent une toute autre analyse : l'égalité des États postulerait désor-

(10) Si le terme aristotélien de « catharsis » désigne avant tout la purification de l'âme à travers l'art, il a été utilisé dans d'autres perspectives, désignant par exemple, chez Gramsci, la purification de l'homme à travers le mouvement historique, défini comme « *le moment éthico-politique de l'histoire* ». (Voir « Quaderni del Carcere », Einaudi, Turin 1975, édition critique des cahiers de prison d'Antonio Gramsci, p. 1222). D. DIMITRAKOS a donné une excellente définition de ce concept dans son acceptation gramscienne (voir D.D. : « Gramsci et le problème de la conquête du pouvoir », thèse d'État, Université de Reims, 1981, notamment pp. 459 et s/.).

(11) E. DAVID, op. cit., pp. 237-238.

(12) M. Chemillier Gendreau : « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ ou superstructure) », in *Réalités du droit international contemporain* 2.

Actes du 4ème colloque de Reims « La relation du droit international avec la structure économique et sociale » Université de Reims, 1978, pp. 46 et s..

(13) E. DAVID, op. cit., notamment p. 264.

mais, spécialement en matière économique, *l'inégalité compensatrice*, le rapport juridique nouveau, accordant un traitement privilégié à l'État en développement, prenant en compte le rapport réel dans lequel l'État développé pourrait, en l'absence de règle juridique appropriée, effectivement imposer ses conditions ; comme le remarque M. FLORY, le développement devient ainsi le critère concret de la souveraineté des États défavorisés, le droit international du développement devenant alors l'instrument d'une politique réformatrice à l'échelle mondiale qui, en définitive, profiterait à tous dans l'aménagement d'une « *sécurité économique collective* » des États. Toutefois, ce dernier concept désormais souvent mis en avant par les juristes occidentaux— lieu d'un transfert à vrai dire assez téméraire-recèle lui-même en son sein une contradiction interne difficilement surmontable et dont certaines des expressions sont significatives : on peut ainsi se demander aujourd'hui si la sécurité collective en ce domaine ne correspond pas moins à l'exigence du développement des pays favorisés qu'à celle de l'approvisionnement en matières premières des pays développés. Il est d'ailleurs tout à fait significatif que les théoriciens de ce que D. Rosenberg appelle « l'internationalisation des matières premières » (14) soient les mêmes que ceux qui militent depuis longtemps contre le concept même de souveraineté de l'État et pour une organisation autoritaire de la société internationale.

L'Idéalisme juridique tend ici l'oreille car s'il existe dans le monde contemporain un mode de production dominant, on voit mal comment les États développés et les firmes multinationales se soumettraient volontairement à un système de sécurité économique qui ne servirait pas directement ou indirectement leurs intérêts : pour rester dans l'ordre de la transposition autant imaginer qu'au plan militaire les États petits et moyens puissent imposer aux superpuissances limitation de leurs armements et renoncement à la force. Les ambiguïtés de la sécurité collective en général se retrouvent évidemment en matière économique si l'on déplace le concept sur ce terrain : il est vrai que certaines évolutions peuvent surprendre l'observateur insuffisamment averti : à Georges Scelle revendiquant jadis la limitation de la souveraineté de l'État, y compris dans le domaine des matières premières, fait écho la doctrine soviétique moderne. SAMIR AMIN rapporte qu'ayant, lors de la réunion de la C.N.U.C.E.D. à Nairobi en 1976, demandé aux délégués américain et soviétique « s'ils considéraient comme une « agression » le fait qu'un pays refuse tout échange économique ou commercial avec les autres », et cherche avant tout à compter sur ses propres

(14) D. Rosenberg, op. cit, pp 31 et s/.

forces (principe pourtant bien connu, dit de self reliance » ; le délégué soviétique lui répondit que cette attitude serait intolérable et que l'abandon de l'échange économique international (constituerait) « un retour à la sauvagerie » ! L'acte manqué est topique et renvoie aux distinctions classiques d'un droit international en quelque sorte fondé sur le principe d'*inégalité* : à la fin du XIX^{me}, siècle, le droit international n'était-il pas aussi essentiellement le droit des relations entre les États Occidentaux ? Certaines constructions doctrinales témoignaient parfaitement de la réalité politique avec, par exemple, la triple proposition d'une humanité civilisée, d'une humanité barbare et d'une humanité sauvage et les distinctions auxquelles elle pouvait conduire dans le domaine juridique (16).

4. Il y a ainsi le plus grand intérêt à suivre dans un domaine donné ce qu'on peut appeler la vie des concepts juridiques, c'est-à-dire leur perpétuelle transformation au gré des forces politiques et sociales qui, au plan international comme au plan interne, prétendent les mettre au service de leurs intérêts. Cette question de la vie propre *des formes juridiques* est à bien des égards essentielle si l'on veut interpréter l'évolution d'un système juridique en quittant le terrain trop étroit de l'analyse purement idéologique, ce qui est nécessaire dès lors qu'on admet que le phénomène juridique ne relève pas seulement de la sphère idéologique mais fait partie intégrante d'une réalité objective complexe. Autrement dit, sans revenir ici trop longuement sur une analyse du phénomène juridique à laquelle nous étions risqués naguère (17), si l'on peut distinguer la forme juridique en général du contenu particulier des normes, c'est peut-être d'abord à une réflexion sur la forme juridique elle-même qu'est invité le juriste. Plus exactement, on admettra avec les marxistes que « des abstractions aux contradictions, de l'économie à l'éthique, ou de la base à son reflet (effet), ou ne sort à aucun moment de l'histoire réelle enfin « établie » (18). Le capital est ainsi, aux yeux de MARX, le fondement de la société bourgeoise et le créateur de ses propres suppositions : c'est dans le procès de production lui-même qu'apparaissent les conditions de possibilité de l'idéologie mais un concept central dans le capitalisme comme celui d'*égalité* est « à la fois réel et

(15) Cité par D. ROSENBERG, op. cit, p. 32.

(16) M. FLORY, op. cit, p. 15 (M. FLORY prend ses exemples chez LORIMER et PILLET.

(17) J.P. COLIN : « Du droit et de la théorie », revue de l'Enseignement philosophique, 26^{ème} année, numéro 1, octobre-novembre 1975, pp. 1 et s.

(18) G. LABICA : « De l'égalité ; propositions inchoatives pour une enquête sur les idéologies dans le mode de production capitaliste » in Dialectiques, revue trimestrielle, Paris, numéro 1-2, 1973, p.11 souligné par l'auteur.

illusoire, objectif et subjectif, rationnel et irrationnel, *adéquate inadéquation au procès qui sans cesse le produit et reproduit* ».

« De l'égalité, ajoute G. LABICA, ou l'IRONIE de la société bourgeoise, selon une expression familière à MARX ». L'égalité dont il s'agit ici, même si elle est d'abord une idée-force permettant historiquement la lutte politique contre les privilégiés de l'ancien régime, est fondamentalement liée à l'échange marchand décrit par la théorie économique ; elle est « le présupposé de l'échange » (19) et les analyses de MARX sont à cet égard bien connues : «... Tant que la marchandise ou le travail est une simple valeur d'échange, et que le rapport des différentes marchandises entre elles est représenté par leur échange de valeurs et d'équivalents, les individus engagés dans ce procès sont de simples échangistes, c'est-à-dire ont le même rapport social vis-à-vis des autres que ceux-ci vis-à-vis d'eux. En tant que sujets de l'échange, leur relation est donc celle de l'égalité. Il est impossible de déceler la moindre différence ou opposition entre eux. Les marchandises qu'ils échangent sont équivalentes, ou du moins passent pour telles (il ne peut y avoir qu'une erreur subjective dans l'évaluation mutuelle, et si l'un des individus lésait l'autre, cela ne résulterait pas de *la nature de la fonction sociale* dans laquelle ils entrent respectivement, car elle est la même pour tous et ils y sont *égaux* ; ce ne pourrait provenir que de leur ruse naturelle, de leurs « dons » de persuasion, etc... bref de la supériorité personnelle d'un individu sur l'autre...).

Le contenu du rapport est donc extérieur à l'économie, il a un caractère naturel, distinct du contenu économique, bien qu'il coïncide directement avec lui. Mais en ce qui concerne *la forme pure*, c'est-à-dire le côté économique du rapport, elle est faite de trois éléments formellement distincts : d'abord, les sujets du rapport, *les échangistes* ; ensuite, sur le même plan, les objets de leur échange, valeurs ou *équivalents* qui sont non seulement égaux, mais doivent l'être expressément ; enfin, le procès d'échange lui-même, *la médiation* : par son intermédiaire, les sujets sont posés comme échangistes égaux et leurs objets comme équivalents ... Le contenu de l'échange est totalement étranger à sa destination économique. Néanmoins, loin de compromettre l'égalité sociale des individus, il fait de leur diversité naturelle la base de leur égalité sociale » (20). Ainsi défini, inscrit dans la structure même de l'échange marchand, le concept de l'égalité est à la fois la logique du système, par la forme équivalent, sa

(19) C. LABICA op. cit. p.9.

(20) K. MARX. Fondements de la critique de l'économie politique, trad. Dangeville, Anthropos, Paris, 1967, pp. 187-188, cité par C. LABICA, op. cit. pp.9-10.

présupposition, par l'existence postulée de producteurs libres et égaux, et enfin seulement sa justification. L'égalité est alors, comme le rappelle C. LABICA, citant le Capital (21), « inscrite dans le procès de l'économie marchande en tant que secret de l'expression de la valeur » ; « dans une société où la forme marchande est devenue la forme générale des produits du travail où, par conséquent, le rapport des hommes entre eux comme producteurs et échangistes de marchandises est le rapport social dominant. » ; « ce secret de l'expression de la valeur, l'égalité et l'équivalence de tous les travaux, parce que et en tant qu'ils sont travail humain » peut enfin « être déchiffré » alors qu'il était masqué par l'inégalité *naturelle* de l'esclavage antique : « la forme valeur impose ainsi un rapport de *commensurabilité* entre des choses dissemblables, soit une *égalité entre des inégaux* ».

5. Les concepts fondamentaux du droit moderne sont de la sorte intimement liés à la nature même du rapport marchand qui, devenu dominant, va investir l'ensemble de la formation économique et sociale. C'est précisément en ce sens que la forme juridique n'apparaît pas seulement comme une représentation *idéologique* des rapports de force, un masque jeté sur les rapports de force : elle est au contraire comme l'a souligné le grand juriste soviétique E.B. Pasukanis, une réalité objective dans la mesure où elle constitue une catégorie historique produite par le réel (22). Selon Pasukanis, la norme juridique fondamentale est ainsi issue du rapport, de la relation qui s'établit entre le vendeur de la force de travail et l'acheteur de la force de travail. Cette relation est une relation objective qui existe à un certain moment de l'histoire, comme on peut le constater en étudiant l'histoire du capitalisme. De cette relation première découle une forme juridique, le *contrat*, c'est-à-dire la formalisation la plus abstraite possible de la relation juridique en question ; la technique contractuelle met normalement en présence *deux sujets de droit égaux en droit*, passant entre eux un accord fondé sur le libre échange de consentement et qui devient la loi des parties. L'égalité est dans cette perspective, comme l'avait déjà remarqué K. MARX, lui-même, intimement liée à la liberté : « ... Non seulement l'égalité et la liberté sont respectées dans l'échange fondé sur les valeurs, mais *l'échange des valeurs est la base productive et réelle de toutes les libertés et de l'égalité*. A titre d'idées pures, elles ne sont que des expressions idéalisées ; lorsqu'elles sont développées en rapports juridiques, politiques et sociaux, leur base reste la même, seule change leur force. C'est ce que l'histoire a d'ailleurs confirmé... (Ainsi, par exemple), *le système monétaire signifie la réalisation*

(21) C. LABICA, op. cit. p. 7 et MARX, le Capital (éditions sociales), Tome I, pp. 72 et s.

du règne de la liberté et de l'égalité » (22). Bien entendu, le système abstrait de l'échange monétarisé masque la réalité historique concrète qui plaçant l'individu « dans certaines conditions sociales » (22) n'est autre que « l'opposition entre salariat et capital » (23) ; la forme *réelle* de la société bourgeoise, c'est bien la contradiction entre le travail salarié et le capital, la forme idéale « (n'est) en fait que l'image réfléchie de la réalité » (22) du mode de production capitaliste : n'empêche que cette forme idéale : essentiellement l'égalité abstraite et son corollaire la liberté formelle - s'inscrit dans la réalité qu'elle infléchit, qu'elle transforme et qui la transforme dans un mouvement dialectique à plusieurs niveaux, *le plan juridique lui-même étant le lieu de renversements et de transformations saisissantes dont le droit interne contemporain donne de singuliers exemples* qui sont en général autant d'adaptations du mode de production dominant à l'évolution des forces sociales qu'il s'agit toujours de maîtriser. A cet égard, il y a d'ailleurs à la fois *généralisation et altération de la forme contractuelle*.

En divers domaines, on insiste, par exemple, spécialement depuis les deux guerres mondiales, à la multiplication d'actes juridiques qui se présentent sous la forme extérieure du contrat, de la convention. C'est vrai pour le droit du travail, avec les conventions collectives, les contrats de progrès, etc... ; pour le domaine de la socialisation des risques, avec l'essor des contrats d'assurances, pour le secteur de l'action économique, avec les contrats anti-hausse, etc... Chaque type de contrat répond ici à des nécessités particulières : du phénomène de la généralisation de la technique contractuelle, il est possible néanmoins de donner une explication globale. L'utilisation de la technique contractuelle apparaît d'abord comme le mode privilégié de la solution d'une contradiction entre deux exigences : d'une part, la société politique présente, héritière de l'idéologie bourgeoise du XIX^{ème} siècle, continue à se proclamer libérale, et le contrat est l'institution même de la société libérale ; d'autre part, l'État moderne entend intervenir dans tous les domaines de l'activité économique et sociale, ce qui correspond aux transformations du mode de production dans sa forme monopolistique/oligopolistique d'État. Le contrat permet à l'État moderne d'assurer son intervention croissante dans la vie quotidienne. De plus, la technique contractuelle se

(22) E. B. PASUKANIS, « La théorie générale du droit et le marxisme », EDI, Paris, 1970. Après avoir été notamment directeur de l'Institut Juridique, E.B. PASUKANIS fut en 1957, dénoncé comme « ennemi du peuple » dans la Pravda. Il disparut alors mais fut réhabilité, à titre posthume en 1956. Il reste néanmoins un auteur maudit en Union Soviétique (Cf. La présentation de son ouvrage par J.M. Vincent).

(23) K. MARX, op. cit., pp. 189 et s/ cité par C. LABICA, op. cit. p. 10.

révèle être en définitive une source de contrainte plus forte que la technique de l'acte unilatéral : la société libérale a *sacralisé* le contrat en tant que source d'obligations pour les particuliers, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », selon l'article 1134 du code Napoléon ; dès lors, le pouvoir espère mieux faire accepter certaines règles en les insérant dans un « contrat » qu'en les imposant par la voie réglementaire, ou même par la voie législative. A titre d'exemple je citerai la suspension provisoire du droit de grève dans les contrats dits de progrès - institution typique de la « nouvelle société », fruit (parfois peu goûté) du « consensus social ».

Dans le même temps, cependant, la technique contractuelle s'altère profondément : le consentement individuel qui, au moins formellement, constitue la base même du contrat, n'est plus qu'une fiction. L'altération du consentement individuel apparaît d'abord dans la détermination même des clauses du contrat : ces clauses peuvent être préétablies par l'administration, ce sera le cas des contrats administratifs ; elles seront souvent aussi déterminées par des négociateurs privilégiés, les « partenaires sociaux », ce sera le cas des conventions collectives, des contrats de progrès. L'altération des consentements individuels apparaît aussi dans le mode d'engagement des particuliers : ces derniers signent en réalité un « contrat d'adhésion », c'est-à-dire qu'ils s'engagent à souscrire à toute une série d'obligations qu'ils ne connaissent nullement et qu'en général ils n'ont guère les moyens de connaître, en échange d'un bénéfice normalement bien défini, ce seront par exemple les contrats d'assurances ; les particuliers peuvent d'ailleurs ne souscrire qu'implicitement à ces contrats d'adhésion ; en empruntant un moyen de transport ils se trouvent contractuellement engagés. Ils peuvent enfin, *last but not least*, être « contractuellement » engagés sans jamais l'avoir en quelque manière décidé ; ainsi les contrats de progrès sont-ils opposables aux particuliers sans qu'il soit besoin de leur acceptation individuelle. La technique contractuelle n'est plus alors qu'une forme vide, plus exactement *une forme idéologique* ; elle correspond à une concertation dans la gestion de l'économie dont le besoin est ressenti aussi bien par l'appareil d'Etat que par les appareils syndicaux, ouvriers ou patronaux, mais à l'intérieur d'un système dont les finalités individuelles ne sont plus perçues clairement, et qui cesse d'être mis en question. Il est vrai qu'il s'est profondément transformé et que même s'ils restent prisonniers des procès de production, les travailleurs organisés ont su se ménager d'importantes marges de négociations. Pour autant « l'équilibre » entre les oligopoles et les formations ouvrières dissimule une coupure finalement aussi radicale que par le passé entre le capital et le salariat. Dans cette évolution, les

formes juridiques continuent à jouer simultanément le rôle d'une technique d'organisation de la réalité sociale et la fonction d'une justification idéologique.

6. *Cette généralisation de la technique contractuelle se retrouve bien entendu, à l'heure de l'égalité des États, au plan international.* En tant que formalisation la plus abstraite possible de la relation juridique née du rapport marchand, elle est de toute évidence, au plan interne mais aussi au plan international, par son abstraction même, par sa généralité, c'est-à-dire *par sa protection induite à l'universalité*, le meilleur véhicule du capitalisme dans sa tendance intime, constitutive, à l'universalisation dont l'unification du marché mondial en cours d'achèvement est aujourd'hui, sous nos yeux, le fabuleux résultat. Cette structure, en un certain sens définitive, le « monde fini » de Paul VALÉRY, est l'aboutissement d'un long processus au cours duquel les États capitalistes se sont vigoureusement affrontés. À l'origine, de même que le capitalisme marchand avait cherché à s'enfermer dans les frontières dressées par les politiques mercantilistes, tout en encourageant l'expansion nationale, les civilisations non occidentales vont connaître le régime colonial ou semi-colonial et les empires coloniaux se soustraire le plus possible à des principes pourtant réaffirmés avec force à chaque occasion.

En maintes circonstances, et lors du congrès de Berlin de 1885, par exemple, les puissances, fondant la légitimité de la colonisation sur la mission civilisatrice qui s'exprime d'abord et avant tout dans l'ouverture des contrées soumises au commerce international, s'engagent au moins dans certains cas à pratiquer une politique de porte ouverte et à s'interdire toute discrimination, l'égalité ici postulée ne jouant évidemment pas dans la relation avec les indigènes mais dans la relation entre les peuples du concert civilisé. En fait, elles pratiqueront le plus possible la politique de la chasse gardée et les contradictions qui surgiront entre les métropoles, puis entre les États européens et les États Unis d'Amérique du Nord, joueront un rôle essentiel dans le processus historique ultérieur.

Dans le monde observé par K. MARX, l'égalité n'est d'ailleurs encore un principe général qu'en occident et l'esclavage subsiste dans le rapport de domination coloniale, y compris aux États Unis, et c'est alors que l'analyse fait « tomber les masques » (24), que se dissipe « le rapport de surface » (24), que « l'essence du mode de production capitaliste » est « mise à nu » (24). Dans les colonies, la

(24) C. LABICA, *op. cit.* p. 15.

« douce illusion s'évanouit » (25). « Le secret de l'économie politique de l'ancien monde » (25)... se trouve dans le nouveau où l'on voit plus clairement que « le mode de production et d'accumulation capitaliste et partant de la propriété privée capitaliste, présuppose l'anéantissement de la propriété privée fondée sur le travail personnel ; sa base c'est l'expropriation du travailleur » (25). *L'égalité abstraite a aujourd'hui*, à l'exception notoire, significative et hautement signifiante pour un occident nostalgique, du régime d'apartheid, *gagné tous les climats*. Il est d'ailleurs caractéristique que ce soient les forces avancées du capitalisme qui réclament au gouvernement de Prétoria l'abandon des formes juridiques de la ségrégation dans lesquelles ils voient avant tout l'origine d'insupportables goulots d'étranglement sur le marché du travail. De même, le *principe d'égalité prévaut désormais sans le moindre conteste dans les rapports entre les États*.

Dès qu'ils l'ont pu, les États Unis, très vite attachés en tant que puissance économique dominante à détruire les obstacles de toute sorte qui, spécialement dans les colonies, freinaient leur expansion, ont amorcé la politique d'émancipation coloniale. Cela n'a pas été sans contradiction, les États Unis eux-mêmes assumant des responsabilités coloniales de type finalement assez classique lorsqu'ils en ont l'occasion, à Cuba, à Porto-Rico, aux Philippines ou dans l'Océan Pacifique ; ces péripéties du point de vue du processus d'unification mondiale en cours ne changent rien au fait tout à fait fondamental que la rupture avec l'ordre colonial, que dans la perspective du self-government, conduisant les peuples soumis à revendiquer leur indépendance politique. Il est vrai que l'exemple du continent américain a déjà amplement démontré qu'un système d'égalité formelle entre les États pouvait assurer les conditions propices à l'expansion capitaliste. Des 14 points du Président Wilson aux principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, le mouvement est constant. Il ne s'agit pas au demeurant de proposer une interprétation mécaniste de l'histoire et d'ignorer la lutte des peuples, mais de faire apparaître la logique d'un système dont l'évolution se poursuit sous nos yeux dans des directions peut-être inattendues comme le montrent certaines ruptures apparemment plus radicales que toutes les autres telle la Révolution Islamique. A travers ces quelques remarques, on peut espérer mieux saisir le rôle joué par les concepts juridiques dans les transformations du système, leur plasticité étant toujours relative, leur charge idéologique très forte, encore plus sans doute au plan international qu'au plan interne. Ce qui est sûr, appelons-le ici, c'est

(25) K. MARX, *Le capital*, op. cit. Tome I, I pp. 210 et s/ cité par C. LABICA, op. cit. p. 15.

que les concepts juridiques, alors même que leurs liens avec la réalité économique et sociale sont différents, n'échappent pas au mouvement qui portent les idées en général : « à maintes reprises au cours de l'histoire, écrit l'un des fondateurs de l'École de Francfort (26), les idées ont rejeté leurs langes d'enfants pour se retourner avec force contre les systèmes occidentaux qui les avaient engendrés. La cause en est, dans une large mesure, que l'esprit, le langage et tous les domaines de l'esprit s'engagent *nécessairement* dans des revendications universelles. Même les groupes dirigeants, préoccupés avant tout de défendre leurs intérêts particuliers, sont forcés d'insister sur les motifs universels de la religion, de la moralité et de la science. Ainsi naît la contradiction entre l'existant et l'idéologie, contradiction qui est le moteur du progrès historique ». Ce mouvement est tout à fait essentiel dans l'histoire. *Reste à déterminer, le mode spécifique sur lequel le concept juridique peut jouer*, dans un sens lorsqu'il sert à empêcher la transformation dialectique en maintenant la contradiction sociale tout en la masquant, dans l'autre lorsqu'il sert de véhicule à la pensée pour faciliter le bond dialectique.

A. J. ARNAUD, à maintes reprises (27), a magnifiquement illustré ces processus, rappelant que le juriste intervient spécifiquement « au moment où l'on passe du pensé au vécu » (28), « son rôle (étant) d'organiser le vécu » et celui de « *la pensée juridique* de chercher sur quels fondements organiser le vécu » (29). A cet égard, A.J. ARNAUD, montre bien que le concept d'égalité est fondamental dans une réflexion sur le droit, moins par la recherche d'un absolu qu'elle postulerait du point de vue métaphysique que par le fait que dans la perspective logique, « la coïncidence des deux termes est recherche... de l'établissement de propriétés déterminées entre des éléments variables » (30). La prise en considération de l'élément formel dans l'égalité juridique conduira ainsi à examiner « la propriété (qu'auront dans un système) plusieurs individus ou ensemble d'individus, de coïncider de telle manière qu'une relation établie entre eux soit à la fois réflexive, symétrique et transitive » (31).

Cette recherche permettra généralement de faire apparaître l'absence d'équivalent logique dans le droit bourgeois incapable

(26) M. HORKEIMER, « Eclipse de la raison », Payot, Paris, 1974 p. 184 (souligné par nous).

(27) Voir, par exemple : A.J. ARNAUD : « L'importance de l'élément formel dans l'égalité juridique », in « l'Égalité », volume IV, travaux du Centre de philosophie du droit de l'université libre de Bruxelles, op. cit. pp. 55 et s/

(28) A.J. Arnaud, op. cit. ; p. 57.

(29) A.J. Arnaud, op. cit. ; p. 57 note I (souligné par l'auteur)

(30) A.J. Arnaud, op. cit. ; p. 68

(31) A.J. Arnaud, op. cit. ; p. 56

de donner un contenu concret - qui viendrait contredire le système dans ses fondements - à la forme idéale qui est censée exprimer son essence. Elle peut aussi conduire à « repenser le droit » (32) et A.J. ARNAUD propose un exemple fort intéressant à reprendre ici : sans qu'il soit besoin de faire intervenir la morale ou de faire appel aux grandes proclamations égalitaires souvent inefficaces, peu « sûres » dit notre auteur, toute discrimination raciale est ainsi condamnable en elle-même « par le seul fait qu'elle rompt l'équivalence logique » (32). Ce serait l'étape de la « laïcité totale du droit », toutes les formes de racisme, fondé sur la naissance, sur l'âge, sur le sexe ou « sur n'importe quel élément qui fait d'un individu un être « autre » (32), le problème de *l'égalité juridique* se ramenant fondamentalement à « un problème d'appréciation de la normalité » (32).

7. Prétendre poser des problèmes de cet ordre, convenons-en, est particulièrement téméraire dans l'ordre international puisqu'il n'est jamais certain qu'on soit ici sur le terrain proprement juridique. Dans cette société où, pour reprendre le mot fameux de Max WEBER, il n'existe pas de monopole de la violence légitime encore qu'il soit aujourd'hui institué sur le papier de la charte des Nations, Chapitre VII, resté lettre morte - le caractère obligatoire des normes édictées peut-être mis en question cela a eu au moins l'avantage de conduire les juristes à s'interroger sur le droit, sa nature et sa fonction puisqu'ils ne sont pas ici aveuglés par de fausses évidences. Toutefois, nous ne reviendrons pas cette fois sur ces problèmes (33). Observons qu'en pratique certaines règles fondamentales du droit international moderne, telle l'interdiction du recours à la force, sont manifestement violées mais que dans la plupart des domaines, spécialement en droit international économique, les règles juridiques internationales sont souvent respectées plus strictement qu'en droit interne. On ne peut ainsi nier que le droit international contribue largement à l'organisation de la réalité économique et sociale : bien plus, du point de vue économique, il est l'instrument grâce auquel les États en voie de développement espèrent agir sur la division internationale du travail ; à la limite le Nouvel Ordre Juridique International est pensé comme le lieu d'une transformation du mode de produc-

(32) A.J. Arnaud, op. cit. ; p. 68

(33) Sur ce point voir « Réalités du droit international contemporain », Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, Université de Reims 1977, notamment les actes de la seconde rencontre : « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international » pp. I à 115

tion (34), ce qui ne va pas sans quelque idéalisme juridique (34). J'ajouterai néanmoins qu'il en va finalement ici comme en d'autres domaines, y compris celui de filiation étudiée par J.C. ARNAUD.

L'évolution de la pensée juridique peut servir le système dominant en l'adaptant à des facteurs nouveaux qu'il ne peut complètement ignorer sans mettre en danger sa pérennité. Elle peut aussi refuser le compromis et proposer des solutions inscrites dans une logique dialectique permettant de surmonter *réellement* les contradictions (35). Pour l'essentiel, elle a emprunté jusqu'à présent, dans l'ordre international, la première voie : il n'en reste pas moins que des transformations véritables se sont produites qui, avec notamment la décolonisation, ont en tout cas l'avantage de permettre qu'aujourd'hui les problèmes soient posés autrement, disons dans toute leur nudité, les peuples dominés ayant au moins arraché les voiles humanistes dont on les avait parés.

I — DE L'ÉGALITÉ MODERNE ENTRE LES ÉTATS ET DE QUELQUES PARADOXES

8. L'universalisation de la forme étatique de type occidental constitue sans doute, dans la société internationale contemporaine, le phénomène le plus frappant ; un phénomène auquel on a généralement peu réfléchi, tant il paraît naturel à ceux pour qui l'univers est le lieu d'harmonies préétablies (36). Ce n'est pourtant là qu'un phénomène contingent ; pour une part, il est d'ailleurs probablement une simple apparence. Toujours est-il que les communautés humaines, dès qu'elles s'émancipent, s'organisent à notre époque, quasi-automatiquement, en construisant un appareil d'État sur le modèle européen. Certes, les relations sociales n'en sont pas, du premier coup, transformées : le lien ethnique continue, par exemple, à se manifester au sein des administrations africaines. Il reste que, le plus rapidement possible, le nouvel État met en place l'armée permanente, la police intérieure et les services spéciaux, les juridictions, la fiscalité, sans oublier de se donner un minimum de moyens lui permettant d'entretenir des relations internationales. Il est arrivé

(34) Voir M. BEDJAOUI « le Nouvel ordre Juridique international », UNESCO, Paris, 1978, et notre critique dans l'Annuaire de Tiers-Monde, Berger, Levrault 1979, op. cit, pp 795, 797.

(35) Le mouvement de l'apparition des normes juridiques dans sa relation avec l'histoire a été admirablement mis en évidence par Cb. Chaumont. Voir notamment son rapport lors de la 2ème rencontre de Reims « Réalités du droit international contemporain I op. cit, notamment pp. 4 et s .

(36) Voir Samir AMIN, « L'idéologie des harmonies universelles et la théorie de la balance des paiements extérieurs », in Annales africaines, 1969, Pédone, Paris pp. 5 et s .

fréquemment que, dans ce domaine des relations internationales comme en d'autres, les moyens nécessaires, soient fournis au nouvel État par l'étranger, ancienne métropole ou grande puissance, le nouvel État n'a pas d'emblée une véritable politique extérieure ; il ne va pas cesser d'y aspirer, d'autant que vont se développer en son sein les bureaucraties spécialisées soucieuses d'assurer leur propre avenir.

La mise sur pied d'un appareil d'État entièrement nouveau est parfois présentée comme un simple retour aux formes précoloniales de l'organisation sociale ; ainsi de l'Algérie par exemple. C'est manifestement là un point de vue plus politique que scientifique car, notamment dans le cas particulier et sans se prononcer sur la nature de l'organisation sociale de l'Algérie avant 1830, la coupure historique est telle qu'on est indéniablement en présence d'une formation sociale tout à fait nouvelle. Dans d'autres hypothèses, un appareil d'État, souvent très réduit, a précédé la colonisation proprement dite, mais s'il s'était développé au XIX^{ème} siècle en Tunisie, au Maroc, à Madagascar, etc... c'était déjà sur le modèle européen (37). Le phénomène de l'universalisation de la forme étatique est d'autant plus saisissant qu'il est très général et peut même apparaître lors d'un processus de décolonisation en dehors de tout accord entre la colonie et la métropole. Ainsi a été mis en place en Guinée-Bissau, avant même que soient réunies les conditions politiques d'une négociation avec le Portugal, un appareil d'État formellement comparable aux autres (38) et très rapidement reconnu comme tel par un grand nombre d'États et par l'Assemblée Générale des Nations Unies (39).

On remarquera encore que les révolutions socialistes, conduisant de nouvelles forces sociales à s'emparer de l'Appareil d'État jusque là contrôlé par les classes dominantes n'ont, dans les conditions de notre époque, qu'accentué le rôle dévolu à ce type d'organisation. Loin d'introduire progressivement dans le système étatique une souplesse nouvelle, loin de substituer l'autogestion à l'administration directe, elles ont en général renforcé la coercition.

C'est seulement semble-t-il, dans les périodes révolutionnaires qu'est plus ou moins radicalement mis en question l'appareil de

(37) Voir par exemple, D. BARDONNET : « La succession d'États à Madagascar », LGDJ, Paris, 1970. Le cas du Maroc est évidemment très particulier échappant à la domination ottomane : à la colonisation directe, le Royaume chérifien peut se prévaloir à juste titre d'une continuité qui remonte au moins jusqu'au XVI^{ème} siècle. La formation d'un *appareil d'État moderne* n'en est pas moins un phénomène relativement récent.

(38) I. FALL, « La reconnaissance de la Guinée-Bissau et le droit international », *Annales Africaines* 1973, op. cit. p. 155 et s

(39) P. TAVERNIER, « L'année des Nations Unies — questions Juridiques », *AFDI* 1973, CNRS Paris, p. 628.

contrainte : passée la tourmente, les forces sociales au pouvoir - elles ont parfois changé - renforcent à leur profit l'instrument de contrainte. La révolution permanente a pu ainsi être présentée comme la seule alternative à cette implacable logique. A cet égard, la « Grande Révolution Culturelle prolétarienne » engagée en Chine à partir de 1966 est intéressante à plus d'un titre. Les Gardes Rouges iront finalement, avec une violence plus ou moins calculée, jusqu'à remettre en cause les principes les plus fondamentaux sur lesquels reposent aujourd'hui les relations internationales, attaquant les dirigeants de certains États étrangers, s'en prenant même à la personne de leurs représentants diplomatiques. Cette attitude a souvent été interprétée à la légère à cette époque (40) ; elle ne témoignait nullement d'un mépris de la Chine à l'égard des règles traditionnelles ; aussi bien la diplomatie chinoise a-t-elle très vite de nouveau imposé le respect des usages. Il s'agissait là en réalité, à l'intérieur même d'un régime socialiste, d'un véritable phénomène révolutionnaire. Les Gardes Rouges seront d'ailleurs ultérieurement décimés et la Grande Révolution tournera court en forme précisément de Coup d'État, son auteur présumé, Lin Piao, dauphin désigné, tentant de s'enfuir, au moins officiellement, chez ses pires ennemis... Ses pires adversaires, dits de la « Bande des Quatre » seront à leur tour accusés d'une tentative semblable après la mort de Mao Tse Toung et dès lors voués à l'opprobre rituel, sinon à la mort : leurs héritiers n'auront de cesse que de reconstruire, renforcer et développer l'appareil d'État.

D'autres tentatives d'ébranler cet appareil dans sa forme bourgeoise auront lieu encore. La sinistre expérience des Khmers Rouges au Kampuchéa peut s'inscrire dans cet effort. Sans qu'un instrument statistique satisfaisant puisse actuellement permettre de chiffrer le nombre des victimes de cet holocauste marxiste-léniniste, on sait que la destruction systématique de la civilisation urbaine et la volonté de briser la vieille société ont conduit au pire mépris de la personne humaine et finalement conduit le kampuchéa à un tel état de faiblesse et d'épuisement qu'il a pu, sans coup férir, être pour longtemps sans doute occupé par un voisin soucieux d'assurer son hégémonie régionale en face des menaces chinoises qui pèsent sur lui. D'autres expériences révolutionnaires, inspirées tout autrement, mettent elles aussi en question la forme étatique et son corollaire diplomatique. Si elles ont pu conduire à certains excès, rien de comparable ici aux horreurs du « Kampuchéa démocratique » ; elles s'inscrivent, en Iran ou en Libye, dans le cours d'une « Révolution Islamique » dont

(40) J.P. COLIN « le rôle des États nouveaux dans l'évolution du droit international », chronique, *Annuaire du Tiers-Monde*, 1975, op. cit. pp. 377-378.

la portée historique est aujourd'hui difficile à déterminer. Sans doute faut-il prendre la mesure concrète de chaque phénomène particulier et, s'agissant de l'Iran par exemple, on observera que la mise en question de l'appareil d'État est avant tout une contestation originelle de tout pouvoir politique, caractéristique traditionnellement de la version chiïte de l'Islam. Quant à la prise d'otages de l'ambassade à Téhéran et à la séquestration des diplomates pendant 444 jours, c'est un événement infiniment complexe. Elles ont d'abord été une opération de politique intérieure, l'objectif premier des fameux « étudiants islamiques », en novembre 1979, étant de contraindre le gouvernement iranien à la démission. Le Président de la République, M. BANI SADR, condamnera d'ailleurs l'opération, avant comme après son élection. Il n'en reste pas moins que le procédé est significatif d'un mépris des lois coutumières internationales à l'heure où tous les États les respectent et où, par ailleurs, tout le monde s'accorde à condamner la prise d'otages et où un accord international est intervenu pour en organiser la répression (41). Le dénouement de cette affaire appelée à rester célèbre dans les annales a été, à l'inverse, un événement de politique intérieure américaine et d'aucuns y ont trouvé leur compte. Du point de vue diplomatique, il a donné lieu à des négociations inédites, l'Iran se refusant à traiter avec les États Unis, qualifiés de « Grand Satan », et discutant avec les représentants du gouvernement algérien lui-même engagé dans d'autres discussions avec le gouvernement américain : l'accord auquel on est parvenu n'a d'ailleurs lui-même jamais pris la forme d'un accord irano-américain ; en fait deux séries d'accords furent signés simultanément entre l'Algérie et l'Iran d'une part, l'Algérie et les États Unis d'autre part, le ministre des affaires étrangères algérien consignait solennellement les « points d'accord dans une déclaration unilatérale. A bien des égards, on le voit, la révolution iranienne conduit à de singulières novations et elle peut sembler mettre en question, plus gravement encore que d'autres, le système dominant. Il n'est pour autant pas du tout certain qu'elle conduise le peuple iranien jusqu'à l'aboutissement logique de sa révolte : rupture totale avec l'ordre international, destruction définitive des rouages classiques d'un appareil d'État. Cette dernière a bien commencé, notamment avec l'épuration sans merci de l'armée, mais l'agression irakienne en septembre 1980 a bien vite rappelé les lois impitoyables du genre. L'Iran avait cru pouvoir exporter sa révolution tout en se débarrassant de l'armée impériale : cette conjonction aurait pu lui être fatale. Dès lors, le cours des choses

(41) J.P. COLIN D. ROSENBERG, P. TRAVENIR - Annuaire du Tiers-Monde 1979, chronique, op. cit. pp. 553 et s/.

s'est au moins partiellement renversé, l'armée reconstituée, le discours patriotique remis au premier plan. Il n'avait d'ailleurs jamais été abandonné et la révolution islamique, tout en prêchant la révolte, proclamant sa volonté d'accomplir la vraie grandeur de la Perse. *Cet exemple trop longuement développé, est finalement significatif de la difficulté de sortir à l'époque contemporaine du discours nationaliste : c'est toujours lui qui revient, comme si la forme de l'État-Nation était le seul idéal, en définitive la seule possibilité d'organisation politique, y compris dans une perspective d'émancipation.*

Le monde arabe lui-même est dans une perpétuelle contradiction, le thème, l'espoir ou le mythe de la Nation arabe servant avant tout ici ou là, à l'édification nationale et pouvant conduire des peuples arabes à s'affronter, les deux États baassistes, la Syrie et l'Irak en donnant le meilleur, ou le plus mauvais exemple. Quoiqu'il en soit, lorsque la nation séculaire est porteuse de valeurs originales, le discours est attendu ; lorsque l'État est nouveau et ne peut guère prétendre à cette légitimité, il s'acharne à la créer et semble effectivement y parvenir assez rapidement. « Je parle de la Nation » dit volontiers P. LEGENDRE, « faute d'en savoir davantage » : au piège patriotique, dont on sait bien qu'il peut être la meilleure ou la pire des choses, le psychanaliste rejoint l'historien pour s'interroger sur ce qui constitue encore, dans la société internationale actuelle, *le mystère essentiel*. C'est ainsi que plus que jamais sous tous les cieux, nous vivons dans une société d'États : ils ne peuvent être, dans la définition même qu'ils donnent d'eux-mêmes, *qu'égaux en droit*.

9. Dans ce monde-là, *le concept de souveraineté qui*, dans l'histoire occidentale, a servi à qualifier l'État et ses compétences aussi bien dans l'ordre juridique interne que dans l'ordre juridique international, le glissement de sens de l'un à l'autre n'étant pas allé sans quelque métonymie, *reste le fondement des relations internationales*. Ce fut d'ailleurs souvent une surprise pour certains juristes occidentaux de voir les juristes soviétiques d'abord, les juristes du Tiers-Monde ensuite, brandir une idée que, pour leur part ils estimaient dépassée, dangereuse même. En fait les discussions à ce sujet sont souvent parties d'un malentendu : si, comme on l'a soutenu, dans la perspective même de la métonymie originelle, la souveraineté qualifiait un pouvoir absolu, on voit mal, en effet, comment il pourrait en exister plusieurs ; un tel pouvoir n'existe évidemment pas dans la société internationale.

En réalité, la souveraineté de l'État n'est pas un concept purement abstrait, défini *à priori* et indépendamment des conditions politiques concrètes et de l'évolution historique. La souveraineté ne peut jamais désigner « que l'aptitude de l'État à participer au

maximum à la vie internationale dans la situation où *la géographie* et l'histoire l'ont placé » (42).

C'est que si le concept de souveraineté est aujourd'hui encore une clef, un changement radical s'est produit : le concept lui-même a été le lieu d'un extraordinaire renversement dialectique. En droit international classique, la souveraineté signifiait avant tout le droit pour l'État de recourir à la force armée, non seulement pour faire valoir ses droits mais encore éventuellement pour modifier la situation juridique existante, modifier par exemple « la répartition des compétences dans l'espace »,... en l'occurrence procéder à des conquêtes territoriales. Toutefois, le contenu de la souveraineté n'est pas historiquement défini une fois pour toutes et de grands changements se sont à cet égard produits lors de la période contemporaine. La conception traditionnelle de la souveraineté a d'ailleurs commencé à évoluer sous l'influence des États occidentaux eux-mêmes qui, dès la fin de la première guerre mondiale, cherchèrent à limiter puis à prohiber le droit pour l'État de recourir à la force armée dans les relations internationales. Il n'est pas moins significatif que l'évolution historique, loin de se traduire par l'abandon des concepts juridiques qui servaient jusque là de base à un système international consacrant la domination des peuples du monde par quelques États puissants, ait vu les concepts les mieux assis en quelque sorte repris à leur propre compte par les opprimés : cela n'a été possible que dans la mesure où s'est opéré un véritable renversement sur le sens même du concept, du mot et l'on retrouve ici le processus cher à M. Horkheimer : « (Les) valeurs et (les) idées sont inséparables des mots qui les expriment et l'approche du langage par la philosophie est vraiment... un de ses aspects les plus cruciaux. *Les contenus et accents, changements des mots enregistrent l'histoire de notre civilisation.* Le langage reflète les

Il libère l'instinct mimétique » (43). Cette « mimesis », comme la forme privilégiée de l'adaptation au monde extérieur (44), semble ici le fait des peuples opprimés, pouvant à son tour produire des effets opposés, associant par exemple dans le même processus historique l'émancipation et l'oppression, l'appareil d'État nouveau une fois constitué - et investi de la souveraineté - ne tolérant plus désormais quelque sécession que ce soit en son sein, au nom d'un idéal parfois difficile à définir concrètement... Aussi bien, si, avec le

(42) Ch. CHAUMONT, Cours général de Droit international public, Recueil des cours, ADI, la Haye, 1970, I, p. 386.

(43) M. HORKHEIMER op. cit. pp. 185 et s./ (c'est nous qui soulignons).

(44) M. HORKHEIMER, op. cit. pp. 122 et s./

droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (45), sa consécration dans la Charte des Nations Unies, son intégration progressive dans le droit positif, l'idée de souveraineté est plus centrale que jamais ; pas nécessairement celui de l'ordre international. On retiendra peut-être comme une singulière ironie de l'histoire le fait que la révolte des peuples dominés les ait conduits à reproduire, chacune à son échelle, la forme politique de la puissance dominatrice en laissant la plupart du temps s'y nicher des groupes parasites, embryon de futurs exploités. C'est là qu'intervient, selon un processus historique infiniment complexe et que nous ne prétendons pas élucider, le phénomène de reproduction qui est, au moins partiellement, à l'origine du dynamisme du système dominant. De nouveau, comme c'était le cas tout à l'heure pour les individus, et sans qu'aucune comparaison ne doive être établie, nous voici en tout cas dans le monde des États en face de redoutables abstractions qui sont peut-être autant de pièges tendus aux plus faibles.

10. Sous l'influence des puissants, ce monde des États devient en effet un monde abstrait, littéralement un univers d'abstractions. L'État lui-même se définit désormais dans l'abstrait et peut, à la limite, être détaché de son support historique que constituerait l'existence sinon d'une nation, du moins d'un peuple. Il existe ainsi des micro-États, parfaits sous l'angle juridique, même s'ils sont, à l'abri de vestiges féodaux ou de réalités insulaires, de simples paradis fiscaux : on pourrait multiplier les exemples. La société internationale est devenue une société « égalitaire », c'est-à-dire un système dans lequel toutes les entités sont placées sur le même pied juridique, quelles que soient leur étendue, leur population, leurs ressources, leur puissance. La règle universelle, postulant une harmonie du même type, devra s'appliquer à tous identiquement : à bien des égards, tel est le monde voulu par les États Unis après la deuxième guerre mondiale, telle est l'essence du système international lorsqu'il prend la forme qui restera la sienne pendant une génération avec l'entrée en vigueur de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) le 1er janvier 1948. Les idées-force sont ici celles-là mêmes qui ont prévalu dans l'ordre « privé », c'est-à-dire celui de la production capitaliste : *égalité juridique, égalité de traitement, non discrimination*, chaque État devant jouer le jeu en se pliant à ses règles, en particulier en y assujettissant sa politique économique et sociale. L'idée centrale du système n'est d'ailleurs pas différente de celle qui prévaut au plan des relations privées : l'essentiel est de ne pas

(45) Sur ce point, voir « Réalités du droit international contemporain I, op. cit., notamment les actes de la 3ème rencontre de Reims : « la notion de peuple en droit international », pp. 117 à 275.

perturber l'ordre *naturel* des choses. Certes, compte tenu des disparités existant au départ, des régimes particuliers continueront à exister longtemps mais on s'efforcera de les *réduire* progressivement, dans les deux sens du terme ; *l'idéal*, inscrit en toutes lettres dans les institutions, c'est le libre-échangeisme intégral renvoyant à une division internationale du travail satisfaisante pour peu qu'ait été préservée la concurrence sur le marché international.

Bien entendu, en pratique, le système ne fonctionnera jamais de manière rigoureuse. Les puissants feront peu de cas des règles de base si leurs intérêts sont momentanément compromis et tels les États Unis jouant perpétuellement sur la répartition des compétences entre le Président et le Congrès en matière internationale pour justifier les manquements aux principes, ils pourront toujours invoquer les exigences constitutionnelles de la séparation des pouvoirs. On sera dans *un système d'égalité commerciale bien tempérée*. A ce stade de l'évolution, volontairement schématisée dans notre propos, on voit se profiler l'ordre international appelé de ses vœux par la puissance dominante. Déjà la Grande Bretagne avait cherché à imposer le libre-échange au cours de la deuxième partie du XIX^{me} siècle, choisissant délibérément de démanteler son tarif douanier et s'ouvrant sans crainte à la concurrence étrangère, le plus avancé industriellement étant sûr de l'emporter. En fait, le libre échangeisme ne l'emporta vraiment que de 1860 à 1880, les crises économiques rendant déjà le système difficilement supportable. On sait que le traitement de la nation la plus favorisée dite *règle du traitement égalitaire*, était l'instrument par excellence de cette politique d'ouverture commerciale : d'aucuns tendaient d'ailleurs à en faire une *règle coutumière* du droit international général (46).

Jusqu'à la première guerre mondiale, les droits de douane ad valorem sur les produits industriels resteront de toute façon très faibles en Europe, nuls pour le Royaume-Uni, beaucoup plus élevés il est vrai pour les États Unis (47). La situation se renversera après 1918 et davantage encore après 1945 ; devenus la première puissance économique, les États Unis tenteront d'imposer la liberté commerciale, y compris à l'Angleterre qui, signe de son déclin économique relatif, n'en pourra mais. Il est à cet égard intéressant de rappeler que les

(46) Voir D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY « Droit international économique, » LGDJ, 1978, notamment p. 67 et P. Bairoch, « Commerce extérieur et développement économique de l'Europe au XIX^e siècle », Mouton, La Haye. 1976, notamment pp. 39-45.

(47) D'après les calculs de la SDN, ils étaient en 1913 de 0% pour la Grande Bretagne, 13% pour l'Allemagne, 20% pour la France et 44% pour les U.S.A., cf. D. CARREAU, P. JUILLARD et T. FLORY, op cit. p. 68 note 19.

États Unis avaient passé avec le Royaume Uni, en décembre 1945, un accord financier réglant avantageusement pour ce dernier le problème de ses lourdes dettes de guerre. En contre-partie, les États Unis avaient exigé de la Grande Bretagne qu'elle s'engage à démanteler toutes les restrictions commerciales discriminatoires à l'encontre des produits américains dans un délai d'un an et à rétablir la convertibilité extérieure courante de la livre sterling dans un délai de 18 mois : l'échec fut total (48). La situation s'était manifestement renversée et elle permet rétrospectivement d'apprécier *la signification de l'égalité commerciale* entre des États placés dans des conditions différentes au plan économique et social.

Tout l'effort des États Unis se portera après la guerre dans cette voie de la reconstitution d'un ordre économique néo-libéral sur *l'égalité abstraite des nations*. Sans prétendre ici retracer cette entreprise, on peut rappeler le communiqué commun signé à Terre-Neuve au mois d'Août 1941 par Roosevelt et Churchill : cette « charte de l'Atlantique » contenait plusieurs dispositions importantes dans le domaine économique, notamment celles du paragraphe 4 aux termes desquels les deux parties exprimaient leur désir « de promouvoir pour tous les États, grands ou petits, vainqueurs ou vaincus, un égal accès (access in equal terms) au commerce et aux matières premières mondiales qui sont nécessaires pour leur prospérité économique, « la Grande Bretagne demandant seulement que cette politique s'inscrivît » « dans le cadre (des) obligations existantes », en l'occurrence les siennes propres à l'intérieur du Commonwealth. Ces principes furent alors considérés par les États Unis comme « universels..., valables sur tous les océans et continents » (49). L'instrument privilégié de ce qu'on estime être seulement le retour à l'ordre naturel des choses après les cataclysmes des deux guerres mondiales reste l'accord international et techniquement l'introduction systématique dans les accords commerciaux de la clause de la Nation la plus favorisée inconditionnelle dont le jeu sera ultérieurement institutionnalisé dans le cadre du GATT. Les contraintes du système sont censées reposer sur l'accord de volonté entre les États et l'analyse des juristes est ici tout à fait caractéristique (50) : l'ordre international économique reconstruit après 1945 repose sur une base conventionnelle. S'il a entraîné une « perte de souveraineté partielle mais sensible », c'est parce que les États l'ont expressément accepté et leur coopération représente d'ailleurs « le mode d'exercice positif de (leur) souveraineté ». Le droit international économique serait ainsi « *par na-*

(48) D. CARREAU, P. JUILLARD et T. FLORY, op. cit. p. 78.

(49) HULL, WELLES, cités par D. CARREAU, P. JUILLARD et T. FLORY op. cit. p. 77

(50) D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY, op. cit pp. 79-80.

ture égalitaire. Toutes les règles juridiques qui le constituent (s'imposeraient) également à tous les membres de la communauté internationale (sic), à tous les États... Quel que soit leur niveau de développement. *Il s'impose de manière uniforme... à toutes les collectivités étatiques considérées comme des entités politiques souveraines et, donc égales ».*

L'égalité est bien le maître-mot, elle est le corollaire, mais dans l'abstrait, d'une souveraineté dont elle explique les auto-limitations. Si, avec J. SALMON (51), on voit dans les « techniques de l'idéologie juridique », les « mécanismes qui permettent de transformer le réel en imaginaire, d'occulter le réel au profit de la représentation que l'on veut donner de soi-même », et si, comme il le fait, on place au premier rang l'utilisation par les juristes *de concepts généraux et abstraits*, on conviendra qu'on est ici au cœur du système.

Mais la limitation de souveraineté a encore un sens très clair que mettent en évidence nos auteurs : le multilatéralisme dans les relations économiques internationales, fondé sur *la liberté et non discrimination* dans les transactions économiques internationales sur la libération des échanges en toute réciprocité et dans *l'égalité des Parties*, sur la suppression des restrictions commerciales et la libre convertibilité des monnaies selon des taux de change uniques et stables, *revient à faire des États égaux dans l'abstrait les simples gérants du libre-jeu des forces du marché capitaliste.*

C'est alors sans doute qu'on confine au paradoxe. Dans l'ordre économique, la liberté contractuelle prévaut mais l'État doit en somme s'assigner pour mission d'intervenir le moins possible ; *dans l'ordre politique, il n'en va pas nécessairement de même au contraire.* Dans la vision globale des classiques, le formalisme règne, au sens que Ch. CHAUMONT a donné à ce terme : « Les conditions de formation des règles et leur soubassement politique, économique et sociologique sont... indifférents... les traités peuvent résulter de l'irrégularité, de la pression, de la contrainte ou de la violence, mais leur valeur reste établie par les formalités qu'ils comportent... l'emploi de force est une compétence normale de l'État... Le droit international apparaît comme un système *abstrait*, comme un ensemble de normes formelles détachées de leur contenu concret... (il n'est) que la mise en forme des situations de prédominance des forts sur les faibles... » (52). Dans cette optique,

(51) J. SALMON « A propos de quelques techniques de l'idéologie juridique appliquée au droit international » in *Réalités du Droit international contemporain* 2 (Rapport à la 4ème rencontre de Reims), op. cit. pp. 72 et s/.

(52) Ch ; CHAUMONT, *Cours Général de droit international public*. ADI, op. cit ; pp. 343-344.

les États les moins développés ont avant tout la liberté de se soumettre, l'égalité avec les États les plus puissants est purement formelle et rappelle celle des contractants sur le marché du travail : aussi bien les États du Tiers Monde ont-ils tenté d'y remédier en cherchant à donner tout son sens au consensualisme dans les relations entre les États.

11. Dans cette société d'États souverains et égaux en droit dont les structures, les idéologies, les comportements sont contradictoires, les relations contractuelles vont s'étendre à tous les domaines du droit international mais le consensualisme va prendre une signification nouvelle dès lors qu'on va essayer de protéger efficacement les États dans l'expression même de leur consentement : c'est toute une théorie des vices du consentement qui se trouve ainsi développée dans la convention de Vienne sur le droit des traités, aujourd'hui entrée en vigueur. La construction est juridiquement parfaite, les conséquences de la nullité éventuelle du traité étant tirées à l'article 69 et les autres cas d'extinction des obligations nées du traité envisagés assez restrictivement y compris dans l'hypothèse d'un « changement fondamental de circonstances » (article 62). Les juristes des États du Tiers-Monde ont accordé beaucoup d'importance à ce système de protection qui peut effectivement leur permettre d'invoquer la nullité d'engagements qui leur auraient été arrachés. On peut tout de même se demander s'ils ne sont pas, une fois de plus, tombés dans le piège des abstractions. Certes, ils ont cru ruiner, dans un premier temps, l'ancien système de la coutume générale en faisant prévaloir l'accord en tant que source exclusive des règles juridiques internationales : c'était sans doute pour les *nouveaux* sujets d'un droit *ancien* la seule voie possible du changement. Toutefois, comme nous l'avons observé (53), la règle de l'accord peut jouer dans un sens, mais aussi bien sûr dans l'autre. Très vite finalement, il est apparu qu'elle pouvait jouer dans le sens contraire des intérêts de ceux qui en avaient fait la règle cardinale de leur système. Ainsi désormais, dans la perspective du développement progressif du droit international, alors même que de très fortes majorités étaient décidées à se prononcer en faveur de règles nouvelles, l'opposition de quelques États capitalistes étant devenus minoritaires, allaient trouver de quoi se défendre - au plan des querelles juridiques - dans la loi de l'accord à laquelle leurs juristes se rallièrent effectivement assez vite. Dans les consciences comme dans les politiques, c'est probablement à cet

(53) J.P. COLIN, D. ROSENBERG, P. TAVERNIER, *Annuaire du Tiers-Monde* op. cit. 1976 ; chronique, op. cit. p. 589.

endroit du processus que prend naissance, par une significative récurrence de la règle générale, le fameux JUS COGENS.

Ce droit impératif général dorénavant, même s'il peut sembler n'être qu'un avatar de l'ancienne coutume générale, ce sont les États du Tiers-Monde, assez mollement soutenus par les États occidentaux qui, oublieux de leurs vieilles doctrines dénoncent le danger de règles qui s'imposeraient ainsi à la volonté particulière des États et pourraient même frapper de nullité absolue des engagements « librement conclus » mais qui seraient en contradiction avec elles, auraient-elles surgi après la conclusion des accords...

12. De l'évolution contradictoire qui s'est ainsi poursuivie sous nos yeux, un principe comme celui de la Souveraineté des États sur leurs ressources naturelles est l'exemple par excellence. Certes, cette nouvelle propriété de la souveraineté est aujourd'hui considérée comme un principe juridique mais dans des conditions d'une ambiguïté totale dont on ne relèvera ici que les termes essentiels sans pouvoir entrer dans le détail du raisonnement juridique. Lorsque le 14 décembre 1962, l'Assemblée Générale adopta à une très forte majorité (87 voix pour, 2 contre et 12 abstentions) la déclaration 1803, l'interprétation en fut d'abord très restrictive en Occident. Depuis lors, le courant s'est renversé en doctrine, les auteurs les plus académiques admettant la portée juridique d'un texte adopté à une très forte majorité et qui constitue, à tout le moins, une étape décisive dans la formation d'une règle coutumière nouvelle. C'est précisément à ce stade que l'observateur doit prendre garde s'il ne veut pas confondre les vessies et les lanternes : un accord s'est finalement dégagé, mais sur quoi ? Les conditions de vote à l'Assemblée Générale en 1962 sont à cet égard très intéressantes : pour l'essentiel, ce sont les États socialistes qui se sont abstenus dans le vote et justement parce qu'ils estimaient que la déclaration 1803 n'allait pas assez loin et allait donner des armes juridiques à ceux *qui, dans une appréciation superficielle, étaient censés en faire les frais* (54).

Deux États seulement se sont directement opposés à la résolution, l'Afrique du Sud et la France. Dans ce dernier cas, les raisons du vote n'ont rien de mystérieux, si on veut bien replacer le vote dans son contexte : l'un des traits essentiels de la Déclaration 1803 est de distinguer l'exercice de la souveraineté sur les ressources naturelles *après* l'indépendance et le problème singulier de la succession d'États, notamment dans l'hypothèse de la décolonisation. Elle précise d'ailleurs, dans son paragraphe 8, que les accords relatifs aux investisse-

(54) Se sont abstenus : Birmanie, Biélorussie, Cuba, Ghana, Hongrie, Mongolie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, URSS, Bulgarie.

ments étrangers qui devront être respectés de bonne foi seront ceux qui auront été conclus *par des États souverains ou entre de tels États*, renvoyant par là à d'autres règles nettement moins assurées les « accords » antérieurs à l'indépendance ou même probablement ceux qui seraient conclus pendant la « période suspecte », de l'accession à l'indépendance. La France, confrontée en 1962 à une série de problèmes de ce type, en Afrique du Nord en particulier, ne pouvait guère se satisfaire de ce texte.

Pour le reste, en revanche, le texte peut maintenant apparaître pour ce qu'il est - et les longues négociations qui l'ont préparé le montrent bien (55) - un *compromis* entre l'Occident, plus spécialement les États Unis, et les pays en voie de développement et un compromis finalement très favorable aux premiers. Ce compromis exprime très exactement la conception libérale de *l'égalité des États*, simplement envisagée dans la perspective de l'accession à l'indépendance des anciens territoires coloniaux : en bref, l'égalité est de nouveau perçue sous l'angle formel et engendre, indépendamment de l'univers concret des relations de domination impérialiste, les règles suivantes :

- les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par la loi nationale en vigueur et *par le droit international (paragraphe 3)*.

- la nationalisation devra se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers et le propriétaire exproprié devra recevoir *une indemnisation adéquate*, en conformité du droit international.

- les accords relatifs aux investissements étrangers devront être respectés de bonne foi, qu'ils soient conclus *entre* les États souverains ou par les États souverains : dans ce dernier cas, la Déclaration postule clairement l'internationalisation des contrats de concession passés par les pays en voie de développement avec des firmes privées, un principe présenté par la doctrine comme le fruit des exigences de l'éthique et de la morale mais dont on ne cache pas s'il est également une bonne affaire (56).

- en cas de contestation, et après épuisement des voies de recours internes, principe classique de la responsabilité internationale, le différend *devrait* être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international.

Sur ce dernier point, on remarquera le temps utilisé pour le verbe devoir, le *conditionnel*. D'une manière générale, la doctrine contem-

(55) Voir D. ROSENBERG, *op. cit.* pp. 180 et suivantes.

(56) D. ROSENBERG, *op. cit.* p. 237.

poraine accorde en effet une grande importance au choix de l'Assemblée Générale dans ses formulations et l'utilisation systématique de *l'indicatif présent* ou *du futur simple* est un signe de la portée normative des règles qu'énonce la résolution 1803. Pour le recours à l'arbitrage, l'accord ne s'est donc pas réalisé, la contradiction a été esquivée, et l'Assemblée se borne à exprimer un vœu en utilisant le conditionnel. C'est loin d'être une question de détail bien entendu puisqu'en définitive le litige tout entier peut se ramener, en un premier temps, au problème du choix de l'instance compétente : L'arbitrage obligatoire, dans un système international où coexistent des visions très différentes du droit applicable, n'est d'ailleurs guère concevable et n'a jamais été vraiment accepté, ni par les États socialistes (sauf de manière caractéristique dans leurs propres relations), ni par les États du Tiers-Monde.

Un arbitrage destiné à rester célèbre, a pourtant récemment été rendu en ce domaine : il est tout à fait significatif. Le litige opposait des sociétés américaines (California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil) au gouvernement libyen. Ce dernier refusa de se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue par les contrats signés au temps de la monarchie et, selon les règles du contrat, le Président de la Cour Internationale de justice désigna un arbitre unique : la sentence rendue au fond et par défaut, le 19 janvier 1977 restera un modèle du genre (58). Le tribunal arbitral, retenant d'emblée le principe de *l'internationalisation des contrats passés par des États et des sociétés étrangères privées*, reconnaîtra au principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles la valeur d'une règle de droit positif. Il fera ainsi, en apparence, droit aux revendications des pays en voie de développement, s'inscrivant dans un courant « progressiste ». Mais l'analyse tournera court aussitôt de manière singulière, permettant de prendre la mesure des règles nouvelles. Si la règle de souveraineté sur les ressources naturelles est positive, voire impérative au sens du JUS COGENS, elle ne peut légitimer des mesures de nationalisation que si l'État qui les prend a subi une « aliénation effective de la souveraineté, ce qui n'est pas nécessairement la portée d'une concession pétrolière » (57). En l'espèce, l'État concédant « n'avait reconnu (aux concessionnaires) que des droits limités, dans leur volume et dans leur durée » (58) : il y avait exercice et non aliénation de la souveraineté. Une partie de la doctrine se mon-

(57) Voir, entre autres ; Journal de Droit International (CLUNET) 1977, pp. 350 à 389.

(58) Cf. le texte (partiel) de la sentence CLUNET 1977, op. cit. p. 373.

trera sévère dans ses appréciations à cet égard (59) : ne relevons son argumentation que sur un point, il est vrai, décisif.

Les contrats avaient été conclus pour une durée minimale de... 50 ans. L'arbitre parle à ce sujet de « limitation... à l'exercice de certaines (des) prérogatives (de) l'État... pour une période de temps limitée... » (59) ; comme le fera observer J. VERHOEVEN, dans de telles conditions, « à l'expiration de la concession, les gisements pétroliers libyens ne seront pas loin d'être épuisés s'ils ne le sont pas totalement... » (60). La cause était pourtant entendue et il fut fait droit aux prétentions des sociétés américaines.

En réalité, l'évolution des règles juridiques, au plan international comme au plan interne, ne peut-être séparée des exigences de la formation économique et sociale dans laquelle on se trouve. J'ai cru, pour ma part, pouvoir affirmer « qu'une formation économique et sociale dans laquelle un mode de production est prédominant, bien que plusieurs modes de production coexistent en son sein, tend à ne laisser se développer que des concepts juridiques qui sont compatibles avec elle, qui en tout cas peuvent être « récupérés » d'une manière ou d'une autre par la formation économique et sociale, plus exactement par le mode de production dominant au sein de la formation économique et sociale » (61). Tel me semble bien être le cas présentement et la Déclaration 1803 dans laquelle on avait vu à l'origine « un instrument de lutte contre le capitalisme » (62) et qui apparaît aujourd'hui comme « le cadre parfait du développement (de ce système) » (62) à l'échelle mondiale.

Aussi bien, les États en voie de développement n'en resteront-ils pas là et tenteront-ils de définir un droit nouveau plus directement rapporté aux conditions concrètes d'une éventuelle évolution vers l'égalité des États. Il feront notamment adopter la résolution 3281, dite « Charte des droits et devoirs économiques des États », qui va infiniment plus loin que la résolution 1803 dans le sens de *l'indépendance économique*. Ils se heurteront alors à l'opposition unanime et déterminée de l'ensemble des pays capitalistes développés. Sans doute, observera-t-on qu'une résolution ainsi imposée par une majorité d'États à une minorité idéologiquement cohérente, si elle ne peut

(59) Voir notamment J. VERHOEVEN « Les contrats entre États et ressortissants d'autres États » « Le contrat économique international ». Éd. BRUY-LANT, 1975, pp. 139 et ss, ainsi que D. ROSENBERG, op. cit., pp. 477 et ss.

(60) CLUNET 1977, op. cit. p. 374

(61) J.P. CDLIN : « Action et rétroaction des concepts du droit international (le droit comme langage unificateur hypothétique) » in *Réalité du droit international contemporain 2* (Reims), op. cit. p. 87.

(62) J.P. COLIN *ibid* - p. 93.

en aucun cas édicter des règles de droit positif, n'en constitue pas moins un ensemble de « normes d'action » (63) susceptibles d'être autant de moyens de combat entre les mains des plus défavorisés. Autant qu'on le sache, l'égalité des États reste néanmoins aujourd'hui, au plan international, aussi formelle que celle des individus au plan interne : on peut même assurer que la crise économique qui, aggravant le chômage, affaiblit encore les salariés dans les sociétés internes, a les mêmes effets au plan international, les États les plus défavorisés étant livrés pieds et poings liés aux firmes multinationales d'autant plus impitoyables qu'elles sont elles mêmes exposées à une concurrence renforcée, le néocolonialisme, souvent grâce à ses complices locaux, étant parfois plus féroce, que le colonialisme tout court. L'évolution du système a, cela dit, conduit à d'autres transformations encore. Le grand juriste belge, Chaïm PERELMAN a exprimé cette idée avec la plus grande force... Effectivement, *l'autodétermination des pays sous-développés est encore plus factice que l'autonomie de la volonté des ouvriers au début du XIXème siècle européen* » (64). A cette situation, on devait chercher à porter remède sans pour autant nécessairement sortir du système.

II — DE L'INÉGALITÉ ENTRE ÉTATS COMME REMÈDE A TROP D'ÉGALITÉ.

13. Les règles de l'égalité commerciale ont rencontré leurs limites dans les faits et le nécessaire dépassement de l'égalité formelle a été parfaitement défini, y compris dans le domaine des relations internationales : c'est ainsi écrit par exemple, Ch. PERELMAN, que, dans les domaines les plus divers, à la liberté et à l'égalité juridiques, et formelles, on opposera de plus en plus souvent la liberté et l'égalité réelles, ce qui nécessitera des mesures limitant l'exploitation du plus faible par le plus fort, grâce à des privilèges accordant, au nom de l'intérêt général, un traitement de faveur à ceux qui ont été maltraités par l'histoire » (64). Prétendre explorer toutes les richesses de cette affirmation dans l'ordre des relations internationales serait, cela dit, aller très au-delà des limites de notre propos. La question nodale d'un intérêt général dans l'ordre interne est encore beaucoup plus délicate à traiter dans l'ordre international (65). Il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin pour voir surgir *l'inégalité compensatrice* de l'égalité formelle dans les relations internationales : cette évolution est

(63) Ch. CHAUMONT clairement a proposé ce terme à maintes reprises.

(64) Ch. PERELMAN, « Liberté, égalité et intérêt général », in « L'égalité », volume V, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles op. cit., p. 11, (c'est nous qui soulignons).

(65) Voir par exemple « Variation autour de l'idéologie de l'intérêt général » (Université d'Amiens et de Reims, P.U.F. ; Paris, 1978-1979, Volumes I et 2).

historiquement liée tout à la fois à la contestation et à l'adaptation du système, les deux processus allant toujours de pair pour les systèmes vivants et l'erreur historique fondamentale des marxistes ayant sans doute été de croire le capitalisme moribond au début, puis au milieu de ce siècle, alors qu'il était toujours dans sa phase ascendante et que ses probables dépassements nous restent en ces années quatre vingt finalement inconnus dans leur nature.

Le système mondial est aujourd'hui construit sur des relations complexes entre les Centres développés et leurs périphéries : les règles du GATT se sont avérées manifestement impuissantes à assurer son fonctionnement dès lors que les empires coloniaux s'étaient effondrés et que les États nouveaux entraient, nus, sur la scène. Sans même parler de la question des produits de base qui avaient à l'origine fait l'objet du chapitre VI de la charte de la Havane que les États Unis s'abstinrent de ratifier et qui, en tant que telle, n'est jamais entrée en vigueur, les simples aménagements apportés à l'Accord Général, à titre d'exception ou de dérogation, ne permettaient pas de répondre aux problèmes du développement. Or ceux-ci, s'ils étaient complexes, concernaient, au premier chef, on ne s'en est pas toujours aperçu, les pays développés eux-mêmes. Si les États Unis avaient souhaité la fin des empires et la disparition des obstacles à leur influence économique, ce n'était pas pour assister, passifs, à une paupérisation accélérée d'immenses continents aux fabuleuses ressources naturelles. *Un certain type de croissance des pays « en voie de développement » est nécessaire au progrès général du système.* Cela ne veut pas dire que l'évolution des règles juridiques applicables aux échanges entre les pays développés et les pays sous-développés ait eu lieu à l'initiative des premiers ; les choses, bien entendu, ne sont jamais aussi simples. C'est un fait, en revanche, que contestation et adaptation ont été des phénomènes parfaitement synchronisés : si la première réunion de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement a eu lieu à Genève au printemps 1964, les parties contractantes du GATT ont complété l'accord général en adoptant une partie IV relative au commerce et au développement dès le 26 novembre 1964. Même si elle n'est entrée en vigueur qu'en 1966 et si certains États ne l'ont jamais signée — le fonctionnement du GATT est à cet égard empreint de la plus grande souplesse (66) — le processus, on en conviendra, a été de la plus grande rapidité. Or c'est ce document, suivi depuis lors de beaucoup d'autres, qui est à l'origine de la reconnaissance du principe de *non-réciprocité* dans les relations commerciales internationales entre pays développés et pays en voie de développement, engendrant une nouvelle « théorie » dite de *la dualité des normes*, elle-même fondée sur ce que certains auteurs ont

(66) Sur toutes ces questions, voir par exemple D. CARREAU P. JUILLARD et T. FLORY, op.cit. notamment pp. 166 et ss.

alors appelé « *l'inégalité compensatrice* ». En somme, toute la question reste de savoir si ces aménagements ont été apportés au système *naturel* de l'échange international sous la pression des contestataires et si ces derniers ont ainsi ouvert une brèche par laquelle ils peuvent espérer faire pénétrer d'autres idées-force susceptibles de contribuer à des changements plus profonds ou si au contraire il n'y a pas eu là de la part des États capitalistes une concession temporaire, l'objectif étant de rétablir à terme l'équilibre, la conviction persistant d'une tendance fondamentale à l'harmonie.

Avec le recul dont on dispose, et sans préjudice des condamnations formelles de tout aménagement du système prononcées par les États se réclamant du socialisme — ce qui ne les empêche nullement d'en profiter le cas échéant — deux courants de pensée se sont développés qui rendent compte du processus en des termes sensiblement différents. Pour les uns, les États développés ont dû céder devant la pression du Tiers-Monde et, volens nolens, s'inspirer d'impératifs humanistes, ne serait-ce que pour préserver la paix : l'inégalité compensatrice deviendrait ainsi l'instrument des bonnes intentions, de la réforme progressive du système, à terme de sa transformation en douceur. Pour les autres, ces aménagements ont un caractère purement transitoire et devraient peu à peu disparaître au profit d'un rétablissement des règles abstraites du marché dans leur généralité mondiale : l'avantage comparatif redeviendrait la loi d'airain du système, quelles qu'en soient d'ailleurs les conséquences ici ou là, y compris au cœur des États les plus anciens. Telles sont les *interrogations que semble soulever une inégalité nouvelle apparue en quelque sorte comme un remède à une égalité absolue mais restée abstraite*.

14. Notons encore que cette inégalité compensatrice dans le domaine économique n'est pas la seule, ni même la première inversion du concept d'égalité (67). L'imagination des juristes à cet égard est connue et ils savent trouver les mots qui rendent compte de phénomènes en apparence parfaitement contradictoires. On sait que les organisations internationales modernes reposent sur le principe fondamental de l'égalité, illustré par la règle « un État, une voix », qui prévaut sans conteste au sein des Assemblées plénières. Le principe supporte, il est vrai, quelque tempérament dès lors qu'à l'exigence de l'unanimité succède celle de la majorité, simple ou

(67) P. GOYARD a fort justement écrit « les diverses prérogatives, juridiques et les notions d'égalité et de discrimination », in « l'Égalité », volume 5, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, op. cit. p. 151 « Que le principe égalitaire revête une double signification ; qu'il implique, selon le cas, un traitement rigoureusement identitaire des personnes et des objets, ou, au contraire, l'édiction de règles diversifiées tenant compte des différences constatées dans les situations, les aptitudes, les activités, c'est là une vérité depuis longtemps reconnue par la pensée philosophico-juridique ».

renforcée mais il n'est pas alors véritablement remis en cause, d'autant moins que les instances au sein desquelles s'appliquent les règles nouvelles ont rarement un véritable pouvoir de décision. En apparence paradoxale, il cesse d'en aller de même lorsqu'on est en présence d'organes dotés d'un pouvoir réel. L'exemple du Conseil de Sécurité des Nations Unies est classique, où cinq États ont la qualité de membres permanents et disposent en outre d'un droit de veto dont ils ont d'ailleurs aménagé l'exercice à leur convenance : cette situation est généralement justifiée par les exigences du maintien de la paix, mission essentielle du Conseil, et par les responsabilités particulières qu'ont dans ce domaine les cinq grandes puissances. On peut en discuter, pour certaines d'entre elles il s'agit surtout d'un héritage historique : la réforme des organisations est à l'ordre du jour et nombreux sont les États qui ont suggéré la modification de ce système : il n'est pas prêt pour autant de changer. On peut même ajouter que c'est *inconcevable* car une réforme de la Charte suppose précisément l'accord formel, c'est-à-dire en forme de ratification de l'amendement, des cinq membres permanents...

L'attitude de la Chine populaire est à cet égard très significative qui condamne ce système tant que ce fût le gouvernement de TAIPEH qui représentait la Chine au sein des Nations Unies et qui, une fois redressée dans ses droits, n'hésita pas à user du veto, y compris pour retarder l'entrée de nouveaux États dans l'organisation, BENGLEDESH et ANGOLA... Quoiqu'il en soit, on est alors convenu de parler d'*inégalité fonctionnelle* dont on fera un reflet du principe d'égalité lui-même : les États sont égaux mais n'ont pas tous les mêmes responsabilités : une certaine inégalité pourra être admise entre eux, à condition qu'elle soit strictement enfermée dans les limites de certaines fonctions bien définies que l'histoire a conduit certains d'entre eux à exercer de manière privilégiée. Cette inégalité fonctionnelle a ses justifications en matière politique : à quoi servirait-il de donner à un conseil des États des armes *juridiques* contre une super-puissance militaire mise en minorité ? Elle joue également en matière économique où elle est aujourd'hui contestée de manière beaucoup plus virulente.

Si en effet l'institutionnalisation très souple et très relative du GATT ne réserve en principe aucune place privilégiée à un État, il n'en va pas du tout de même de nombreuses autres organisations, notamment de la Banque dite mondiale ou du Fonds Monétaire International (FMI), pourtant toutes deux, institutions spécialisées (68),

(68) Plus exactement, en ce qui concerne le groupe de la Banque mondiale, il rassemble trois institutions, la Banque Internationale pour la reconstruction et le développement, l'Association internationale pour le développement et la société financière internationale.

rattachées au système des Nations Unies. Sans pouvoir s'arrêter sur les modalités de cette nouvelle forme de l'inégalité fonctionnelle, et même si des amendements sont intervenus sur ce point, retenons que les pays industrialisés ont gardé le contrôle de ces organisations au financement desquelles ils concourent pour l'essentiel et que les États Unis s'y sont réservés une position hégémonique. Si on pouvait aller plus loin, on mesurerait sans doute à quel point on est ici au cœur du système : une institution internationale comme le FMI n'est en effet, pas seulement une sorte de Banque des Banques Centrales au sens technique du terme ; dans sa tâche, *elle doit apprécier, selon les critères retenus par les États qui en ont le contrôle*, la situation des pays dans lesquels le déficit de la balance de paiements atteint un seuil critique. Le Fonds va leur apporter son soutien à ses conditions : il fixera, en règle générale et pour une période plus ou moins longue les principes que devra suivre l'État en difficulté dans les domaines économique, financier et *social* pour rétablir ses équilibres extérieurs et justifier de la confiance du Fonds. Les mesures édictées seront souvent drastiques et conduiront la plupart du temps à une aggravation de la crise au plan intérieur : à la limite, le Fonds exerce une sorte de *protectorat* — l'exemple du Zaïre est actuellement significatif (69) — en vue de faire rentrer la brebis au bercail, de ramener le pays indiscipliné au respect des règles fondamentales.

Comme le fait observer un auteur lucide, il perd alors l'essentiel de sa souveraineté économique et, à la limite, n'a plus vraiment le libre droit de son système économique et social, pourtant expressément prévu par les statuts du Fonds... Bien entendu, l'assistance massive du Fonds aura été *sollicitée* et pourra émaner dans certains cas de pays industrialisés. Il reste vrai que l'inégalité, présentée à l'origine comme essentiellement fonctionnelle, aura alors des conséquences extrêmement graves pour la souveraineté de l'État à l'intérieur de ses frontières, les exigences du Fonds pouvant aller de la diminution des subventions au secteur public au régime des salaires, en passant par la réforme de la fiscalité, voire la réforme agraire ou... son ajournement.

15. Il en va, il est vrai, tout autrement, du moins a priori, de *l'inégalité compensatrice* puisqu'elle a été *exigée* par les pays en voie de développement et qu'elle est censée les protéger contre la loi d'airain qui réduit les pays défavorisés à la misère : faut-il encore y regarder de plus près.

(69) Voir D. CARREAU - AFDI, 1977, p. 697. Voir également J.P. COLIN, D. ROSENBERG et p. TAVERNIER, *Annuaire du Tiers-Monde* / op. cit. 1978 chronique, op. cit. p. 401.

Il convient tout d'abord de bien apercevoir que le fondement de ce « nouvel ordre Économique International » reste la souveraineté des États et qu'il est ainsi *égalitaire par essence* : si des règles discriminatoires sont introduites dans le système, c'est pour corriger les inégalités de fait et tendre vers un aménagement plus équilibré des relations entre les États... C'est ainsi l'ancien « ordre international de la misère » (70) qui est jugé inégalitaire dans son principe. Encore une fois cela se remarque spécialement dans la tentative des États du Tiers-Monde de « démocratiser » les organisations internationales, ce qui reste à leurs yeux « la première revendication » (71) confrontés qu'ils sont à « cet étrange paradoxe » (72) que « l'accroissement du nombre des États indépendants, au lieu d'entraîner une participation équitable aux responsabilités dans la vie internationale (s'est accompagné) au contraire *d'une concentration plus poussée des pouvoirs de décision au profit d'un cercle restreint de puissances* » (72). Insister sur ce point est d'autant plus nécessaire qu'il est rarement mis en relief par les auteurs occidentaux qui se bornent le plus souvent à mettre en évidence *la spécificité* du droit international économique, les particularités du processus de décision au sein des organisations internationales économiques, etc...

Cela dit, toute série de relations vont s'établir à la fois dans les échanges et dans les investissements à l'échelle internationale, qui conduiront à parler *d'un système de dualité des normes* : en son sein deux séries de règles sont fondamentalement applicables, les unes aux pays développés, les autres aux pays en voie de développement. L'abandon du principe de réciprocité dans les échanges commerciaux reste l'exemple topique : le pays en voie de développement se verra consentir des avantages commerciaux pour l'entrée de ses produits sur le marché des pays industrialisés sans être contraint d'accorder la réciprocité à ces derniers. Observons tout de suite que nous sommes d'ailleurs plutôt en présence *d'un système de pluralité de normes*, toute une série de rapports étant susceptibles de s'établir, dans les relations des pays industrialisés entre eux, dans les relations des pays industrialisés avec les pays sous-développés, dans les relations des pays sous-développés entre eux (les relations Sud-Sud encore le plus souvent embryonnaires), dans les relations des pays capitalistes avec les pays socialistes, dans les relations des pays socialistes, entre eux, etc...

(70) Voir M. BEDJAOUI « Pour un nouvel ordre économique international », UNESCO, Paris, 1978, 295 pp.

(71) M. BEDJAOUI, op. cit. p. 198

(72) Discours du chef de l'État algérien, Président en exercice du Mouvement des non alignés à la 6ème session extraordinaire de l'Assemblée Générale, avril 1974, cité par M. BED. AOUI, op. cit. p. 199.

Pour l'essentiel, à quoi nous sommes tenus d'en rester ici, le droit international économique moderne va reposer sur l'idée centrale d'une *intervention en faveur du développement qui va prendre principalement la forme de* mécanismes compensateurs impliquant un *traitement préférentiel* en faveur des pays en voie de développement. Ici encore des distinctions pourront s'établir, une certaine gradation conduisant à une nouvelle série de relations : avec les pays en voie de développement exportateurs de capitaux (généralement producteurs de pétrole), avec les pays en voie de développement médians, avec les pays les plus pauvres, les pays enclavés, géographiquement défavorisés, etc... Cette *démultiplication des relations internationales*, n'affecte pas seulement les échanges mais, comme le montrent les travaux de la 3ème conférence des Nations-Unies sur le droit de la Mer par exemple, interfère aujourd'hui dans tous les processus normatifs internationaux. Dans une certaine perspective, mais l'accord n'est probablement qu'apparent sur ce point, la coopération internationale se transforme, impliquant en somme un *droit à l'aide* en faveur des pays du Tiers-Monde, tandis qu'une obligation d'assistance correspondante pèserait sur les pays développés (73). Dès lors les discussions s'étendent à tous les domaines, y compris les questions financières et monétaires – le « déliement » de l'aide ou la renégociation de la dette en constituant des exemples caractéristiques.

Pour comprendre concrètement les finalités du système, il faudrait reprendre chaque type de relation, l'examiner en détail tout en le replaçant dans son contexte, afin de voir le rôle joué par les règles nouvelles dans le procès de production à l'échelle internationale : cela dépasse, évidemment les limites d'une simple réflexion sur le principe d'égalité des États ; notons cependant que nous serions conduits à de nouvelles distinctions si nous avions le loisir de procéder à cette série d'examens. Il n'y a pas, dans ce Nouvel Ordre, homogénéité des groupes d'États et les États occidentaux par exemple ne forment pas un bloc compact, bien au contraire. Si l'on envisage à titre d'exemple la nouvelle structure du commerce entre les pays développés et les pays en voie de développement, à savoir le *système généralisé de préférences non réciproques et non discriminatoires* dont les bases ont été jetées lors de la 2ème CNUCED et à New-Delhi en 1968 (74), on s'aperçoit que les attitudes respectives des États Unis, du Japon, de la Communauté économique européenne, etc... sont assez différentes les unes des autres. On se souvient qu'aux termes de l'accord conclu le 12 octobre 1970 au sein du Comité spé-

(73) D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY, op. cit, p. 88.

(74) Résolution 21 (CNUCED II).

cial des préférences de la CNUCED, le système constitue un cadre à l'intérieur duquel les pays développés (les « pays donateurs ») sont invités à offrir des préférences non réciproques et non discriminatoires pour certaines exportations en provenance des pays en voie de développement (les « pays bénéficiaires ») (75). A comparer les offres des principaux donateurs, on observera de sensibles différences, un système de préférences spéciales pouvant d'ailleurs constituer un degré supérieur de relation entre un pays industrialisé (ou un groupe de ces pays, en l'occurrence les 9 de la Communauté européenne) et un certain nombre de pays bénéficiaires (les ACP, pays de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, naguère soumis au régime colonial par exemple) : on reconnaît les relations spéciales nées de la Convention de Lomé. D'autres distinctions, d'autres divergences se retrouvent en matière d'investissements publics, lesquels ne doivent normalement jouer dans le système qu'un rôle subsidiaire. Si l'on veut tenter d'interpréter la fonction des règles nouvelles dans le système mondial, on doit, cela dit, prendre du recul et ces nuances apparaissent alors secondaires.

16. Les États industrialisés ont été conduits à apporter des aménagements à un système dont-ils n'ont jamais perdu *ni le contrôle ni la maîtrise*. Certes, la fin des régimes coloniaux imposaient certaines transformations et, par ailleurs, des facteurs proprement politiques ont pu jouer pour accélérer un certain type d'évolution : la pression exercée par le Tiers-Monde, la volonté de maintenir la paix, la crainte de l'expansion soviétique. Rien de tout cela n'a pour autant modifié substantiellement les relations Nord-Sud, et le problème du sous-développement reste posé dans toute son étendue tragique, même si des résultats partiels ont pu être atteints.

Il convient ici, de rappeler que les préférences commerciales ne concernent en principe que les produits manufacturés et semi-finis des pays en voie de développement : elles laissent de côté les produits agricoles et les autres produits de base pour lesquels fluctuations du cours liées à la spéculation internationale et *dégradation des termes de l'échange* restent la règle, tempérée il est vrai, par certains mécanismes régionaux, tel le STABEX dans le cadre des relations CEE/ACP (76).

Certains produits seulement, hautement stratégiques, échapperont au processus, en fait avant tout les hydrocarbures. Encore y aurait-il beaucoup à dire à ce sujet : alors que la création de l'organisation

(75) D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY, op. cit. pp. 169 et ss.

(76) STABEX ou système de stabilisation des recettes d'exportation / voir par exemple : J. Cl. MULLER, Annuaire du Tiers-Monde 1977/op. cit. pp. 150 - 166.

des pays exportateurs de pétrole (OPEP) en 1960 fut en vérité la réplique des principaux exportateurs à une nouvelle baisse des prix décidée par le cartel des sept grandes compagnies pétrolières – les sept Majors ou les Sept Sœurs – qui régnaient en maître sur le marché depuis plus d'une génération, l'institution d'une association de pays producteurs a été jugée contraire aux règles fondamentales du système. L'analyse est d'ailleurs restée la même aujourd'hui, même si l'OPEP apparaît avant tout comme un mécanisme régulateur indispensable dans les conditions présentées. On se garde bien de toute manière de mettre en évidence le rôle joué par les États Unis dans l'augmentation rapide du brut : entre un prix plancher et un prix plafond, ils n'ont jamais perdu la maîtrise du marché, jouant de cette ressource énergétique essentielle pour contenir les autres pays développés dans cette « guerre économique » que serait le jeu de la concurrence à l'échelle mondiale.

S'agissant des produits manufacturés finis, les relations compensatrices peuvent certes contribuer à favoriser l'industrialisation du Tiers-Monde mais il y a, on le mesure mieux chaque jour, industrialisation. A long terme – le processus est à peine engagé et dans la mesure où il gêne trop ouvertement les États développés confrontés à de graves problèmes sociaux dans certains secteurs exposés à la concurrence du Tiers-Monde il est sans difficulté freiné, suspendu : *une nouvelle division internationale du travail se profile*, rejetant à la périphérie les industries grosses consommatrices de main d'œuvre ou d'énergie, ou encore les activités gravement polluantes : tel est fondamentalement le sens de l'évolution en cours. Si l'on retient cette analyse, *le passage de l'égalité formelle à l'inégalité compensatrice* apparaît clairement comme étant un simple jeu de mots : les institutions auxquelles elle correspond constituent seulement de nouveaux principes. L'organisation d'un système dans lequel l'inégalité réelle des États reste règle.

L'idéologie implicite du système est d'ailleurs loin d'avoir disparue. Si certains auteurs optimistes retiennent l'idée d'une *spécificité* du droit du développement appelé à fonder concrètement un Nouvel Ordre (77), d'autres auteurs considèrent que ce droit n'a qu'un caractère accidentel : il en va ainsi, selon eux, aussi bien du système de la pluralité des normes que des pratiques actuelles dans le domaine des nationalisations : il ne s'agirait que d'« un ébranlement temporaire et non permanent de l'édifice des règles traditionnelles », des « symptômes probants » permettant aujourd'hui de constater « un retour à l'équilibre » (78).

(77) Voir par exemple NGYUEN QUOC DINH, P. DAILLET et A. PELLEU « Droit International Public, LGDJ, Paris, 1980, pp. 745 et ss.

(78) Voir Annuaire du Tiers-Monde 1978, op. cit. Bibliographie, p. 508.

A leurs yeux, même si, selon la tradition, la thèse n'est jamais soutenue qu'en filigrane (79), le droit international économique est *nécessairement* le droit du système capitaliste mondial et il exprime les exigences *naturelles* de l'évolution de ce système dont la remise en cause ne peut jamais être que passagère. Les déterministes ne sont pas toujours ceux que l'on croit...

Les peuples sont ainsi renvoyés, tels les hommes sur le marché du travail, aux abstractions de base et *si les États nouveaux sont nés du processus de décolonisation c'est, dans l'esprit des maîtres pour jouer le jeu*, le reste n'étant qu'habileté de langage ou habileté tout court. L'égalité compensatrice est parfaitement définie par ses « théoriciens » : « En outre, comment ne pas noter que sur le plan interne, il y a déjà longtemps que le droit joue ce rôle de *compensateur des inégalités* et de *protecteur des plus faibles* ; toute l'évolution du droit des sociétés industrielles depuis un siècle va dans ce sens ; les législations fiscales ou du travail en fournissent autant d'exemples frappants. Toutes ces réformes ont été accomplies *au nom de l'égalité réelle* des citoyens et de la justice sociale ; elles étaient destinées dans l'esprit de leurs promoteurs, à asseoir la cohésion sociale, le consensus des populations locales (sic) et à *prévenir l'éclosion de troubles, bouleversements et révolutions*. Il n'y a aucune raison de penser que de telles préoccupations sont étrangères à l'ordre international économique contemporain » (80). On ne saurait mieux dire et après tout cette appréciation est, en effet, bien plus proche de la réalité que maints discours humanistes sur le développement.

17. Nous nous étions proposés de réfléchir au mode spécifique selon lequel le concept juridique peut jouer dans l'histoire des sociétés. L'étude est trop superficielle pour qu'on avance le moindre commencement de conclusion. Peut-être peut-on en revanche rappeler la thèse centrale qu'avancait H. BUCH il y a dix ans (81) et que rappelait récemment L. INGBER (82) : «.. Il ne suffit pas d'affirmer que le contenu d'un concept évolue avec le temps. Il importe de découvrir la nature de cette évolution. C'est du conflit qui oppose les forces sociales et les institutions qui les régissent que naît l'évolution. Mais cette dialectique externe à l'Égalité elle-même en suscite une autre interne celle-là : à peine affirmé le principe général de l'Égalité engendre des contenus opposés. Derrière le même mot

(79) D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY, op. cit. pp. 455 et 461.

(80) D. CARREAU, P. JUILLARD, T. FLORY, op. cit. p. 86.

(81) H. BUCH : « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit » in « L'égalité » volume I, Travaux du Centre de Philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles. Éd. Bruylant, 1970, pp 196 à 225.

(82) L. INGBER, préface à « l'égalité » volume V, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, op. cit. p. 3.

d'ordre se font jour, en fait, des revendications différentes. Il s'agit désormais de donner une réalité à ce qui n'est plus considéré que comme un vestige du passé, une forme vide de tout contenu » . C'est bien ainsi que se pose en effet le problème de l'Égalité dans l'ordre international : elle est, dans sa forme abstraite, la forme même du système, à la fois sa raison logique et son idéologie ; elle est en même temps porteuse de valeurs qui dépassent infiniment l'horizon de ce système et augure à ce titre de son dépassement. A cet égard ; *la revendication d'égalité commence seulement à se faire entendre dans l'ordre des relations internationales.*



LE CONCEPT METHODOLOGIQUE DE « MASLAHA » ET SES INCIDENCES VIRTUELLES SUR LE FIKH DE LA FAMILLE

Omar THAMINY*

AVANT PROPOS

L'objet de la communication que vous avez l'amabilité d'écouter présente un caractère irréel. Il se situe en effet au niveau de « l'oumma » c'est-à-dire d'une communauté musulmane ayant préservé son œcuménicité, sa spécificité et son autonomie culturelle.

Le discours paraîtra donc passéiste pour les uns, d'un intérêt purement spéculatif ou simplement historique pour les autres. Je n'en disconviens pas. Et c'est sans doute par déformation professionnelle que je me suis résigné à le faire quand même.

I. INTRODUCTION

Deux questions sont souvent soulevées à propos du droit musulman de la famille.

1ère Question

Pourquoi persister à parler du fikh de la famille en tant que droit positif dans nos sociétés contemporaines alors qu'on ne parle plus qu'au passé du fikh constitutionnel, du fikh fiscal, du fikh pénal ou du fikh des obligations et contrats ?

Éléments de réponse

a) Le droit de la famille concerne quasiment tout le monde et touche un des domaines les plus intimes de la vie des individus, et les plus proches de leurs convictions religieuses.

b) Le fikh de la famille n'a que de lointains rapports avec les problèmes du pouvoir politique et des intérêts oligarchiques ou économiques ; ce qui expliquerait, en partie sa pérennité.

c) Les textes scripturaires fondamentaux du droit musulman sont classés en 2 catégories : il y a d'un côté les principes généraux qui tracent la finalité de la charia et qui ont inspiré les « Mujtahid » dans l'élaboration du fikh entre les 7^e et 9^e siècles. Il y a de l'autre côté les règles juridiques élaborées et immédiatement applicables. Le fikh de

* Professeur associé, Faculté de droit de Marrakech.

la famille appartient, en grande partie, à cette 2^e catégorie.

Des textes scripturaires précis et détaillés étant là, « il n'y a plus moyen de moyenner ».

2^e Question

A la suite de Chafik CHEHATA, il est fréquent d'entendre se demander si le droit musulman est vraiment un droit « religieux », s'il ne s'agit pas d'une simple codification et adaptation de coutumes anté-Islamiques.

CHEHATA écrit : « la construction du *corpus juris* musulman ne doit *presque* rien aux sources scripturaires » (Études de droit musulman p. 12. P.U.F. 1971). Il ajoute dans la même page : « En raison de toutes ces considérations, nous ne craignons pas d'affirmer que le droit musulman est un droit positif ».

Retenons dans la l^e citation le terme restrictif de « presque ». Ajoutons que le terme « *positif* » dans la 2^e situation, n'est nullement antinomique avec le terme « religieux » ou « révélé ».

N'oublions tout de même pas de nous référer sur cette question au point de vue des intéressés eux mêmes c.a.d. les membres de « l'oumma ». Il semble qu'un grand nombre de fidèles croient encore que le fikh, et notamment le fikh de la famille est au moins « d'inspiration divine ». Le fait n'est pas à négliger.

Le professeur CHEHATA ajoute d'ailleurs lui même dans la page citée plus haut : « Il faut admettre malgré tout qu'en matière de mariage, de divorce ou de successions, les sources scripturaires sont plus abondantes ».

Les idées de M. CHEHATA ont suscité dans ce domaine un certain engouement « positiviste » conforme à la mode ou, si l'on veut, à l'évolution actuelle dans les sociétés occidentales (de l'Ouest et de l'Est) qui ont totalement, ou presque défidésisé le droit.

II. LE CONCEPT DE MASLAHA

1. Mais ce courant « positiviste » n'a pas encore submergé tout le monde musulman. Le droit de la famille continue à être considéré comme une branche du « fikh » dans certains pays.

Cependant l'éclatement des structures claniques, l'atomisation des sociétés musulmanes, le déclin des valeurs islamiques, font apparaître une inadéquation de plus en plus grave entre certains aspects du fikh de la famille et l'intérêt majeur de la société. Il s'agit notamment des innombrables cas d'abandon « légal » de famille (enfants mineurs et épouses démunies) à la suite de répudiation ou de polygamie *sauvages*.

C'est dans ce contexte juridico-culturel que nous avons estimé

utile d'exposer, pour le public francophone profane en la matière, la notion de « maslaha » et d'évoquer rapidement ses possibles incidences sur une réforme du statut personnel dans le cadre du fikh.

2. L'istislah (ou recherche de la *maslaha*) est un des principes méthodologiques du fikh (uçul al fikh) mis en application à l'époque classique, pour l'élaboration du droit musulman. Il est à la fois le plus fécond de ces principes, le plus contesté, le plus « dangereux », et le plus délicat à manier. Il constitue, (au delà du Qyas), l'ultime étape dans l'effort de rationalisation du fikh dans les limites du fidéisme islamique.

Etymologiquement le mot maslaha signifie ce qui est utile, avantageux, moralement bon. Il s'oppose à mafsada — chose corrompue et gâtée moralement ; et madharra — nuisance, préjudice.

En méthodologie du fikh on peut donner de l'istislah la définition suivante : devant un nouveau problème juridique dont on ne trouve la solution ni dans un texte original (coran ou hadiths) ni dans un consensus des compagnons du Prophète, l'on peut pour le résoudre établir une règle juridique inspirée de la maslaha qu'elle est susceptible de réaliser dans ce domaine.

La première difficulté rencontrée par les méthodologistes fut de préciser le concept de maslaha, de montrer en quoi l'istislah diffère des divers utilitarismes juridiques. Pour ce faire ils ont eu recours à une discipline auxiliaire de la méthodologie du fikh appelée « Maqâcid ech-charia » ou téléologie de la charia.

Constitue une maslaha, selon eux, ce qui contribue à favoriser la réalisation de la finalité de la Chari'a. L'analyse des textes originels permet de dégager cette finalité. Celle-ci vise à préserver, à favoriser et à développer les éléments fondamentaux de l'existence qui sont :

a) La spiritualité : dimension essentielle de l'honneur, elle est de nature à renforcer sa conscience morale, à l'amener à discipliner ses instincts et ses passions par sa croyance en sa responsabilité eschatologique.

b) L'être, sous son double aspect physique et moral. D'où interdiction de toute atteinte à la double intégrité d'autrui.

c) La raison, autre dimension essentielle de l'homme. D'où prohibition de tout ce qui trouble la lucidité de la raison ou l'affaiblit au profit des instincts et des passions.

d) La famille : interdiction de tout ce qui porte préjudice à cette institution fondamentale de la vie des hommes.

e) Les biens : licitement acquis, et soumis aux « servitudes » imposées par la chari'a, ils doivent être protégés contre toute spoliation.

Une fois la finalité de la chari'a ainsi dégagée, tout ce qui en favorise la réalisation constitue une maslaha et doit être adopté et tout ce qui l'entrave constitue une mafsada et doit être écarté et prohibé.

3. Les maslahas ont été classées en 3 catégories selon leur degré d'intensité : ce sont :

a) Les maslahas nécessaires : celles qui sont indispensables à la réalisation de la finalité de la chari'a.

b) Les maslahas utiles : celles qui favorisent la réalisation de cette finalité qui la rendent plus aisée. (ex. C'est de cette catégorie de maslaha que les fakahas contemporains se sont inspirés pour adopter les règles juridiques régissant la propriété littéraire et artistique)

c) Les maslahas « améliorantes », celles qui ont pour but « d'améliorer la qualité de la vie » dirions nous aujourd'hui.

ex. Les règles du droit de préemption « chouf'a » ont été élaborées conformément à cette catégorie.

En cas d'imbrication de maslaha et de mafsada, on prend en considération l'aspect le plus intense, ou celui qui concerne le plus grand nombre.

4. Le *mufti* grave problème qui s'est posé aux adeptes de l'istislah (est l'absence d'incompatibilité entre maslaha et texte originel ; verset coranique ou hadith « fort ») Hypothèse absurde affirmant la plupart des méthodologistes de l'époque classique car la finalité de la chari'a qui détermine la maslaha a été dégagée grâce à une analyse systématique et exhaustive des textes originels. En fait pareille hypothèse n'avait à cette époque qu'un caractère spéculatif. Elle n'était envisagée, d'une façon d'ailleurs plus ou moins allusive que par les philosophes et les théologiens.

Concrètement c'est au moment où la civilisation musulmane s'enfonce dans sa phase d'hibernation, c'est au début de notre ankylose culturelle (*qanad*) qu'un fakih assez peu connu jusqu'à ces derniers siècles envisage de nouveau hardiment l'hypothèse d'une incompatibilité entre un texte originel et une maslaha et propose une solution originale.

Il s'agit de Najmeddine Toufi mort vers 1317. Refusant de se placer sur le terrain d'un conflit entre la raison et la foi, il fonde son raisonnement sur un hadith « fort ». Le texte arabe de ce hadith est : « *La dharara wa la dharara* » dont on peut donner la traduction suivante : « tout préjudice, toute nuisance doivent être écartés ».

Une hypothétique opposition entre maslaha et texte originel se réduit donc en définitive à une opposition entre ce texte et le hadith « *La dharara...* ». L'application du texte en question doit être

alors restreinte mais *dans les strictes limites* nécessaires pour préserver la maslaha, et ce conformément au hadith mentionné.

Encore faut-il s'assurer avec le maximum de rigueur qu'il ne s'agit pas d'une maslaha catégorielle, illusoire ou « anislamique » (telle que celle dont se réclament de nos jours ceux qui voudraient amener le fikh à adopter l'adoption).

En outre, ajoute Toufi, Dieu s'est engagé lui-même à réaliser par ses lois la maslaha des hommes.

La maslaha se confond avec la finalité de la chari'a tandis que les textes n'en sont que des moyens. Il serait aberrant de sacrifier la fin pour préserver les moyens.

5. Un certain nombre d'oulémas contemporains sont conscients des difficultés et des dangers qui guettent le fikh dans le domaine de l'istislah. Certaines questions préalables sont soulevées : les « portes de l'ijtihad » sont-elles réouvertes, entrouvertes ou toujours closes ? Qui est habilité à légiférer ? Qui est mujtahid ? Existe-t-il des mujtahids autonomes ? L'œcuménicité de l'ijtihad est-elle encore possible dans cette phase de nationalisme exacerbé que nous vivons ?

Un des premiers articles dans les constitutions de la quasi-totalité des nations musulmanes contemporaines stipule : « L'Islam est la religion de l'État » ; dans cet ambigu rapport d'annexion peut-on franchement savoir qui est l'annexant et quel est l'annexé ?

Ces oulémas se trouvent ainsi devant un dilemme : renoncer totalement à l'istislah c'est couper davantage encore le fikh de nos sociétés en évolution.

Recourir systématiquement à l'istislah, c'est dans l'état actuel des choses risquer de tomber dans le laxisme et le « modisme » juridiques ce qui aboutirait à défidéiser totalement le fikh. Car les sociétés musulmanes contemporaines sont souvent tiraillées entre deux « taqlid » (1) : celui des ancêtres et celui des modes culturelles en provenance des deux occidents.

III - INCIDENCES DE L'ISTISLAH SUR LE FIKH DE LA FAMILLE

Après ce bref examen de la notion de maslaha résumons en quelques mots les incidences que l'istislah pourrait avoir dans le cadre d'une réforme du *fikh* de la famille dans les pays musulmans contemporains :

1. Il serait peut-être utile de rappeler que la répudiation et la polygamie ne constituent pas deux « piliers de l'Islam » ; ce sont simplement des licences, des tolérances. L'usage *doit* en être restreint toutes les fois qu'il porte atteinte à la maslaha matérielle et

(1) Imitation servile par inaptitude à une réflexion originale et autonome.

morale de la famille, élément fondamental de la finalité de la chari'a. Cette restriction s'impose obligatoirement conformément à un des principes capitaux de l'Istislah qui s'énonce ainsi : « le fait d'écarter une nuisance doit avoir, le cas échéant, la priorité sur le fait de réaliser une utilité ».

Une société se réclamant de l'éthique islamique ne saurait tolérer de voir le caprice érotique de certains de ses membres, moralement hypo-conscients, engendrer inexorablement la multiplication d'enfants mineurs livrés à la délinquance juvénile ou de femmes démunies n'ayant pour affronter la vie que leurs charmes ou leur serpillère.

2. Cette « pondération » des libertés matrimoniales doit se réaliser au seul bénéfice de la famille et notamment des enfants mineurs. Elle ne doit pas être l'occasion d'un accroissement exorbitant des pouvoirs d'un juge unique, faillible et vulnérable. L'intervention dans ce domaine d'une sorte de corps d'enquêteuses ou de conseillères sociales compétentes et intègres serait indispensable.

3. Les meilleures lois du monde ne sauraient réaliser l'équité et l'harmonie sociales si elles ne sont pas sous-tendues par un système de valeurs morales inculquées aux individus dès leur enfance et réellement vécues. Est-il besoin de rappeler que cette mission morale des parents et des éducateurs est souvent mal accomplie ou inaccomplie, par ignorance, négligence ou parti-pris.

L'état de crise que l'on constate dans les rapports matrimoniaux dans les sociétés musulmanes contemporaines n'est qu'un aspect d'une crise générale de la culture. Il serait illusoire de vouloir y remédier efficacement par les seuls moyens juridiques.

4. Il est indéniable que la maslaha des enfants exige une réadaptation des règles du fikh en ce qui concerne la tutelle des enfants mineurs, notamment en cas de disparition du père, compte tenu de l'évolution intellectuelle et sociale d'un grand nombre de mères de famille.

5. Le souci de réaliser la maslaha dans les rapports matrimoniaux est de nature à supprimer ou à atténuer un certain nombre d'inégalités existant entre l'homme et la femme dans ce domaine. Mais il paraît difficile de justifier par l'istislah l'instauration d'un régime d'égalité absolue entre eux. Le fikh admet une hiérarchisation au sein de la famille.

25 ANS DE DROIT MONÉTAIRE ET BANCAIRE

Mohamed Larbi BEN OTMANE*

Aussi loin qu'on puisse remonter les traces de l'Histoire, il ne semble pas possible de séparer les côtes marocaines d'une certaine activité commerciale. Hérodote au Ve siècle avant J.C. parlait déjà du pays situé « au delà des Colonnes Hércule » (1) où existaient des échanges commerciaux basés sur le paiement des marchandises en or. Ce n'était au début certainement pas de la monnaie au sens numismatique ou communément accepté du terme. Pour rencontrer une monnaie de cette nature, il faudrait attendre l'époque punique et les règnes des rois de Mauritanie jusqu'à Juba II et Ptolémée (2) qui ont laissé une série de deniers attestant par leur graphie l'existence d'une trappe de monnaie locale. Le répertoire des séries ultérieures révèle, par ailleurs, que depuis les premiers gouverneurs Ommeyyades jusqu'à nos jours, la frappe de monnaie s'est toujours faite de façon régulière (3). En effet, à partir des Idrissides, le Maroc adopte un système métrologique qui consacre sa souveraineté et se démarque des autres systèmes monétaires notamment abbasside. Ce système sera complété et adapté par les dynasties suivantes, dont les Almoravides et les Almohades qui introduiront le dinar. Dans ses grands principes, il sera perpétué jusqu'à la veille du Protectorat où, sous le règne effectif de Moulay Abdelaziz et l'emprise de la pénétration européenne, il sera remplacé par le système décimal de l'Union Latine (4). L'histoire de la monnaie purement locale remonte donc au Maroc au moins à vingt cinq siècles. Aussi l'étude de l'évolution du statut juridique de la monnaie nationale depuis les vingt cinq dernières années, c'est-à-dire sur une période couvrant à peine le centième de la période historique connue de la monnaie, peut apparaître insuffisante. En fait, compte tenu des différentes et fondamentales interven-

* Enseignant à la Faculté de droit de Rabat

(1) - HERODOTE, *Histoire*, collection Maspéro 1980.

(2)(3) - D. EUSTACHE, *Corpus des Dirhams Idrissites et Contemporains*, Banque du Maroc, 1970-1971 ; J.D. BRETHER, *Contribution à l'histoire du Maroc par les recherches numismatiques*. Imp. Annales marocaines, 1939, Casablanca.

(4) - LALLAOUI, *La monnaie marocaine*, article à paraître dans le Bulletin Economique et Social du Maroc.

tions législatives survenues depuis, cette courte période se révèle à divers titres d'une grande richesse.

Le commerce de l'argent, frère jumeau du commerce de banque, ne semble pas remonter aussi loin dans l'Histoire. Mais, il peut être aussi valable de penser qu'il a pu exister probablement dès l'organisation de la cité antique sur les côtes du Maroc actuel, puisque ces cités connaissaient le monnayage (5). Dans les cités musulmanes, du moins sur la foi de certaines chroniques (6), le commerce de l'argent était courant sans cependant que l'on puisse parler de l'existence du commerce de banque, organisé et méthodique. Cela s'explique aisément par les injonctions coraniques interdisant toute tractation comportant le paiement d'un intérêt tel que l'entend actuellement l'activité bancaire. Aussi, faut-il attendre la seconde moitié du XIXe siècle pour voir les premiers établissements bancaires s'installer dans certaines villes côtières du Nord du pays. L'activité déployée par ce genre d'établissements ne cessera de se développer notamment depuis le début du XXe siècle et s'exercera pratiquement sans contrainte légale jusqu'au début de la Seconde Guerre Mondiale, époque où fut promulgué le premier *qahir* ayant pour objet d'introduire une réglementation de la profession bancaire et surtout depuis 1959 et 1967 respectivement dates de création de la Banque du Maroc et de promulgation du décret royal portant loi, relatif à la profession bancaire et au crédit (7).

Compte tenu de ces dernières interventions législatives, la période concernée se révèle aussi d'une extrême importance pour la connaissance du droit bancaire.

Certes, on peut s'étonner à priori de voir traiter ensemble dans cette étude le droit monétaire et le droit bancaire. Généralement, en effet, les ouvrages consacrés à ces deux branches du droit ne réunissent pas ces deux matières. Le droit bancaire y est appréhendé comme une branche du droit des affaires ou du droit économique alors que le droit monétaire est traité dans le chapitre des biens relevant pédagogiquement du droit civil. Au Maroc, toutefois, on ne peut malheureusement que déplorer le peu de place consacré et au premier et au second dans les programmes des facultés de droit. Mais quelle que soit la branche du droit à laquelle ils sont habituellement rattachés, il demeure en fait que même d'un point de vue strictement didactique leurs liens sont suffisamment forts pour justifier leur

(5) - D. EUSTACHE, *op. cit.*

(6) - M. RODINSON, *Islam et Capitalisme*, éd. Seuil, 1966, p. 159 et s ; R. LENOURNEAU, *Fès, avant le Protéctorat*, Casablanca, 1949 ; E. MICHAUX-BELLAIRE, *L'usure*, Archives marocaines, 1927 p. 318.

(7) - Cf : *infra*.

réunion. En se contentant des seuls exemples tirés de la diversité de la théorie des obligations ou de la similitude, de nature plus que de degré, entre les fondements des deux législations monétaire et bancaire, on peut aisément vérifier la réalité de ces liens. En effet, s'il est admis que l'exercice et la réglementation du privilège de l'émission comme le contrôle de la profession et de l'activité bancaire peuvent être ramenés à un même fondement basé sur l'exercice étatique d'une mission de service public, il est tout aussi reconnu que le sort normal et logique de toute obligation est son extinction. Or l'acte que constitue le paiement est dans la plupart des cas celui qui permet cette extinction. Plus précisément, ce même paiement s'effectuant essentiellement par des instruments monétaires, fiduciaires ou scripturaux, il est difficile d'écarter les relations existant entre la théorie des obligations, celle de la monnaie et l'exercice de l'activité bancaire. Évidemment, il n'est pas exclu que l'on puisse considérer cette démonstration plutôt laborieuse ; en tout cas, la science économique qui est plus portée sur l'observation des faits sociaux n'opère pas de séparation étanche entre les moyens de paiements (extinction des obligations), la théorie de la monnaie (les biens) et le secteur du crédit (exercice et contrôle de l'activité bancaire).

Pour cela même, le droit bancaire et monétaire se situant au carrefour des circuits de financement du développement, ne saurait faire l'objet d'une lecture dogmatique. Son étude doit pouvoir confronter le contenu de la réglementation et les conséquences réelles de la politique législative appréhendée du point de vue des intérêts que consacrent les structures et les institutions qu'elle met en place. Concrètement, il s'agit de ramener le centre d'intérêt au niveau des rapports qui se tissent, à travers l'intervention de l'État, entre l'action de celui-ci et les exigences de la souveraineté économique. Car, s'il est permis de considérer et de vérifier que la souveraineté économique présuppose et implique la mise en œuvre de tous les moyens possibles pour sortir du sous-développement, le développement économique et social est seul en mesure de libérer les forces sociales sans lesquelles il ne saurait être question ni de liberté, ni de coexistence sociale et encore moins de la prise en charge par le pays de son propre destin.

La politique législative en matière monétaire et bancaire a certes abouti jusqu'ici à des résultats. Mais, ceux-ci vont-ils dans le sens de ce développement inséparable par définition de la consolidation de la souveraineté nationale ? Prendre comme critérium les résultats obtenus par les différentes formes de l'intervention étatique dans ces deux domaines ne constitue sans doute pas un repère suffisant à lui seul pour apporter une réponse globale à cette question. Il n'en demeure pas moins qu'il constitue un créneau d'observation, à plusieurs

égards, significatif en considération du rôle de la monnaie et du crédit.

Pour la clarté de l'exposé, le recouvrement de la souveraineté monétaire et la révision de la législation bancaire seront présentés successivement.

A — LE RECOUVREMENT DE LA SOUVERAINETÉ MONÉTAIRE

Il est hors de doute que le recouvrement par l'État de la souveraineté monétaire, c'est-à-dire de l'exercice du pouvoir de création des instruments de paiement, demeure durant la période considérée l'événement central en matière financière (I). De cet événement résultent les éléments qui constituent actuellement le système monétaire national (II).

I. L'EXERCICE DU POUVOIR MONÉTAIRE

Indubitablement, le privilège de l'émission représente parmi les attributs de la souveraineté l'un des plus importants qui soient. En effet, la création des instruments monétaires est un acte essentiel de la vie nationale puisqu'il exprime et reflète l'existence même du pouvoir étatique. Composante donc de la notion même de l'État, ce privilège est toujours apparu à travers l'Histoire des Nations, comme le plus manifeste des droits régaliens. Il était dès lors très largement justifié que sa concession, aux termes de l'Acte d'Algésiras, à un organisme indépendant de l'État — la Banque d'État du Maroc — soit ressentie comme une perte essentielle. Inversement, la fin de cette concession et le retour de ce privilège en 1959 à la Nation a été perçu comme un événement d'une très haute signification politique et économique. Pour en saisir la portée, il n'est pas inutile de rappeler brièvement les circonstances historiques qui l'ont entouré.

a) Les circonstances historiques du recouvrement de la souveraineté monétaire.

Le droit de « frapper monnaie » est fondé en théorie sur l'exercice du pouvoir souverain. De sorte que, même quand il prenait le caractère d'une simple industrie privée, il n'en demeurait pas moins, le plus souvent, contrôlé par le pouvoir étatique central. En effet, tout aussi bien certaines constitutions anciennes, lois et jurisprudence de certains pays étrangers consacrent ce principe (8). De ces sources de droit, il en est résulté que la définition juridique de la monnaie doit faire ressortir que celle-ci doit être émise, créée et autorisée par l'État concerné, ce qui par ailleurs souligne le principe de sa territorialité.

(8) - H. GONNARD, *Histoire des doctrines monétaires*, 2 vol, Paris, Sirey, 1936 ; D. CARREAU, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, Cujas, 1970 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome II, P.U.F., 1962.

Ce schéma, bien que ne découlant pas de sources de même nature, se retrouvait du moins dans ses grandes lignes au Maroc jusqu'au début de ce siècle. Mais, au contact des impérialismes et sous les effets conjugués de la crise politique multiforme, des emprunts extérieurs et de la situation financière, l'État dut céder, en 1906, son droit de « frapper monnaie » à la Banque d'État du Maroc, organisme certes de nationalité marocaine (9) mais étroitement contrôlé par le pouvoir financier étranger, c'est-à-dire, éloigné à l'extrême des préoccupations de la collectivité nationale. L'acte de concession reconnu à ce titre à cet organisme lui conférait le caractère d'Institut d'Émission et lui octroyait le droit d'émettre de la monnaie. Ce droit était valable jusqu'en 1946 soit quarante ans après la création de cet établissement, puis il a été prorogé pour vingt années supplémentaires (10).

En raison du partage du pays en trois ex-zones d'influence, cette concession subissait, toutefois, les contrecoups des traités conclus avant celui d'Algésiras et des particularités du statut de l'ex-zone internationale de Tanger. Ainsi, dans cette dernière zone, la monnaie émise par la Banque d'État du Maroc circulait concurremment, en droit, avec la péséta espagnole, en application de la convention de Paris du 18 décembre 1923, modifiée par le Protocole du 25 Juillet 1928. De même, en application de l'article 37 de l'Acte d'Algésiras, la monnaie espagnole continuait à circuler dans l'ex zone sud avec force libératoire (11). En fait, la circulation régulière de cette monnaie se limitait à l'ex zone de Tanger, l'ex zone nord et les régions qui lui étaient limitrophes.

Cette situation persista jusqu'au début de 1958, date à laquelle fut décidé le retrait de la péséta de l'ex-zone nord et son remplacement par le franc émis dans l'ex zone sud (12). Par la suite, cette décision sera suivie, par le retrait de celle-ci également de Tanger —, comme cela sera le cas plus tard à Sidi Ifni et au Sahara — en application du dahir instituant, à compter du 19 octobre 1959 (13), le dirham comme nouvelle « unité monétaire du royaume ». Ce faisant, le Maroc venait de se doter de l'instrument d'expression de sa souveraineté monétaire.

b) Le décrochage du franc et la création du dirham

Le dahir instituant cette nouvelle monnaie constituait l'étape

(9) - Arrêté du 28 avril 1939. Conseil d'État, RAC, 1939, p. 94.

(10) - B.O. numéro 1754 du 27 juin 1946. p. 474, Dahir du 26 mai 1946 portant prorogation de la concession de la Banque du Maroc.

(11) - Cf : Juris-classeur marocain. Tome I.

(12) - Dahir du 27 janvier 1958 (B.O. numéro 2362 bis du 4 février 1958, p. 228).

(13) - Dahir du 17 octobre 1959 (B.O. numéro 2451 bis du 19 octobre 1959, p. 1764).

qui logiquement devait succéder à celles durant lesquelles furent décidés à la fois le retrait de la péséta et le « décrochage » du franc marocain. S'il n'est pas nécessaire dans le cadre de cette contribution de revenir sur la décision du retrait de la monnaie espagnole qui s'explique facilement par la volonté de parfaire l'unification du pays, par contre celle ayant trait au « décrochage » mérite qu'on s'y arrête. En effet, même si le franc marocain était émis par la Banque d'État du Maroc, organisme considéré de nationalité marocaine aux yeux du droit positif (14), en réalité cette monnaie n'avait pas moins les caractères d'une monnaie « satellite » (15) ou « mineure » (15) qu'il convenait de détacher juridiquement et économiquement du franc français. L'occasion pour ce faire sera donnée lorsque le Gouvernement français procéda à la dévaluation de celui-ci en date du 27 décembre 1958. Le Gouvernement marocain estimant cette mesure inopportune et contraire aux intérêts du pays, décida par un dahir en date du 29 du même mois le maintien de l'ancien taux de conversion de la monnaie locale à hauteur de 1175 francs français pour 1000 francs marocains (16). L'événement fut considéré à juste titre comme « le symbole de la naissance » (disons plutôt la renaissance) « de la souveraineté marocaine du point de vue monétaire » (17). La France réagit en juillet 1959 en suspendant le « compte d'opérations » qui avait été institué par convention passée entre le Trésor Français et la Banque d'État du Maroc. Ce compte, dans lequel le Maroc déposait ses avoirs extérieurs, permettait à ce dernier, en contrepartie, d'obtenir des francs français ou autres devises pour faire face notamment aux besoins de son commerce extérieur (18).

Dans ce sens qui concrétisait déjà l'indépendance monétaire, une série d'autres mesures devaient par ailleurs être prises soit qu'elles avaient précédé de peu la décision du « décrochage », soit qu'elles l'avaient suivie. Ainsi,

— en date du 22 janvier 1958 (19), fut abrogé le dahir du 14 septembre 1944 régissant l'Office des Changes pour être remplacé par un nouveau dahir réorganisant cet établissement compte tenu des nouvelles circonstances découlant de la fin du Protectorat ;

— en date du 30 juin 1959 (20), fut créée la Banque du Maroc, banque centrale exerçant à la place de la Banque d'État du Maroc, le privilège d'émission de la monnaie ;

(14) - Dahir sur la condition civile des étrangers en date du 12 août 1913 (B.O. du 12 septembre 1913, p. 77).

(15) - A.J. MARTY, *Le franc marocain, monnaie satellite*, L.G.D.J, 1951, p. 154.

(16) - Dahir du 27 décembre 1958 (B.O numéro 2410 du 2 janvier 1959, p. 3).

(17) - F. OUALALOU, *Économie politique*. Tome II, p. 483 (en arabe).

(18) - *idem*, p. 480.

(19) - Dahir du 22 janvier 1958 (B.O. numéro 2363 du 7 février 1958, p. 257).

(20) - Dahir du 30 juin 1959 (B.O. numéro 2436 du 3 janvier 1959, p. 1089)

— en date du 17 octobre 1959 (21), une nouvelle unité monétaire, le dirham fut instituée. Cette unité, divisée en cent francs d'abord puis en cent centimes (22) a été définie par un poids d'or fin de 175,6097 milligrammes (23). La mesure comportait au niveau de la parité une dévaluation de 20,44 % (24).

De la sorte, la monnaie marocaine quitta la zone franc et la réglementation des changes fut étendue officiellement aux relations entre le Maroc et les pays faisant partie de cette zone.

II. LE SYSTEME MONETAIRE NATIONAL

Ce système s'articule, compte tenu de ce qui précède, autour des deux grandes idées forces qui résultent d'une part du monopole de l'État sur la création et la circulation de la monnaie et d'autre part de la nature juridique et des fonctions des instruments monétaires.

a) La création et la circulation monétaire

Dans l'exercice du privilège de l'émission, de la monnaie, la Banque du Maroc est chargée de « stabiliser la monnaie et d'assurer sa convertibilité » (25). Le dahir portant statut de cet organisme décrit de façon relativement précise le contenu et les modalités de mise en œuvre de ce privilège (26).

Ainsi, la monnaie émise, composée des billets et monnaies métalliques, a seule cours légal et pouvoir libératoire sur l'ensemble du territoire national. Cependant, si le pouvoir libératoire des billets est illimité, celui des monnaies métalliques est fixé au montant arrêté par décret pour chaque type de monnaie, sans toutefois que la Banque du Maroc, les caisses publiques ou les banques établies au Maroc ne puissent opposer ces limites.

L'impression des billets et la frappe des monnaies ainsi que leur mise en circulation s'effectuent à la diligence de l'Institut d'émission sous réserve de l'approbation par décret pris sur proposition du ministre des finances. L'agrément de celui-ci est d'ailleurs également requis pour arrêter leurs caractéristiques. Il en est de même du retrait,

(21) - Dahir du 17 octobre 1959 (B.O. numéro 2451 bis du 19 octobre 1959, p. 1764).

(22) - Dahir du 27 juillet 1972 (B.O. numéro 3120 du 16 août 1972, p. 1129).

(23) - Décret du 17 octobre 1959 (B.O. numéro 2451 bis du 19 octobre 1959, p. 1764).

(24) - Rapport de la Banque du Maroc. Exercice 1959.

(25) - Article 5 du dahir du 30 juin 1959.

(26) - A noter à ce propos que la Banque du Maroc s'est vu confier la totalité de la circulation « monnaie métallique émise pour le compte de l'État » comprise. Sur les modalités de la prise en charge de cette monnaie dite « divisionnaire » initialement émise par ce trésor Cf. article 70 du dahir du 30 juin 1959.

par voie d'échange, des billets et monnaies métalliques qui doit être décidé par décret pris sur proposition de cette même autorité. Ce décret fixe les délais et les modalités de l'échange.

Dans le cadre de cette réglementation de l'émission, de la circulation et du retrait, il est en outre précisé qu'aucune opposition ne peut être signifiée à la Banque, ni être recevable par celle-ci en cas de perte, de vol ou de destruction des instruments monétaires émis.

Par ailleurs, les billets et monnaies métalliques qui ne satisfont plus aux conditions de la circulation peuvent être retirés par la Banque. De même, celle-ci a été habilitée, sous sa seule appréciation, à rembourser totalement ou partiellement les pièces mutilées selon qu'elles peuvent être identifiées ou présenter la totalité ou non de leurs signes reconnaissables.

A côté de ces dispositions tendant à mettre à la disposition de l'économie une monnaie de bonne fabrication et adaptée aux besoins des usagers, les statuts de la Banque précisent également que celle-ci est tenue de garantir les billets et monnaies par une encaisse-or ou en devises convertibles en or dont le montant ne peut être inférieur au 1/9 de la circulation. Ce pourcentage peut, éventuellement être augmenté jusqu'à concurrence d'un tiers de ces billets et monnaies sur la base d'un décret pris sur proposition du ministre des finances et à la demande du Conseil de la Banque.

En fait, cette garantie-or de la circulation fiduciaire n'est pas plus actuellement qu'une clause de style en raison des modifications intervenues, depuis la création de la Banque, dans les systèmes monétaires internes et internationaux. A ce propos, il est opportun de relever que déjà en date du 17 octobre 1959, le dahir instituant une nouvelle unité monétaire, cité ci-dessus, avait précisé que l'Institut d'émission «demeure dispensé d'assurer au porteur et à vue la convertibilité de ses billets ». Ce faisant, il avait continué une situation qui existait auparavant et qui sera précisée dans ce qui suit lors de la présentation des instruments monétaires.

En fait, il l'a par la même occasion détachée en pratique du support qui sert d'étalon à sa définition. Cependant, malgré cette dispense, le dirham demeure en fait lié à certains points de référence par le biais de l'établissement d'une relation de valeur entre lui et d'autres monnaies étrangères. De sorte que, bien que sa définition légale soit devenue une simple référence théorique, des actes administratifs de la Banque du Maroc établissent ses taux de parité par rapport à ces dernières.

Mais, comme ces monnaies étrangères elles mêmes se sont éloignées de leurs définitions légales (exemple : franc français, dollar

U.S), on peut valablement estimer que le dirham n'a gardé ne serait-ce qu'un lien indirect avec le métal précieux ayant servi à la définition de sa valeur.

De cette façon, les instruments du système monétaire marocain, à l'instar des autres monnaies modernes, ont acquis le caractère d'une monnaie absolue (27) qui est venu s'ajouter aux autres caractères qui les distinguaient à savoir leurs caractères mobiliers, consommables et fongibles. En tant que tels, leur valeur résulte dorénavant exclusivement de celle que l'État consent à leur reconnaître. Non convertible, celle-ci disparaît avec leur destruction. Cela explique le fait qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une opposition en cas de perte et par conséquent, que le porteur ne peut faire la preuve de son droit de créance. Plus précisément, quoique bien au porteur, la monnaie vaut dans ce système par elle-même et non en raison d'une quelconque promesse de payer — l'Institut d'émission ne peut — puisque la possibilité de reconversion a disparu sans que l'on puisse logiquement envisager dans un avenir déterminable à plus ou moins long terme le retour au régime de la convertibilité (28).

b) Les instruments monétaires

Créés par l'État au moment qu'il veut et de façon discrétionnaire, les instruments monétaires sont les seuls instruments licites auxquels sont conférés un cours légal et une valeur nominale s'imposant à tous. En rappelant les liens existant entre ces deux notions de nominalisme et de cours légal qui impliquent celle de cours forcé, il ne fait pas de doute que les 25 dernières années ici considérées, ont été également d'un apport considérable.

En effet, par suite semble-t-il d'une inadvertance des services législatifs, le soubassement juridique du système monétaire de 1928 à 1959, présentait une anomalie. Ainsi, si le dahir du 21 juin 1920 (29) avait conféré au franc marocain le caractère d'une monnaie ayant cours légal et valeur libératoire, celui du 5 septembre 1928 (30), en rétablissant sa convertibilité a abrogé toutes les dispositions du premier et par conséquent celles énonçant que « la monnaie légale... ayant force libératoire dans les paiements est désormais le Franc ». Or, en application de la lettre du dahir de 1928, il devenait sans doute possible de se demander si l'on ne pouvait pas être désormais fondé à considérer que le franc n'avait plus cours forcé, c'est-à-

(27) - Sur cette notion voir CARBONNIER : *Droit civil, op. cit.*, p. 10 et s.

(28) - Cf. pourtant discours du ministre des finances au moment de la création de la Banque du Maroc en date du 2 juillet 1959, le Petit Marocain du 3 juillet 1959.

(29) - B.O. numéro 400 du 22 juin 1920, p. 1047.

(30) - B.O. numéro 833 du 9 octobre 1928, p. 2606.

dire force libératoire. Apparemment, il ne semble pas que cette anomalie ait eu des conséquences remarquables ; mais toujours est-il que la promulgation du dahir portant création de la Banque du Maroc a redressé cette situation qui du moins virtuellement, pouvait donner lieu à contestations. Car en fait, qu'expriment ces notions ?

Le cours légal implique la possibilité pour le débiteur de contraindre — au besoin par voie judiciaire — le créancier à recevoir les instruments monétaires émis pour obtenir sa libération. Compte tenu du pouvoir libératoire limité des pièces métalliques, ces instruments ont en effet un cours légal absolu. Cette caractéristique distingue les billets ainsi émis des autres procédés de paiements — effets de commerce, chèque, virement — qui supposent pour être libératoires le consentement du créancier. Il en résulte d'ailleurs que non seulement les paiements doivent être acceptés dès lors qu'ils sont effectués en monnaie légale mais de plus que ces instruments doivent être reçus pour leur valeur nominale, c'est-à-dire tel que l'État en a fixé l'unité et commandé de les considérer comme immuables dans le temps.

Le cours forcé, par contre, enlève au billet de banque (31) toute caractéristique le faisant assimiler à un billet à vue dont le porteur peut obtenir, à sa convenance ou sous certaines conditions, de la Banque centrale une quantité d'or donnée. Ainsi, le cours forcé tranche avec les périodes antérieures puisque la possibilité de convertir qui était, en principe, garantie par l'encaisse-or se trouve abolie. Ceux qui détiennent les billets ayant cours forcé ne peuvent prétendre les échanger contre du métal précieux. Au Maroc, le cours forcé a été imposé pour la dernière fois par les circonstances économiques prévalant en France où une loi du 1er octobre 1936 suspendait la convertibilité. Quelques temps plus tard, le législateur marocain, par dahir du 31 décembre 1936 (32), suivait la même voie, suspendant de façon identique l'ère de la convertibilité qui avait été ouverte par le dahir du 5 septembre 1928.

Il est, de surcroît, à noter que ce dahir de 1936 allait plus loin que la décision de suspension de la convertibilité puisqu'il énonçait en outre, que la nouvelle teneur en or du franc marocain serait ultérieurement précisée, sans autre explication.

A partir de ce texte, le cours forcé n'a pas cessé de s'appliquer et il semble bien qu'il soit, en fin de compte, devenu l'un des éléments constants du système monétaire marocain. Cela explique aisément le fait que le législateur en 1959 a pris soin de préciser que la Banque

(31) - Le raisonnement est évidemment valable aussi pour les monnaies métalliques.

(32) - B.O. numéro 1271 du 5 mars 1937, p. 310.

centrale continue d'être dispensée d'assurer la convertibilité. Cependant, si comme cela a été signalé précédemment la mesure d'abolition de la convertibilité de 1936 ne fut pas suivie d'une définition de l'unité monétaire par rapport à un étalon, en l'occurrence le métal jaune, en revanche le dahir du 17 octobre 1959 a fixé sa parité par rapport à celui-ci. Cette définition de la parité correspondait d'ailleurs aux exigences des statuts de l'époque du Fonds monétaire international qui prévoient avant d'être amendés que « tous les calculs relatifs aux monnaies des membres... s'effectueront sur la base de la parité » (33) (34).

Dégagée ainsi de toute obligation du point de vue de la convertibilité envers les porteurs de ses billets, la Banque du Maroc demeure seulement tenue par l'impératif lui commandant de conserver une encaisse-or minimum qui constitue beaucoup plus un élément parmi d'autres de sa politique monétaire qu'une garantie vis-à-vis des porteurs de la monnaie émise.

Cette évolution qui a abouti à donner aux billets et monnaies métalliques un caractère abstrait, les rapprochent de l'autre catégorie d'instruments de paiement, la monnaie scripturale, si bien entendu on consent à prendre en considération le fait qu'en dernière analyse ce n'est pas la valeur tirée d'une éventuelle reconversion qui compte désormais mais plutôt celle attachée au pouvoir d'achat de ces deux types d'instruments de paiement.

B — LA REVISION DE LA REGLEMENTATION BANCAIRE

Il n'est pas superflu de noter tout d'abord la difficulté de présenter tous les aspects de la question dans le cadre forcément étroit de cette contribution. La matière est en effet suffisamment riche pour qu'il soit de ce fait peut être permis de souligner uniquement ses grands traits partant du sens de l'évolution (I) et des caractères du droit bancaire (II) durant la période considérée (35).

I. LE SENS DE L'ÉVOLUTION DU DROIT BANCAIRE

A maints égards, le droit bancaire apparaît comme la branche du droit qui subit le plus les effets de l'intervention étatique. Cela résulte essentiellement du fait que l'État est présent sur le marché du

(33) - Le Maroc a adhéré au F.M.I. et à la BIRD en date du 22 janvier 1958 (dahir portant ratification de l'adhésion du 22 janvier 1958 : B.O. numéro 2363 du 7 février 1958, p. 258).

(34) - Cette disposition qui correspondait à l'art IV section 2. a. des statuts du F.M.I. est conçue actuellement de la façon suivante « Chaque membre notifiera sans délais au Fonds toute modification de ses dispositions de change ».

(35) - Cette seconde partie est inspirée de la thèse de l'auteur sur *La profession bancaire au Maroc* - Faculté de droit de Rabat - 1981. Elle en reprend certaines conclusions sans revenir en détail sur leurs démonstrations.

crédit où non seulement il accomplit plusieurs fonctions similaires à celles d'un banquier privé mais aussi parce qu'il paraît vouloir y occuper une position dominante. Ainsi, et à l'instar des États où prévaut l'économie de marché, il recourt très souvent à la réglementation impérative pour influencer sur l'activité de ce secteur. Mais, la permanence du secteur privé dans le domaine du crédit tempère largement les effets de cette intervention du point où sa politique est tout aussi souvent tenue en échec. Si bien que même si l'État est arrivé à échafauder et à marquer de son empreinte le droit des structures bancaires, il n'en reste pas moins que l'activité et l'exercice du commerce de banque demeurent à l'évidence marqués largement par les préoccupations du secteur privé.

a) Le droit de l'activité et des structures bancaires

La réglementation actuelle du secteur bancaire découle du décret royal portant loi du 21 avril 1967, relatif à la profession bancaire et au crédit dit « loi bancaire » (36), du dahir du 30 juin 1959 portant création de la Banque du Maroc (37) ainsi que des textes pris pour leur application notamment des arrêtés pris dans les domaines du contrôle de la profession et de la distribution du crédit. A cette réglementation spéciale, s'ajoute des décisions et instructions de la Banque du Maroc qui en précisent le contenu. Cette intervention de l'Institut d'émission s'assigne comme objectifs « l'information des autorités monétaires sur la base des documents fournis par les banques, la protection des déposants et l'orientation de la politique monétaire et du crédit » (38).

Par ailleurs, un grand nombre de dispositions relevant de plusieurs branches du droit (droit commercial, civil, pénal...) ainsi que la jurisprudence à laquelle elles ont pu donner lieu, sans oublier la place importante de l'usage professionnel, complètent le cadre juridique de l'activité et des structures bancaires. En raison de l'essor croissant de l'économie dirigée, le droit bancaire subit parallèlement une forte influence du droit public qui touche directement l'organisation structurelle du secteur du crédit et régleme les procédés de contrôle auxquels la profession bancaire est soumise de la part des autorités monétaires. Ainsi, pour permettre aux organes de contrôle d'agir sur l'activité bancaire, la profession est tenue de se conformer aux injonctions de ces autorités qui assortissent leurs décisions du sceau de l'ordre public soit pour assurer la protection des déposants soit pour affirmer les options économiques de l'État.

Cependant, l'étude de l'arsenal réglementaire ainsi mis en place

(36) - B.O. numéro 2343 du 26 avril 1967, p. 463.

(37) - B.O. numéro 2436 du 3 juillet 1959, p. 1089.

(38) - Sources : Banque du Maroc, Études et statistiques, numéro 74.

ne permet pas de conclure à la rupture des liens organiques qui dès le départ unissaient le réseau bancaire local aux intérêts financiers étrangers. Certes, la physionomie actuelle du secteur bancaire présente un aspect différent de ceux qu'elle a connus tant à ses origines qu'après la mise en place de la réglementation découlant du dahir du 31 janvier 1943 (39). Les différents textes qui régissent de nos jours le secteur bancaire ont subordonné l'exercice de la profession bancaire à certaines conditions inconnues jusqu'ici ; de même, ils ont institué de nouveaux procédés de contrôle et de surveillance exercés par les autorités monétaires. Mais, cette législation n'a pas su créer sinon adapter un système indépendant de celui hérité de la période coloniale. Elle a au plus, réussi des réajustements compte tenu de ce que aurait pu être la fonction du secteur du crédit dans la contribution au développement économique du pays.

b) les structures du système bancaire actuel

Au sens large, ce système comprend des organes de contrôle et de surveillance, des organismes bancaires privés, ainsi que des organismes publics et semi-publics participant à la collecte de l'épargne et/ou à la distribution du crédit.

En tant qu'organes de contrôle, il incombe à la Banque du Maroc exerçant toutes les attributions traditionnelles des banques centrales et au ministre des finances de mettre en œuvre et de surveiller l'application des décisions prises dans le cadre défini de la distribution du crédit et de l'activité bancaire. A ce titre, ils constituent, en raison des pouvoirs qui leur sont conférés, ce qu'il est convenu d'appeler « les autorités monétaires ».

A côté de ces autorités, il y a lieu de citer également le Comité du Crédit et du Marché Financier et le Groupement Professionnel des Banques. Le premier est un organe consultatif habilité à donner son avis sur les questions ayant trait à la monnaie et au crédit. Le second, organe purement corporatif, est chargé de représenter la profession bancaire et d'assurer la liaison entre ses membres et les organes de contrôle.

Les organismes participant directement à la collecte de l'épargne et à la distribution du crédit se répartissent entre d'une part, les banques inscrites et le Crédit Populaire et d'autre part, les organismes financiers qui ne répondent pas aux conditions fixées par le décret royal du 21 avril 1967. La distinction fondamentale entre les banques et ces organismes réside dans le fait que ces derniers, dotés res-

(39) - B.O. numéro 1588 du 2 avril 1943. Ce dahir a pour la première fois introduit au Maroc une réglementation du secteur bancaire. Avant cette date, le commerce de banque en tant que tel, s'exerçait librement.

pectivement d'un statut juridique spécifique (40), n'utilisent pas conformément à la définition de l'établissement bancaire proprement dit, les dépôts collectés « pour leur propre compte, pour le compte de leurs clients ou de tiers désignés par ceux-ci, en opérations financières, de crédit, de bourse ou de change » (41).

S'agissant des banques proprement dites, le décret royal de 1967 détermine notamment la définition de la profession, les conditions de son exercice ainsi que les sanctions qui s'y rattachent. Compte tenu de la nature de la présente contribution, il n'est pas possible de traiter ici de ces différents points de droit et de leurs implications mais il n'en reste pas moins nécessaire d'attirer l'attention sur les failles que ne manquent pas de révéler à plusieurs égards leurs études respectives. Il en est d'ailleurs de même, en ce qui concerne « les activités se rattachant à la profession bancaire » dont la réglementation — lapidaire — est traitée dans le corps de ce même décret royal (42).

En ce qui concerne les organismes financiers qui constituent les structures de l'État banquier, ils se caractérisent d'abord par le fait qu'ils ne sont pas organisés de façon uniforme contrairement à l'homogénéité de la réglementation régissant les entreprises bancaires. Il s'agit soit d'organismes publics, d'établissements semi-publics soit enfin de services rattachés directement à un département ministériel. Cependant, bien que n'étant pas placés sous la tutelle des autorités monétaires définies par la loi bancaire, ils ont pour le moins une activité des banques ordinaires. Ainsi, il en existe qui octroient des crédits, d'autres qui ont reçu pour mission la collecte de l'épargne et d'autres enfin qui réalisent ces deux genres d'opérations à la fois. Du point de vue économique, ces organismes se présentent comme de véritables palliatifs dans le cadre du financement des projets à l'égard desquels les banques privées se montrent défailtantes. Leur existence en si grand nombre constitue la preuve de l'incapacité du secteur bancaire privé tel qu'il est actuellement régi, à remplir la fonction de financement du développement qui doit en toute logique lui incomber. L'action confondue de tous ces établissements donne en tous cas à la participation de l'État les caractères d'une fonction bancaire incombant à des organismes dont la vocation est elle-même bancaire.

Cette participation du secteur étatique à travers ses diverses manifestations dans le domaine du crédit n'ont pas manqué d'influer sur l'évolution du droit bancaire marocain au point où elle lui a conféré des caractères originaux par rapport aux autres branches du droit.

(40) Cf. *La profession bancaire au Maroc*, op.cit, p. 148 et s, 289 et s.

(41) - Article 1er du décret-royal du 21 avril 1967.

(42) - Article 23.

II. LES CARACTERES DU DROIT BANCAIRE MAROCAIN

Durant ces 25 dernières années, le droit bancaire s'est forgé une personnalité propre qui a débordé à plusieurs égards les frontières du droit commercial. Cette évolution lui a donné un caractère plus technique largement imprégné de l'ordre public économique.

a) Un droit technique d'essence libérale

Le processus suivi par cette branche du droit lui a permis comme telle de s'individualiser par rapport aux divisions de l'ordonnement juridique classique notamment parce qu'il réunit des usages et des normes juridiques se rapportant à une activité concrète. Très influencé par le droit économique, il en arrive à rétrécir certains aspects du domaine de la liberté contractuelle. Paradoxalement, celle-ci accuse donc un déclin dans un secteur qui, jusqu'ici, s'est toujours voulu le haut lieu du libéralisme économique. Il convient cependant de noter que ce déclin est tout aussi bien le fait des pouvoirs publics par le biais du contrôle qu'ils exercent sur la profession que des établissements bancaires privés disposant de positions dominantes vis-à-vis des usagers.

En effet, le droit bancaire se développe d'abord pour faire face à des considérations ayant trait à la collecte de l'épargne et à la distribution des crédits à l'économie. Dans ce cadre, en plus de l'application des dispositions du droit commercial ou civil, la nature et les modalités d'expression des milieux bancaires résultent, également des usages professionnels encouragés par les silences de la loi. Il va sans dire que cette situation peut être à l'origine d'une limitation de la protection de l'usager notamment quand celui-ci est dans l'ignorance plus ou moins complète des pratiques en cours. De même, les manifestations de l'État s'expliquent par les exigences qui lui sont imposées en matière de coordination de ses options économiques et par sa substitution partielle en tant qu'État banquier aux professionnels. De fait, à l'instar de ce qui se passe dans les pays à économie libérale, l'État marocain ne laisse plus le secteur du crédit absolument libre. Il s'agit là, faut-il le souligner, d'un processus très significatif de la carence du secteur privé qui apparaît ainsi avoir besoin d'orientations autoritaires pour être rappelé à ses obligations. A titre d'exemple, on peut difficilement envisager une restriction ou une orientation du crédit vers tel ou tel secteur économique prioritaire sans le recours à l'ordre public.

En somme, s'inspirant pour l'essentiel des techniques connues dans les économies de marché, le droit bancaire marocain se distingue peu des droits d'essence libérale. S'il contient certes des règles impératives portant sur l'organisation minima de la vie économique, il n'institue et n'insiste pas moins sur la liberté du commerce de l'argent dans le

cadre de laquelle les professionnels aménagent des rapports d'échanges et des relations contractuelles qui correspondent d'abord à leurs intérêts. Aussi, à la condition de ne pas entraver l'action minima de l'État, la liberté contractuelle demeure le principe.

A ce propos, il convient aussi de noter que cette intervention de l'État se manifeste singulièrement par ses caractères à la fois variables et constants. Ainsi, compte tenu de la conjoncture, celle-ci varie entre la rigidité relative et la souplesse, de même qu'elle se définit aussi par une certaine constance. Pour consacrer ce double aspect de l'ordre public économique qui caractérise le droit bancaire marocain, l'intervention étatique procède de diverses manières. Le plus souvent, l'État intervient par le biais de la réglementation en imposant un formalisme obligatoire ou des moyens de contrôle qui soumettent l'activité bancaire à une surveillance ou à des autorisations préalables.

Ces différents caractères ainsi esquissés dessinent déjà les particularismes qui pourraient s'avérer nécessaires à la recherche éventuelle d'une définition de cette branche du droit. En effet, partant de l'accentuation des caractères du droit commercial, du formalisme qui frise parfois le pointilleux dans les mécanismes juridiques que sont souvent les opérations de banque, le droit bancaire se présente comme une branche du droit non encore autonome, formaliste, technique, recherchant la simplicité, la rapidité et la sécurité pour satisfaire notamment les exigences de certains milieux d'affaires.

Il faut s'empresse de préciser toutefois que pour être complète cette définition doit aussi tenir compte de l'élément d'ordre international qui occupe en matière de relations bancaires une place qui, de plus en plus, leur enlève leur coloration exclusivement locale. C'est que, par le biais de cette internationalisation, les milieux bancaires entendent, d'une certaine manière et selon des règles corporatistes qui s'établissent au-delà des frontières, affirmer leur autonomie. Et, il ne semble pas que ce procédé puisse être considéré autrement qu'une conséquence des moyens de pression utilisés par ce qu'il est convenu d'appeler « le pouvoir bancaire ». De fait, il apparaît que la normalisation de certaines pratiques au niveau international, de même que la tendance à l'uniformisation de certains usages, confèrent à ce pouvoir des moyens efficaces pour défendre les intérêts communs de la profession. De façon concrète, ce qui est fondamentalement recher-

sur les rouages économiques de la société.

b) Un droit contribuant à l'organisation capitaliste de la société

Certes, la participation grandissante de l'État au secteur bancaire a pour effet essentiel de tempérer la ligne de démarcation traditionnelle entre le droit privé dont le but est de satisfaire ou du moins de répondre aux préoccupations des personnes privées et le droit public

qui recherche plutôt la satisfaction des intérêts collectifs en organisant les structures et le fonctionnement des pouvoirs et des services publics. Cependant, le déplacement de cette frontière ne s'effectue pas toujours en sens unique. Les débordements ont lieu de part et d'autre. D'un côté, des matières qui en principe relèvent du droit privé passent dans le domaine du droit public et de l'autre, des matières qui sont traditionnellement du domaine public sont de plus en plus régies par les techniques du droit privé. De sorte que, suite à l'intervention de l'État, des activités qui relevaient des intérêts privés sont devenues soumises à une réglementation souvent impérative, élargissant ainsi le champ de l'ordre public de commandement. Il en est ainsi de l'exercice même de la profession bancaire qui au départ s'exerçait librement ou des relations contractuelles du banquier avec sa clientèle, notamment, en matière de contrat de prêt, actuellement réglementées alors qu'auparavant elles étaient régies par le principe de la liberté de commerce. Dans l'ensemble, les effets de cette intervention apparaissent bien comme une application des techniques de l'économie dirigée.

Inversement, sur cette situation où transparait ce dirigisme, se superpose une autre qui en est le revers et qui découle apparemment des difficultés du droit public à s'adapter aux nouvelles données économiques, contraignant l'État à recourir aux techniques plus souples du droit privé pour parfaire son intervention. Ainsi, les établissements et services publics et semi-publics qui participent à l'activité bancaire empruntent largement du point de vue organisationnel aux techniques des sociétés commerciales. Dans leurs relations d'affaires, ils font appel aux procédés de l'escompte, de la lettre de change ou du billet à ordre. En ce sens, le dahir portant création de la Banque du Maroc illustre d'ailleurs bien cette démarche lorsqu'il précise que cet établissement est réputé commerçant dans ses relations avec les tiers et que, en plus de son organisation qui s'apparente à celle d'une société anonyme, les règles de la comptabilité publique ne lui sont pas applicables. Au point que, considéré dans son ensemble, il semble bien que le processus du débordement du droit privé sur le droit public l'emporte sur le mouvement inverse. Cette constatation qui théoriquement peut n'avoir qu'une très relative utilité est pourtant significative de la préférence étatique pour le droit privé. Elle dénote en fait la volonté de développer le secteur régi par cette branche du Droit, secteur de prédilection des intérêts privés. Plus précisément, à travers l'action de l'État, le droit bancaire tout en apportant la preuve de l'unité du Droit face aux données économiques, rallie les préoccupations de ces intérêts. Il révèle même une sorte d'univocité en consacrant avec une régulière constance leurs privilèges. En effet, lorsque l'État met en œuvre ses diverses

techniques d'intervention, il assume bien une fonction de régulation de l'économie mais, il ne satisfait pas parallèlement l'intérêt de la collectivité nationale. Bien plus, les choix retenus pour réaliser cette régulation peuvent se présenter comme étant au détriment des catégories sociales les plus nombreuses au moment où ils vont par contre, dans le sens des intérêts du pouvoir financier. A titre d'exemple, telle action sur les taux d'intérêts, en plus du fait qu'elle contredit à la fois les injonctions du droit musulman interdisant le prêt à intérêt et les dispositions du droit positif, peut être sans conteste à l'origine de l'accroissement des profits des banquiers.

Cet état de chose résultant donc de l'intervention inadéquate de l'État influencée il faut le dire par le pouvoir financier qui agit avec la force d'un lobby organisé, n'est d'ailleurs pas étranger à l'incapacité des autorités monétaires à promouvoir une politique monétaire et de crédit efficace par ses techniques, nationale par ses objectifs.

En effet, jusqu'ici cette intervention malgré son étendue (43), se présente en définitive uniquement comme une série de mesures dont le trait le plus remarquable est de tendre à maintenir les traits essentiels qui ont caractérisé le commerce de banque depuis son installation au Maroc. Concrètement, elle contribue à renforcer le contexte économique libéral dominé par le pouvoir financier et à consacrer la démission de l'État devant l'exercice de la mission de service public que constitue l'activité bancaire. De fait, par la réglementation mise en place, l'État reconnaît bien à cette activité un caractère d'intérêt général. Mais, il n'en continue pas moins de s'en remettre à l'initiative privée, malgré les résultats négatifs que celle-ci n'a pas cessé d'enregistrer dans le domaine vital du financement du développement.

Dès lors, à défaut de se présenter comme une législation qui a tranché avec le passé, le droit bancaire durant la période considérée fournit sans plus l'occasion de se demander pourquoi les autorités monétaires n'ont mis en place qu'une réglementation loin de conférer au secteur bancaire un statut conçu comme un instrument du développement. Cette question laisse sans doute présager que le droit bancaire reste à faire puisque de plus en plus la nationalisation et de l'activité et des entreprises bancaires s'impose avec l'urgence d'un impératif national.

(43) - Sur le contenu et les effets de la marocanisation, de la concentration et du contrôle de la profession bancaire, cf. *La profession bancaire au Maroc*, op. cit. ainsi que la bibliographie citée.

BILAN DE VINGT CINQ ANNEES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU MAROC*

Jean DEPREZ**

I. LA LENTE GENESE DU NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PRIVE MAROCAIN

1. Le droit international privé marocain se trouve actuellement à une étape importante de son histoire. Il est entré, depuis le retour du Maroc à l'indépendance en 1956, dans une phase de transition entre le système hérité du Protectorat qui demeure encore très largement en vigueur (au moins dans l'énoncé des règles légales de conflits de lois) et le nouveau système de droit international privé du Maroc indépendant dont l'élaboration théorique est à peine amorcée. Faute d'école internationaliste marocaine, faute de doctrine, faute d'une jurisprudence suffisamment étoffée pour appeler le débat, faute aussi peut être d'occasions pour les juges d'avoir à prendre parti sur les mécanismes fondamentaux des conflits de lois, le nouveau système apparaît comme une ébauche, une esquisse, plus que comme une œuvre véritablement accomplie (1).

Pour comprendre les actuels développements du droit international privé marocain il est nécessaire de rappeler que le système édifié sous le Protectorat, et dont le dahir du 12 août 1913 sur la condition civile des étrangers (D.C.C.) est comme le symbole (2), a été très large-

** Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Nice.

(*) Seuls les conflits de lois seront traités dans cette étude.

(1) Il y a certes des solutions, mais peu d'occasions pour les juges de prendre parti sur des questions de principe, telles que la méthode de qualification, l'admission du renvoi, la place des lois d'application immédiate. Les applications de l'ordre public (ou son refus) sont trop peu nombreuses pour qu'une théorie puisse en être dégagée.

(2) Les différents dahirs promulgués en 1913, 1914 et 1924 dans la zone sud, la zone nord et à Tanger marquent la naissance du droit international privé moderne au Maroc, l'introduction des concepts et des méthodes du système européen qui remplace le régime des capitulations finissantes. Mais le système ne se réduit pas à ces codifications, il s'exprime aussi dans l'œuvre abondante d'une doctrine et d'une jurisprudence qui ont été les vrais maîtres d'œuvre de la construction du protectorat.

ment reconduit après l'indépendance. Celle-ci ne s'est traduite par aucun bouleversement, aucune lame de fond faisant table rase du passé. Bien au contraire une certaine continuité est apparue en dépit de l'important changement politique survenu en 1956. Le dahir de 1913 a survécu et est toujours de droit positif (3), même si certaines de ses dispositions doivent être considérées comme implicitement abrogées (4). Le droit international privé marocain continue de reposer sur la codification de 1913, monument législatif hérité de l'époque coloniale.

Cinq années qui ont suivi l'indépendance, l'esprit n'a pas été à une remise en cause spectaculaire de l'héritage, bien au contraire (5). A cet égard on ne manquera pas d'opposer cet attentisme apparemment conservateur à l'attitude plus novatrice des législateurs tunisien et algérien qui ont l'un et l'autre, le second assez tardivement après l'indépendance il est vrai, édicté de nouvelles règles de conflit des

(3) A la suite de l'unification de la législation entreprise à partir de 1958 au profit du droit en vigueur dans l'ancienne zone sud (zone dite française) le dahir du 12 août 1913 est devenu le seul code applicable à la condition des étrangers au Maroc.

(4) Notamment les articles 1 et 2 qui expriment une conception personnaliste de la définition des droits dont jouissent les étrangers au Maroc. De même tous les articles se référant à la loi française en matière d'apatridie ou de forme des actes.

(5) La doctrine est demeurée fidèle à l'héritage, plus préoccupé de maintenir l'esprit du système du protectorat que de proposer un système nouveau dont la proche éclosion était envisagée avec appréhension (V. Michel BOURELY, *Le droit international privé du Maroc indépendant*, Rev. Crit. D.I.P. 1962 p. 212 et 445. Paul DECROUX, *Droit international privé*, Ed. La Porte 1963). La présence de magistrats français dans les juridictions jusqu'en 1965 a favorisé une certaine continuité de la jurisprudence. Des arrêts ont continué à se référer aux «bases internationales» du droit international privé marocain (cour d'appel de Rabat 5 avril 1963, *clunet* (journal du droit international) 1966 - 389) ou à appliquer les dispositions de l'article 394 du code de procédure civile pourtant peu compatibles avec la territorialité et la souveraineté du for.

tinées à remplacer celles en vigueur à l'époque coloniale (6). Rien de tel au Maroc où l'on a conservé l'ancien dahir, quitte à ne plus appliquer certaines dispositions manifestement dépassées et à légiférer sur quelques points particuliers tels que la condition des étrangers musulmans ou le mariage mixte entre marocains et étrangers (7).

2. Est-ce à dire que sous réserve de ces quelques modifications l'actuel droit international privé marocain puisse être présenté comme la fidèle reconduction du modèle en vigueur sous le protectorat ? Assurément pas. On aurait tort en effet de s'en tenir aux apparences et à la constatation superficielle d'une continuité certes évidente mais qu'il faut se garder de surestimer. Il n'est pas si sûr que l'actuel système soit aussi proche de l'ancien qu'il y paraît, en dépit de l'énoncé identique des règles de conflit demeuré inchangé pour la plupart d'entre elles (8).

C'est que sur la base de textes anciens qui se sont perpétués sans modifications notables peuvent bien évidemment s'édifier de nouvelles interprétations doctrinales et jurisprudentielles prenant en compte les données politiques nouvelles issues de l'indépendance : libération à l'égard des contraintes internationales et des pressions extérieures, affirmation de l'identité culturelle, place prépondérante des valeurs de civilisation marocaines et notamment de l'Islam dans l'élaboration des solutions, etc... Dans tout système de droit international privé c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de fixer la figure des mécanismes fondamentaux non définis par la loi, tels que l'ordre public, la qualification, les lois d'application immédiate et d'orienter par là même l'esprit général du système. De même les

(6) La Tunisie a été dotée, sous le protectorat, d'un système de conflits de lois assez semblable à celui du Maroc, encore que différent. Les textes édictant de nouvelles règles de conflit sont le décret du 12 juillet 1956 modifié par le décret du 24 juin 1957 et la loi du 27 septembre 1957. La Revue Tunisienne a publié de nombreuses études et commentaires de jurisprudence. A signaler enfin l'importante thèse de Maurice NIZARD, le droit international privé tunisien en matière de statut personnel, thèse Paris 1963.

En Algérie, c'est le droit international privé français qui a été en vigueur pendant la période coloniale. Les nouvelles règles de conflits de lois n'ont vu le jour qu'en 1975 avec la promulgation du code civil algérien (art. 9 à 24). V. Georges PEYRARD, *La solution des conflits de lois en Algérie*, Rev. Crit. D.I.P. 1977 - 382 ; Mohand ISSAD, *Droit international privé*, I. les règles de conflits, Alger 1980, office des publications universitaires.

(7) Dahir du 24 avril 1959 soumettant les étrangers musulmans à la juridiction du Cadi. Dahir du 4 mars 1960 sur la conclusion des mariages mixtes entre marocains et étrangers. Ces interventions législatives ponctuelles sont néanmoins essentielles, car elles révèlent les tendances fondamentales du nouveau droit international privé marocain : sauvegarde de l'Islam, primauté du statut national.

règles de conflit, si précises soient-elles, dépendent pour une large part de l'attitude de l'interprète et de l'esprit dans lequel il les fait fonctionner. C'est dire que l'essentiel n'est pas dans l'énoncé des règles de conflit, par voie législative pour le cas du Maroc, mais dans ce qu'en font ou ce qu'en feront les interprètes ; il n'est pas dans la lettre des règles de conflit, mais dans l'esprit et la philosophie qui président à l'élaboration de la théorie, dans les politiques suivies par les juges ou proposées par la doctrine. L'important, en définitive, est dans le «non-dit» (9). Dans le cas présent du Maroc le plus notable n'est donc pas qu'on utilise aujourd'hui des règles de conflits formulées de même façon qu'à l'époque coloniale car, à quelques réserves près, les règles édictées en 1913 sont transposables aux temps actuels (10) ; l'important est l'esprit qui préside désormais aux destinées du droit international privé marocain, la philosophie qui inspire ses solutions, les données politiques et sociologiques qui les commandent. Sans risque d'erreur on peut gager qu'aujourd'hui cet esprit est puisé à d'autres sources que jadis et que l'actuelle construction ne peut manquer d'intégrer les données nouvelles du Maroc indépendant, ce qui la démarque bien évidemment du système antérieur né dans un contexte de dépendance et de colonisation.

3. On peut donc penser qu'en dépit de la longévité du D.C.C. de 1913, ce monument du protectorat, le droit international privé marocain est entré depuis l'indépendance dans une phase de rénovation et de transformations profondes qui se réalisent sous nos yeux. Pas de bouleversement spectaculaire mais une sorte de révolution tranquille, une convergence de signes qui vont tous dans le même sens et témoignent des nouvelles orientations du droit international privé depuis vingt cinq ans. On ne retiendra que les plus significatives, celles qui ont affecté la philosophie même du système, tant sur le plan de la politique législative que sur celui de l'évolution doctrinale ou jurisprudentielle.

S'il n'y a pas eu de codification nouvelle (11), le législateur n'est pas resté inactif, procédant à des interventions certes ponctuelles mais révélatrices des nouvelles tendances du droit international privé marocain et des objectifs qui lui sont désormais assignés. Sur des points aussi sensibles que la condition de l'étranger musulman (dahir

(8) Les seules règles de conflits nouvellement apparues sont celles concernant les étrangers musulmans et le règlement des relations familiales mixtes lorsqu'une des parties est marocaine.

(9) Nationalisme, internationalisme ; place faite à la territorialité, aux valeurs de civilisation du for, à la coordination, à l'universel.

(10) Nombre de ces règles n'ont aucune connotation coloniale et leur utilisation postérieurement à l'indépendance ne soulève aucune difficulté particulière.

(11) Divers avant-projets ont été élaborés mais sont restés sans lendemain.

du 24 avril 1959) ou le mariage mixte entre marocains et étrangers (dahir du 4 mars 1960) apparaissent quelques constantes du nouveau droit, la sauvegarde de l'islam, l'affirmation du statut national face à la concurrence des lois étrangères.

Quant à la doctrine, même si elle n'existe pas vraiment en tant que telle, faute de projet théorique nettement affirmé, faute de porte-parole suffisamment nombreux, faute d'école, elle a néanmoins considérablement évolué depuis quelques années ; on n'en voudra pour preuve que la différence d'esprit et de contenu entre les actuels écrits et la littérature classique encore en honneur en 1963 (11bis). Le discours remarqué prononcé par le premier Président de la Cour Suprême le 5 octobre 1967 n'est probablement pas étranger à ce retournement. Il constitue à ce jour la seule initiative visant à proposer pour le droit international privé marocain un projet global et de nouveaux objectifs en accord avec les données du Maroc indépendant (12).

La jurisprudence, de son côté, a apporté sa contribution au changement. Des arrêts, assurément trop rares mais importants (13), ont innové par rapport aux errements jusqu'alors suivis relativement aux ménages mixtes dont un conjoint est marocain ou encore en matière de séparation de corps religieuse. On peut mettre également à l'actif des juges l'interprétation large donnée au dahir du 24 avril 1959 dans le sens le plus favorable à l'islam, la référence à un ordre public spécifiquement marocain. Ces nouvelles orientations traduisent un virage évident et témoignent de la distance désormais prise par rap-

(11 bis) V. pour la période antérieure les auteurs cités supra note 5 et pour la période actuelle des chroniques de M. DECROUX, *Journal du droit international privé* (Clunet) 1971-159 et 1978 -563. ainsi que les études de droit international privé publiées à la R.J.P.E.M. 1977. Numéro 2 p. 249, 1977 numéro 3 p. 45, 1978 numéro 4 p. 49, 1979 numéro 5 p. 265. V. également, juris-classeur de Droit Comparé, Ve MAROC, Fasc. IV, 1e et 2e cahier, Droit international privé.

(12) Discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour Suprême et rapporté in note DECROUX, *Journal du droit international* (Clunet 1971-190). Ce discours invite les juges à rompre avec les errements antérieurs et à restituer au droit marocain, essentiellement au droit musulman de statut personnel, la part qui lui revient légitimement dans les solutions de conflits de lois et dont il avait été indument privé sous le protectorat au nom de théories procédant de la méfiance envers l'islam et invoquant le traditionnel argument du droit musulman droit religieux, inapte à gouverner l'étranger, pour mieux justifier des solutions d'esprit colonial. Ce discours se veut comme une sorte de charte de la décolonisation du droit international privé marocain. Il n'est pas dépourvu d'un certain aspect polémique.

(13) V. La jurisprudence citée infra notes 33, 43, 44.

port aux solutions du protectorat, celles-ci sont peu à peu remises en cause, refoulées, remplacées.

Ce changement de cap n'est pas fortuit. Il s'inscrit très exactement dans la phase de décolonisation que traverse depuis l'indépendance le droit international privé marocain. Il n'était pas concevable en effet que le maintien du dahir de 1913 se doublât d'une reconduction pure et simple du système qui à l'époque coloniale s'était édifié sur sa base. Si le monument législatif a survécu, ce qui en soi est déjà un symbole (14), il eût été pour le moins étonnant de voir se prolonger dans le cadre d'un Etat marocain désormais indépendant l'ancien système qui, spécialement dans sa doctrine et sa jurisprudence donc dans son essence même, avait été très largement conditionné par le contexte colonial, la pression étrangère, l'héritage capitulaire auquel on ne renonçait qu'à contre-cœur, les servitudes internationales pesant sur le Maroc, etc... A ce système très protecteur des communautés étrangères établies au Maroc, respectueux de leurs lois jusqu'à l'obsession, encore tout pénétré de l'esprit des capitulations et marqué dès ses origines par de véritables servitudes internationales (15), livré pendant plus de quarante ans à des interprètes étrangers (16), de grande valeur certes mais enclins surtout à faire triompher les valeurs européennes et à sauvegarder l'intérêt des colonies étrangères, à un tel système se substitue aujourd'hui une autre vision du droit international privé, où les solutions s'élaborent librement sans contrainte extérieure (17), sous l'impulsion d'une justice entièrement marocanisée et naturellement portée à affirmer les valeurs du for avec d'autant plus de vigueur qu'elles avaient été grandement oblitérées à l'époque antérieure. Ce retour de l'Histoire est dans l'ordre des cho-

-
- (14) Certains y verront la preuve que la décolonisation du droit n'a pas été entreprise dans ce secteur. A vrai dire toutes les dispositions incompatibles avec la souveraineté marocaine ou la nouvelle situation d'indépendance ont été abrogées de facto. Législateur et jurisprudence ont ajouté, modifié, dérogé. Ce code est tout à fait utilisable dans le cadre du Maroc indépendant. Son maintien en tant que tel a surtout valeur de symbole. Il témoigne de la modération qui a présidé aux remises en ordre nécessitées par l'indépendance. Mais on ne saurait y voir la preuve que le système n'est pas en voie de décolonisation. Celle-ci s'opère par d'autres voies.
- (15) Principes de liberté et d'égalité économique (Régime de la porte ouverte) posés par les divers traités relatifs à «la question marocaine» et qui ont eu des répercussions en droit international privé.
- (16) La condition des étrangers, comme tout litige impliquant un étranger, était de la compétence, selon les zones, des tribunaux français, des tribunaux hispano-khalifiens ou du tribunal de Tanger.
- (17) On peut considérer qu'avec le retour à l'indépendance a été levée l'hypothèque internationale pesant sur le Maroc et qui avait entravé la libre élaboration du droit international privé pendant toute la période du protectorat.

ses mais n'est pas sans poser d'autres problèmes, la décolonisation risquant de donner à l'entreprise de changement du droit une dimension passionnelle qui n'est pas toujours bonne conseillère pour ceux qui sont chargés de la mener, ne serait-ce que par la tentation de nationalisme qu'elle recèle (18). Quoi qu'il en soit, les transformations subies par le droit international privé marocain depuis l'indépendance ne peuvent être appréciées sans une référence permanente à cette perspective de décolonisation, à cette volonté de prendre des distances par rapport à un système très marqué par ses origines et par la fonction typiquement coloniale qu'il a tenue pendant plusieurs décennies.

4. Ainsi s'édifie progressivement une nouvelle construction, mais il serait téméraire de dire qu'elle est achevée. Des lignes de force apparaissent très clairement à l'observateur mais la position de celui-ci n'en reste pas moins très inconfortable. Faute d'un débat doctrinal qui permettrait la confrontation, faute de jurisprudence suffisamment étoffée, on est réduit à des conjectures sur les objectifs supposés et les développements probables du nouveau droit international privé marocain. Certaines orientations ont été nettement suggérées dans le discours précité du Président BAHNINI, notamment pour ce qui est de la place à reconnaître au droit marocain du for en matière de statut personnel et plus généralement pour la réintroduction en droit international privé marocain des techniques couramment utilisées dans les systèmes contemporains (19). Néanmoins de nombreuses théories restent à construire, des concepts fondamentaux à préciser. Qu'en est-il aujourd'hui de l'ordre public au Maroc, de ses buts, de sa politique, de ses applications ? de la notion de loi d'application immédiate ? (20). Autant de questions actuellement sans véritables réponses. Sur tous ces terrains où en certains pays le débat est si riche, la théorie marocaine reste à élaborer.

C'est l'affinement et l'achèvement de cette théorie qui constituent au Maroc la tâche prioritaire. Plus qu'une réforme législative des solutions légales de conflit de lois, qui serait certes la bienvenue, c'est à un effort doctrinal et scientifique qu'il convient désormais de se consacrer. Cette tâche incombe autant aux juges qu'à la doctrine proprement dite. Aux uns et aux autres il appartient de suggérer et de décider, de façonner la figure nouvelle des conflits de lois au Maroc et d'en déterminer l'esprit, les impératifs premiers et les politiques

(18) V. infra numéro 14, 16. A cet égard, le discours précité du Président BAHNINI ne manque pas de passion ni d'un certain esprit polémique.

(19) Ordre public, qualification, voire renvoi.

(20) Dire que la qualification se fait désormais *lege fori* ne fait que reculer le problème. V. infra, numéro 10.

à promouvoir, bref de constituer ce corpus de solutions et de principes qui par delà les règles législatives — et parfois en leur absence — caractérise les systèmes de droit international privé les plus élaborés. L'œuvre reste presque entièrement à accomplir.

C'est dire que l'actuelle interrogation sur le droit international privé marocain porte davantage sur le devenir de ce droit que sur des solutions déjà positivement consacrées. Bien souvent son étude relève davantage de l'intuition, de la recherche du vraisemblable et du possible, que de la froide analyse critique de solutions établies.

II. LES PRINCIPAUX CHANGEMENTS INTERVENUS DEPUIS L'INDEPENDANCE

5. On limitera le propos à la matière du statut personnel car c'est en ce domaine que s'est manifestée sous le protectorat l'originalité, voire l'anormalité du système de 1913 et c'est par réaction contre ces particularismes que se sont produits depuis 1956 les plus grands changements. Toute l'évolution depuis vingt ans a consisté en effet à effacer peu à peu les séquelles de l'héritage colonial, à «normaliser» le système en opérant en quelque sorte un retour au droit commun, ce droit commun étant symbolisé par le système de type conflictualiste né en Europe continentale qui constitue la base de l'enseignement du droit international privé dans les universités marocaines et dont on sait qu'il est largement répandu dans le monde.

L'originalité de l'évolution actuelle ne peut donc être appréciée à sa juste valeur que si l'on garde présent à l'esprit l'état antérieur dont on s'emploie aujourd'hui à renverser les tendances. Le droit d'aujourd'hui est la directe remise en cause de celui d'hier et ne prend tout son sens que dans cette perspective. Pour ne prendre qu'un exemple, parler de l'ordre public marocain ou de la *lex fori* en matière de statut personnel est aujourd'hui une constatation banale qui pourrait passer inaperçue, voire sans intérêt : n'est-il pas évident que tout système de conflits de lois use de telles notions ? Mais la remarque prend une toute autre signification si l'on rappelle que ces notions élémentaires étaient précisément absentes du système du protectorat.

6. Le système en vigueur dans le Maroc protégé a été caractérisé par une personnalité des lois quasi-absolue. En matière familiale et successorale, c'est le respect intégral des lois personnelles étrangères érigé à l'état de principe. Mais si le premier système moderne de conflits de lois instauré au Maroc en 1913 a pris d'emblée une telle orientation, ce n'est pas seulement parce que la tradition islamique, qui de tout temps a été personnaliste au moins en matière de statut personnel, y poussait. Le contexte de pression étrangère et de domination coloniale dans lequel s'est élaboré le système y a fortement contribué. Pas plus les capitulations, cet autre avatar de la doctrine

de la personnalité des lois, ne s'expliquent uniquement par les données propres à l'Islam, le système du protectorat ne saurait être présenté comme le fruit nécessaire et en quelque sorte fatal de la personnalité des lois pratiquée en matière de statut personnel dans la Cité islamique, il est aussi le résultat logique d'un contexte historique bien précis dans lequel le Maroc perdait son indépendance.

Sur le plan de la technique des conflits de lois, ce système absolument personnaliste s'est traduit par une grande originalité. Puisque chacun est régi par sa propre loi d'origine et ne peut être régi que par elle, l'ordre juridique marocain n'a aucune vocation à intervenir dans le statut familial de l'étranger (21). Contrairement à la plupart des systèmes modernes où l'ordre juridique du for participe au règlement des conflits de lois et pèse de toute sa territorialité, imposant au besoin la *lex fori* et en tout cas l'utilisant, rien de tel n'apparaît dans le Maroc du protectorat. La territorialité du for en est quasiment absente. L'absence de *lex fori* est proclamée comme une vérité et des applications aussi normales que l'ordre public ou la qualification *lege fori* y demeurent inconnues. Cette absence de territorialité, commandée par le souci du respect intégral des lois étrangères, a dominé à ce point le système qu'elle s'est manifestée jusques et y compris sur le terrain de la procédure et de la compétence juridictionnelle (22).

Ainsi le respect de la loi étrangère était un impératif sacro-saint, un véritable tabou. Sous une autre forme institutionnelle, c'était la prolongation des capitulations. A chacun sa loi. Marocains et étrangers vivaient dans deux mondes séparés tant sur le plan sociologique, politique que juridique. Que le droit marocain de statut personnel n'eût aucun rôle à jouer dans les conflits de lois intéressant les étrangers était dans l'ordre des choses. La coordination ou tout au moins la relation entre lois étrangères et loi du for, si importante dans le système conflictualiste, n'était ici ni souhaitée ni même concevable.

(21) Sous cette réserve près que désormais c'est une juridiction de l'ordre judiciaire marocain (les tribunaux du protectorat) qui est appelée à en connaître.

(22) Les procédures instaurées en matière de statut personnel par le code de procédure civile de l'époque n'étaient applicables qu'à condition de n'être pas incompatibles avec le respect de la loi étrangère gouvernant le fond (art. 394 C.P.C.).

Les juridictions compétentes pour juger du statut des étrangers (tribunaux français, tribunal de Tanger, etc...) devaient s'effacer lorsque la loi étrangère gouvernant le fond imposait un autre type de juridiction, telle la loi espagnole attribuant aux officialités (tribunaux religieux de l'Eglise catholique) la compétence pour prononcer la séparation de corps entre Espagnols de religion catholique.

Dans la construction du protectorat, elle était même structurellement impossible (23).

Les solutions de conflits de lois ainsi élaborées en matière de statut personnel des étrangers l'ont donc été en coupure totale avec le droit marocain du for envisagé non seulement dans ses statuts personnels mais plus généralement dans son ordre juridique global, ses valeurs de civilisation et notamment l'Islam. Alors que tout système «normal» de droit international privé est conditionné par les données politiques, sociologiques et autres du pays du for, au Maroc le droit marocain et l'Islam n'ont fourni aucune contribution réelle à l'élaboration des solutions. Certes l'Islam, sa tradition immémoriale de personnalité des lois, relayée quoique déformée par les capitulations, ne sont pas étrangers à la genèse du système édifié en 1913. Mais ils n'ont d'aucune façon participé à son fonctionnement. Le système de 1913 fait coexister le droit des étrangers avec le droit des marocains sans aucune compénétration possible en vertu même de l'organisation du protectorat. Il y a dans le Maroc de l'époque deux ordres juridiques parallèles, deux Maroc, deux mondes. Celui des étrangers est une sorte de parenthèse dans le Maroc authentique, un monde à part sur lequel l'Islam n'a aucune prise parce qu'il est le Maroc européen, moderne, marchand, colonial. Le droit international privé de 1913 est celui de communautés étrangères établies en pays dominé et il puise tout naturellement son inspiration dans les intérêts et les valeurs de civilisation des colonies étrangères plutôt que dans ceux et celles du pays du for. Les conflits de lois entre étrangers se règlent selon des solutions élaborées pour eux, devant des tribunaux pour étrangers, sans que le pays du for soit apparemment concerné.

7. Aujourd'hui on assiste à un complet renversement de tendances. En dépit du maintien du D.C.C. et de bon nombre de règles de conflit posées en 1913, l'esprit qui anime l'interprétation et l'élaboration du droit international privé a profondément changé. Portés devant des tribunaux authentiquement marocains, dans le cadre d'un Maroc indépendant où n'existe plus, au moins sur le plan du droit, l'enclave étrangère, les conflits de lois ne peuvent plus être réglés abstraction faite des données politico-juridiques proprement marocaines. Parce qu'il s'élabore désormais en toute indépendance, à l'abri de toute présence ou de toute pression étrangère, l'actuel droit international

(23) L'organisation judiciaire était conçue de façon telle que marocains et étrangers soient justiciables, les uns des juridictions religieuses traditionnelles, les autres des tribunaux modernes du protectorat. Le principe du respect des statuts indigènes interdisait en matière de statut personnel l'apparition d'une législation marocaine moderne analogue à celle édictée en matière de contrats et obligations. Les statuts traditionnels, et notamment le statut musulman, restaient par hypothèse un droit réservé aux seuls marocains.

privé ne peut se contenter d'appliquer les lois étrangères ; il prend nécessairement en compte l'ordre juridique local. Aussi bien voit-on se réintroduire aujourd'hui dans les solutions une certaine dose de territorialité de l'ordre juridique du for, comme il va de soi dans tout système de conflits de lois. A ce regain normal de territorialité (A) s'ajoute la prise en compte de la donnée islamique (B), jusqu'alors purement et simplement éludée. La sauvegarde de l'Islam dans les solutions est devenue un des impératifs majeurs du nouveau droit international privé. Cette évolution entraîne tout naturellement un recul certain de la personnalité des lois, nonobstant le maintien en matière de statut personnel de la compétence de la loi nationale d'origine, puisque désormais l'application de la loi étrangère n'est plus aussi absolue que jadis et ne bénéficie plus d'aucune immunité par rapport à l'ordre juridique du for et doit bien au contraire composer avec ses exigences. Aujourd'hui le droit étranger peut réellement entrer en conflit avec le droit du for et éventuellement être dominé par lui, selon les meilleures traditions de la méthode conflictuelle.

A — 8. Une *lex fori* en matière de statut personnel, c'est là la première manifestation de la normalisation du système, du retour à une territorialité plus normale de l'ordre juridique. On ne peut plus affirmer aujourd'hui que la *lex fori* n'existe pas, comme ce fût le cas sous le protectorat où le caractère religieux et pluraliste des statuts personnels marocains conduisait à dire que la loi marocaine, inapplicable aux étrangers d'autres confessions, ne pouvait par hypothèse jouer un rôle quelconque dans les solutions de conflits de lois. La restauration du droit marocain dans sa fonction légitime de *lex fori* a été prônée avec force dans le discours du président BAHNI-NI ; elle est admise sans discussion par les auteurs et bien que la jurisprudence n'ait pas eu l'occasion de statuer sur ce point précis, il va de soi qu'aujourd'hui les juges n'hésitent pas, en cas de besoin, à se référer au droit marocain du statut personnel dans les solutions de conflits de lois. L'appel à l'idée d'ordre public marocain en est d'ailleurs une indéniable illustration.

Il va de soi que la *lex fori* marocaine en matière de statut personnel, c'est d'abord sinon uniquement le droit musulman codifié dans la Moudawana. L'identification de la *lex fori* ne saurait au Maroc présenter les mêmes difficultés qu'en pays réellement pluraliste, tel que le Liban, où des considérations politiques et constitutionnelles (équilibre entre les communautés, égalité des statuts, etc...) s'opposent à ce qu'un des statuts soit érigé en *lex fori*, donc en droit commun privilégié, pour les besoins des conflits de lois. Rien de tel au Maroc où, en dépit du maintien d'un pluralisme à base confessionnelle, le statut musulman bénéficie d'une position prééminente, ne se-

rait-ce que parce que l'État est islamique et que la population est musulmane dans sa quasi-totalité. Si donc il est nécessaire pour les besoins du droit international privé d'utiliser le droit marocain à titre de *lex fori*, le statut personnel est tout désigné pour jouer ce rôle. Tant sur le plan sociologique que politique, le Maroc n'est pas un pays réellement pluraliste et le droit musulman y a tout naturellement vocation de droit dominant, de droit commun (24).

9. A travers ce nouveau rôle dévolu au droit marocain de statut personnel c'est le droit musulman qui se trouve accéder à une fonction que l'histoire lui avait jusqu'alors pratiquement refusée. Bien que les auteurs les plus anciens aient fréquemment reconnu la vocation de droit commun du droit musulman, celle-ci a été grandement contrariée dans les faits, au moins en matière de statut personnel et parfois même dans d'autres secteurs, par la tolérance dont ont bénéficié les dhimmis, tant sur le plan de la loi que sur celui de la juridiction, dans l'organisation interne de la Cité islamique : sauf exceptions (25), le droit musulman en matière familiale et successorale s'est trouvé cantonné aux seuls musulmans, apparaissant ainsi comme le droit d'une communauté plutôt qu'un droit à vocation de droit commun tel qu'on le conçoit dans la théorie moderne de l'État territorial. De même, dans l'ordre international et à l'égard des «vrais» étrangers, le droit musulman de statut personnel n'a jamais joué le rôle d'un droit civil qui leur fût applicable : la personnalité des lois, déjà pratiquée à l'intérieur de l'Islam à l'égard des minorités non musulmanes, a tout naturellement conduit à traiter l'étranger selon sa propre loi. Les capitulations ont consacré cette vue et ce qui est contestable en elles ce n'est pas qu'elles aient maintenu l'étranger sous l'empire de sa loi d'origine - il n'y avait pas à l'époque d'autre solution concevable - , c'est que l'exemption à l'égard du droit musulman ait été étendue à des domaines où elle était beaucoup moins justifiée (contrats et obligations, droit pénal, etc...). En matière de statut personnel en revanche, le caractère «religieux» réel

(24) La prééminence du statut musulman en tant que *lex fori* est également reconnue dans la plupart des États islamiques connaissant un pluralisme confessionnel en matière de statut personnel (Égypte, États du Moyen-Orient). Ce pluralisme, bien plus réel et diversifié qu'au Maroc, n'interdit nullement que le statut musulman soit utilisé comme le droit commun du for pour les besoins du droit international privé.

(25) Le droit musulman de statut personnel est appelé à fournir le règlement en cas de litige opposant deux non musulmans soumis à des statuts différents. De même c'est à son profit qu'est tranché le conflit entre musulmans et non musulmans ; il s'applique donc dans cette hypothèse à la partie non musulmane. Enfin il était admis que des plaideurs non musulmans saisissent le *cadî*.

ou prétendu du droit musulman (26), le lien évident du statut familial avec le culturel et les valeurs de civilisation, la tradition personaliste pratiquée dans l'ordre interne à l'égard des non musulmans, tout conduisait à cantonner le statut personnel musulman aux seuls musulmans et à régir l'étranger par sa loi d'origine.

Le plus notable d'ailleurs n'est pas la solution elle-même - après tout bien des systèmes ont admis ou admettent encore aujourd'hui que le statut familial de l'étranger est régi par sa loi nationale - mais le fait que la loi étrangère ait toujours été reçue et appliquée en Islam de façon intégrale sans que l'ordre juridique islamique pût y apporter la moindre atteinte. Mais il n'y a là rien d'étonnant. Cette attitude favorable, qui tranche assurément avec la condition communément faite à la loi étrangère dans les systèmes modernes de conflits de lois, était déjà incluse dans le traitement réservé aux statuts non musulmans dans l'organisation interne de la Cité islamique : un système qui reconnaît le pluralisme, y compris sur le terrain juridictionnel, accepte par hypothèse de voir chaque statut s'appliquer devant ses juges naturels, et uniquement devant eux, dans un ordre juridique propre qui est celui de la communauté concernée. En tolérant le pluralisme, en l'organisant même au niveau des institutions, l'Islam, a-t-on dit, manifestait son indifférence à l'égard des statuts familiaux ne relevant pas de son empire. Quelle que soit la valeur de la formule, elle se retrouve applicable dans l'ordre international à l'étranger non musulman dont la condition devant le juge consulaire échappe elle aussi à l'emprise de l'ordre juridique local. De toutes les solutions capitulaires, celles concernant le statut personnel des étrangers sont assurément les moins contestables : à l'époque, la pratique de l'Islam n'était certainement pas d'utiliser le droit musulman de statut personnel comme un droit civil à vocation territoriale applicable aux non musulmans ni de bâtir un système moderne de conflits de lois où le statut étranger eût à compter avec le droit du for. Le fait que la loi étrangère ait été du ressort de la juridiction consulaire a certes pu accuser la coupure avec l'ordre juridique local, mais en eût-il été différemment si les étrangers avaient été justiciables des juridictions chrétiennes ou rabbiniques locales (27) ? En réalité, jusqu'au XIXe siècle, n'a existé en Islam aucun système véritable de conflit de lois au sein duquel l'ordre juridique du for pût prétendre exercer son emprise.

(26) A quoi s'ajoute le fait que jusqu'au début du XIXe siècle les statuts personnels des ressortissants étrangers étaient pour la plupart très marqués par la religion sinon ouvertement confessionnels.

(27) Cette réflexion ne vaut pas pour le Maroc où n'existaient pas de communautés chrétiennes, mais peut s'appliquer aux pays du Moyen-Orient.

Le système du protectorat restera dans cette ligne. Quoiqu'introduisant au Maroc la technique moderne des conflits de lois, il maintient l'antique séparation juridictionnelle et statutaire, remplaçant simplement le juge consulaire par le juge du protectorat, mais sans aménager aucune passerelle entre le droit du for et les statuts étrangers qui demeurent étroitement cloisonnés. Là encore, le système n'est pas un véritable système de conflits de lois, malgré les apparences. L'exclusion des fonctions traditionnelles de la *lex fori* (en matière de qualification, d'ordre public, etc...) le prouve abondamment. Il n'y a pas lieu de revenir ici sur les raisons historiques qui ont pu ainsi orienter la tournure prise par le système du protectorat. Quelles qu'aient été les bonnes raisons qu'avait celui-ci d'épargner aux étrangers l'application même occasionnelle du droit musulman, il reste que l'exclusion de ce dernier demeurait encore à l'époque dans la logique de la tradition islamique pour laquelle, sauf exceptions, le droit musulman de statut personnel a d'abord été le droit des musulmans, les non musulmans relevant sur ce chapitre d'un autre droit.

Aujourd'hui le pas est franchi. Sans devenir pour autant le statut de tout étranger établi au Maroc - la loi nationale d'origine conserve sa compétence de principe - le droit musulman du for accède à toutes les fonctions normales dévolues à la *lex fori* dans tout système de conflit de lois. Le droit musulman apparaît comme un droit « ordinaire » dont les fonctions techniques sont les mêmes que partout ailleurs, bref comme un droit civil à vocation territoriale pour les besoins du droit international privé. Il a fallu pour cela que l'indépendance vienne lever l'obstacle politique que constituait le protectorat mais aussi qu'une évolution des esprits se produise quant au rôle du droit musulman de statut personnel, que le caractère « religieux » de ce droit soit compris d'une manière plus exacte, que change aussi la perception par l'Islam lui-même de son propre droit. La tradition a toujours été que le statut personnel musulman ne s'applique pas aux non musulmans. Le protectorat n'a fait que la perpétuer, en en tirant les conséquences extrêmes sur le terrain du système de conflits de lois nouvellement introduit. Mais indépendamment même de la présence étrangère, il est douteux qu'à l'aube du XXe siècle les temps étaient mûrs pour faire jouer au droit musulman un nouveau rôle. La tradition personnaliste était trop proche dans les esprits, et pas seulement dans celui des étrangers. Il faudra donc attendre le retour à l'indépendance, l'apparition d'un nouveau contexte politique permettant la libre élaboration des solutions, la réflexion moderne sur la nature et le rôle du droit musulman, pour que se réalise l'intégration complète de celui-ci dans le système de conflits de lois, pour que soit exorcisée aussi la prétendue infirmité du droit musulman, son in-

capacité congénitale à jouer le rôle de droit civil, de droit commun, de *lex fori*. L'évolution actuelle prouve qu'il n'y a pas de fatalité de la personnalité des lois en Islam. Certes celle-ci, qui remonte aux origines, a constitué un terrain éminemment favorable à l'implantation de systèmes de droit international (capitulations, protectorat...) tournés vers le respect intégral des lois étrangères et l'exclusion de toute référence au statut musulman dans le règlement des conflits. Mais tout en demeurant largement personnaliste, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international, l'Islam ne répugne pas à appliquer sa loi en cas de besoin à des non musulmans, l'assimilant à une véritable loi civile qui voit ainsi s'ouvrir devant elle un champ élargi : de droit communautaire traditionnellement cantonné à la gouverne des seuls musulmans, le droit musulman de statut personnel accède aujourd'hui à la qualité de droit commun du *for* assorti de tous les attributs d'un droit à vocation générale.

10. Désormais reconnue en tant que telle la *lex fori* marocaine est appelée à remplir les diverses fonctions qui lui sont habituellement dévolues dans le système conflictualiste. Elle fournit la base de l'ordre public et des lois d'application immédiate, les qualifications, et possède une plénitude de compétence, une vocation subsidiaire, en cas de besoin. Il est inutile de développer ces divers aspects, d'autant que jurisprudence et doctrine sont trop peu fournies pour constituer une base suffisante de discussion. Toutes ces théories restent à élaborer et elles ne le seront que par l'accumulation des décisions judiciaires et la réflexion doctrinale.

Les applications de l'ordre public sont encore occasionnelles (28) mais il ne fait aucun doute que les valeurs islamiques en constituent un élément essentiel et qu'il n'y a aucun obstacle, contrairement à ce qui a été parfois soutenu, à imposer à des étrangers non musulmans le respect de telle ou telle règle du statut musulman, telle que l'interdiction d'établir la paternité naturelle ou la nullité du legs fait à une femme illégitime. Ce faisant, on n'imposerait nullement à des étrangers une règle « religieuse » qui leur serait inadaptée, eu égard à leur extériorité par rapport à l'Islam (religion), mais le respect d'une certaine morale sociale et des valeurs de la société islamique. Raisonner autrement reviendrait à s'interdire d'opposer l'exception d'ordre public dans les solutions de conflits de lois en matière de statut personnel. Or la loi étrangère qui heurterait de front la morale

(28) Sur des espèces récentes, V. Cour Suprême, ch. adm., numéro 23, 4 février 1977 M. c.B., inédit ; Cour Suprême, 1^e ch. -civ., numéro 512, 14 septembre 1977 inédit, rendus en matière de legs fait à une concubine.

islamique pourrait sans conteste être tenue pour contraire à l'ordre public (29).

Quant à la qualification s'il est désormais admis qu'elle s'opère *lege fori*, elle n'a guère donné lieu jusqu'à ce jour à des solutions bien concrètes. La doctrine affirme son adhésion à la méthode classique de la qualification par la loi du for (30), les projets de codification y font référence, mais la jurisprudence n'a jamais eu l'occasion de consacrer expressément ce point précis de théorie juridique. Il semble néanmoins possible d'inférer de plusieurs arrêts que la qualification n'est plus, comme naguère, demandée à la loi étrangère, ce qui est bien le signe qu'elle est recherchée dans la loi du for (31). La théorie des qualifications n'en est pas pour autant achevée, car il reste à définir les qualifications propres à chaque institution. Quelles sont les qualifications marocaines dans la difficile démarcation du fond et de la forme en matière de célébration du mariage, du fond et de la procédure en matière de divorce, de protection des incapables ? Autant de questions qui restent actuellement dans l'incertitude et qui ne seront clarifiées que par la formation progressive d'une jurisprudence, d'une doctrine, d'une théorie proprement marocaine sur ces problèmes (32). On peut en dire autant de la notion de la loi d'application immédiate dont il est actuellement impossible de relever des applications établies avec certitude.

11. Le retour à la territorialité, ce n'est pas seulement la consécration de la *lex fori*, mais aussi l'abandon de tous les particularismes qui, sous le protectorat, avaient pu conduire à faire céder l'appareil juridique du for devant le tabou du respect intégral de la loi étrangère.

En matière de procédure, on notera la disparition, dans le nouveau code de procédure civile édicté en 1974, des dispositions insolites de

(29) V. Jean DEPREZ, La réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure et le droit international privé, R.J.P.E.M. 1977. Numéro 3 p. 45 et 1978. Numéro 4 p. 49 ; Chronique bibliographique, R.J.P.E.M. 1977. Numéro 2 p. 249, Jurisclasseur de droit Comparé, Ve MAROC, IV. 1e cahier, numéro 20.

(30) BAHNINI, Discours précité, Journal du droit international (clunet) 1971. 190 ; P. DECROUX, Chronique de jurisprudence marocaine, journal du droit international (clunet) 1971 - 189.

(31) Cour d'appel de Rabat, 15 février 1963, Rec. Rabat, janvier - juin 1963 p. 120, Cour Suprême, 5 juillet 1967, Clunet 1971 - 184, note P. DECROUX.

(32) Sur tous ces points, V. notre article précité, R.J.P.E.M. 1978. Numéro 4 p. 49 spécialement p. 54 s.

l'article 394 de l'ancien code (33). Désormais les règles marocaines de procédure, celles concernant par exemple le divorce, la protection des incapables, etc... sont applicables sans restrictions aux procès entre étrangers, même si elles se révèlent incompatibles avec telle ou telle règle de leur statut personnel. On peut estimer que la territorialité de la procédure du for - solution au demeurant universelle - a désormais pleinement droit de cité en droit international privé marocain.

En matière de compétence, autre terrain où s'affirme habituellement «l'impérieuse territorialité du Droit», les errements particuliers suivis sous le protectorat ont été également abandonnés. L'effacement des tribunaux marocains devant la compétence des juridictions ecclésiastiques posée par la loi étrangère - notamment en matière de séparation de corps religieuse des espagnols catholiques - n'est plus acceptée. La Cour Suprême en a décidé ainsi dans un très important arrêt du 5 juillet 1967 (34) en posant que les tribunaux marocains ont le monopole de la juridiction au Maroc et que nulle autre instance n'est compétente pour rendre un jugement susceptible d'y produire des effets de droit. A tort ou à raison la compétence juridictionnelle est considérée comme touchant au domaine de l'Etat et de la souveraineté. Les tribunaux français du protectorat avaient fait prévaloir le respect intégral des exigences de la loi étrangère sur la compétence des juridictions du for, marquant ainsi qu'ils étaient plus soucieux de sauvegarder les statuts étrangers que d'assurer la primauté de l'ordre juridique marocain (35). Les juges du Maroc indépendant ne pouvaient que poser le principe inverse. La personnalité intégrale des lois n'est plus dans l'ordre des choses et la tradition personnaliste qui continue à être vivace ne justifie plus une dérogation aussi grave au monopole, partout affirmé, de la juridiction territoriale.

B- 12. En consacrant le droit musulman marocain dans la qualité de *lex fori* le nouveau droit international privé fait plus que se doter

(33) Edictant des procédures concernant l'état des personnes, l'ancien code précisait que ces règles étaient applicables à toutes personnes de nationalité étrangère, mais seulement «en tant qu'elles sont conciliables avec leur statut personnel».

(34) Cour Suprême, chambre civile, 5 juillet 1967, *clunet* 1971 - 184, note Paul DECROUX.

(35) L'exclusion de la règle marocaine de procédure était d'autant plus insolite qu'il ne s'agissait nullement de procédures de droit musulman inapplicables devant les tribunaux modernes, mais de règle figurant au code moderne de procédure civile donc dans une législation spécifiquement édictée à l'usage des étrangers. Quoi que destinées à régir les procès entre étrangers, ces règles devaient donc céder le pas devant les exigences contraires du statut personnel étranger.

d'un attribut nécessaire au fonctionnement du système de conflit, il introduit la donnée islamique au premier rang des parties prenantes dans l'élaboration des solutions. Nul doute qu'avec une *lex fori* directement puisée dans la tradition le système marocain soit désormais particulièrement porté à assurer la sauvegarde de l'Islam dans les solutions du droit. C'est là la deuxième tendance majeure de l'actuelle évolution. Le champ désormais ouvert au droit musulman dans les solutions de conflits de lois va très au delà des quelques interventions ponctuelles et somme toute occasionnelles auxquelles se ramène le jeu de la *lex fori* (36). La nécessaire sauvegarde de l'Islam dans les conflits de lois conduit à d'autres solutions où s'affirme la compétence prioritaire du droit musulman, y compris pour gouverner le fond, avec une telle force que le droit musulman est promu au rang de seule loi applicable, ôtant alors à la loi étrangère toute chance d'exercer sa compétence. Ainsi de la condition faite au Maroc aux étrangers musulmans, ainsi du règlement des situations familiales mixtes à partenaire marocain.

En Islam, l'élaboration du droit international privé ne peut manquer d'être influencée par les valeurs de civilisation de cette société. La remarque est d'ailleurs banale, tout système de conflits de lois étant nécessairement tributaire des données sociologiques, politiques, religieuses ou autres, de l'ordre juridique auquel il se rattache. Mais en Islam cette obédience revêt une signification toute particulière : le lien du droit et de la religion, le sentiment d'appartenance à une Umma transcendant les nations, le souci de préserver la société islamique de la corrosion de l'extérieur, font que, plus qu'ailleurs peut-être, le droit international privé se veut intransigeant sur le maintien intégral du statut musulman dès qu'un musulman est en cause, nonobstant toute autre considération tirée des idéaux de l'internationalisme, et notamment la coordination avec l'étranger. Il y a là une exigence fondamentale, tenant à l'essence même de l'Islam, du moins telle qu'elle est comprise au Maroc mais aussi dans bien d'autres pays musulmans. L'Islam, mis en cause ici à travers le statut d'un de ses adeptes à l'occasion des relations internationales, ne saurait être perdant dans les solutions de conflits de lois. La permanence du statut musulman l'emporte sur toute autre considération.

(36) Dans un système où la règle de rattachement donne en principe compétence à la loi personnelle étrangère en matière familiale, la *lex fori* a tout au plus pour rôle de fournir (souvent implicitement) les qualifications ou des prétextes au jeu de l'ordre public ou à l'intervention de lois d'application immédiate ; rôles importants certes, mais qui ne conduisent jamais la *lex fori* à gouverner en tant que telle la totalité du statut (sauf toutefois en cas de renvoi, si celui-ci est admis).

13. C'est un dahir du 24 avril 1959 qui, en précisant la compétence de la juridiction du Cadi, y a rattaché la connaissance des affaires de statut personnel et successoral concernant les étrangers musulmans établis dans le Royaume. Bien que ce texte ne soit plus d'actualité, correspondant à une organisation judiciaire qui a été depuis lors par deux fois réformée (37), la solution qu'il posait quant aux étrangers musulmans s'est maintenue en jurisprudence et la Cour Suprême continue même de s'y référer dans ses motivations. C'est que, par delà le texte aujourd'hui périmé, s'est constituée une véritable règle de conflits soumettant au Maroc tout musulman à la Moudawana, quelle que soit sa loi nationale en principe seule compétente, d'après le D.C.C. de 1913 pour gouverner son statut.

C'est là une dérogation importante à la règle de conflit traditionnelle en droit international privé marocain selon laquelle l'étranger est régi quant à son statut personnel par sa loi d'origine. Ce principe, qui demeure, vaut pour tous les étrangers, sauf lorsqu'ils sont musulmans ; alors le rattachement par la nationalité s'efface devant le rattachement par la religion. Si la nouvelle règle est de conséquences limitées lorsqu'il s'agit d'étrangers musulmans déjà soumis dans leur pays d'origine à un statut musulman (38) en revanche appliquée à des étrangers de statut civil tels que des français, des allemands, des turcs, etc... qui se trouveraient être de religion musulmane, elle conduit à un véritable bouleversement de leur statut. Mais cet inconvénient est apparemment de peu de poids face à la nécessité, estimée absolue, de regrouper tout musulman sous la houlette de la Sharî'a. La Cour Suprême l'a encore récemment rappelé à propos du cas d'un français converti à l'Islam, affirmant que la conversion à l'Islam entraîne obligatoirement l'application des règles du Chrâa (39).

Il y a donc, s'agissant des étrangers musulmans une véritable règle de rattachement par la religion qui vient doubler le rattachement par la nationalité prévu au D.C.C. de 1913 et se substituer à lui pour la circonstance. Bien que le texte de 1959 qui lui a servi de base ne soit plus d'actualité il serait hasardeux de prétendre que la solution qui s'était édifiée sur lui n'est plus fondée. D'abord parce qu'on peut estimer qu'à l'occasion des réformes judiciaires successivement intervenues en 1965 puis en 1974, le tribunal du Sadad puis le tribunal de première instance ont hérité des compétences anciennement attribuées au Cadi, dont celle concernant les étrangers musulmans.

(37) En 1965, puis en 1974.

(38) Même dans ce cas le statut de l'intéressé peut subir d'importants changements, puisqu'il sera soumis au droit musulman de rite malékite et non au rite d'origine de la personne.

(39) Cour Suprême, 5 juillet 1974, journal du droit international (clunet) 1976 - 681, note Paul DECROUX.

Ensuite parce qu'il nous paraît que le rattachement par la religion même s'il ne trouve pas support légal dans l'actuelle loi moderne, exprime une solution qui fût traditionnelle en Islam au moins tant que religion et nationalité demeurèrent largement confondues : au temps des capitulations, la conversion d'un chrétien à l'Islam le faisait échapper à la compétence du consul et l'on s'accorde à considérer qu'il en résultait un véritable changement de nationalité et de statut, le renégat «se perdait dans la masse musulmane» (40). Si aujourd'hui la conversion à l'Islam n'a plus d'incidence sur la nationalité de l'étranger, il reste qu'elle entraîne l'assimilation au marocain sur le plan du statut personnel, et il en va de même, de manière plus générale, pour tout étranger musulman, qu'il le soit d'origine ou par conversion.

La vieille idée de la cohésion de l'Umma universelle conduit à penser qu'un musulman, fût-il «étranger» au sens de la nationalité et du droit international, n'est jamais un véritable étranger en pays d'Islam et qu'il est d'abord considéré en sa qualité de musulman, en vertu d'une allégeance religieuse et permanente à l'Islam qui l'emporte sur l'allégeance politique (nationalité) envers un Etat étranger. Cette vision héritée d'un autre âge n'est pas étrangère à la persistance dans les temps actuels d'une solution que les textes modernes ne posent plus expressément mais qui est bien dans la ligne instinctive d'un Islam enclin à regrouper autour de sa Loi tous les adeptes de sa foi, indépendamment des différences d'ethnies, de races et de nationalités. Elle correspond à une vision du monde et des hommes qui n'est jamais tout à fait absente de la perception que l'Islam a de lui-même. Quoique morcellé en peuples et en Etats différents et parfois hostiles, l'Islam reste le siège d'une solidarité culturelle et aussi politique aux multiples manifestations. Celle ici examinée est significative de la survivance, sur le plan des solutions juridiques concrètes, d'une certaine conception de l'Umma universaliste en un temps où la tendance est plutôt à accentuer les clivages étatiques au sein de l'Islam (41). Elle témoigne aussi de la force de la tradi-

(40) G. PELISSIE DU RAUZAS. Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman, 2e éd., t. I, p. 188 s., Paris 1910. Sur les renégats européens au Maroc, V. Jean-Louis MIEGE, Le Maroc et l'Europe, 1830 - 1894, t. III, p. 120, Paris 1961, P.U.F. Le traité anglo-Marocain du 9 décembre 1856 prévoyait dans son article 16 que les sujets anglais ayant embrassé l'Islam demeureraient néanmoins sous la juridiction de leur consul.

(41) L'Islam est divisé en Etats. Chaque musulman a une nationalité propre et n'échappe pas à sa qualité d'étranger sur le territoire des Etats dont il n'est pas ressortissant. S'appliquent à lui, comme en tous pays, les discriminations entre nationaux et étrangers quant à la jouissance des droits, l'exercice des professions, les activités économiques, etc....

tion comme principe d'élaboration actuelle du droit. En l'absence d'un texte moderne autorisant la solution, la tradition suggère et dicte la solution, le juge raisonne en juge musulman porte-parole de la tradition (42).

14. C'est sans aucun doute la nécessité de sauvegarder le champ d'application de la chari'a qui inspire actuellement le règlement des situations familiales mixtes à partenaire marocain. Alors que le penchant des tribunaux du protectorat, compétents du seul fait de la présence d'un conjoint étranger, avait été de préserver le «statut européen», voire de lui assurer la priorité au nom de la prétendue supériorité de civilisation, c'est la tendance inverse qui aujourd'hui l'emporte. Il a été jugé à propos du divorce - mais la solution vaut, semble-t-il, pour toute situation familiale mixte, mariage, rapports entre parents et enfants, successions - que c'est le statut du partenaire marocain en l'occurrence musulman, qui doit l'emporter et régir l'ensemble du statut matrimonial et de sa dissolution. Dans l'exemple classique et fréquent du marocain épousant une femme étrangère, c'est donc le statut du mari marocain qui en toute hypothèse assurera le règlement (43). La solution tourne donc à l'avantage de l'Islam et a été certainement conçue dans ce but, même si la lecture de l'arrêt du 7 février 1972 (44) permet de penser que c'est le statut national marocain (musulman ou hébraïque) qu'on entend protéger et non pas le statut musulman en tant que tel. On peut donc hésiter sur la nature exacte de la solution marocaine : privilège de nationalité visant à sauvegarder le statut marocain en toute hypothèse, ou privilège de religion visant à la sauvegarde de l'Islam ? Mais il va de soi que, même dans la première interprétation, si privilège de nationalité il y a, son utilité principale est de protéger le statut musulman, la plupart des cas concrets susceptibles de se poser concernant des musulmans.

On sait que ce problème du couple mixte a été résolu d'identique façon en Algérie où les règles du code civil donnent la priorité au statut algérien dès qu'un conjoint algérien est en cause (45) et qu'il a soulevé une controverse en Tunisie où la jurisprudence a été tentée d'instaurer un privilège de nationalité au profit du statut conjoint

(42) Jean DEPREZ, Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb, in *l'Islam au Maghreb*, Publication du C.R.E.S.M., 1981, C.N.R.S.

(43) Cour d'appel de Rabat, 23 décembre 1969, *clunet* 1971 - 159, note Paul DECROUX.

(44) Cour Suprême, 7 février 1972, numéro 57, *Arrêts de la Cour Suprême*, Volume XXIV, novembre 1972, p. 46 (en arabe), *clunet* 1978 - 674, note Paul DECROUX.

(45) Art. 13 code civil algérien. V. sur ce point les auteurs précités supra note 6.

tunisien lorsque le jeu normal de la règle de conflit aboutit à la désignation d'une loi étrangère (46). Ces tendances sont significatives. Elles témoignent certes d'un certain nationalisme mais aussi, vraisemblablement, de l'idée qu'en Islam on accepte mal qu'un musulman puisse se voir appliquer une loi étrangère au prétexte de son mariage avec une partie étrangère, ce serait là un résultat insolite et on comprend qu'il ait été écarté par la loi algérienne et que la jurisprudence tunisienne ait tenté d'y faire obstacle.

Au Maroc, où n'existe aucune solution de conflit propre aux ménages mixtes dans le D.C.C., les juges avaient toute liberté de fixer leur jurisprudence. On ne s'étonnera pas qu'ils l'aient fait dans le sens favorable au statut musulman. Certes la solution retenue manque d'objectivité et est marquée au coin du nationalisme (47), mais la tradition en Islam n'a-t-elle pas toujours été de soumettre au Cadi et au droit musulman les unions mixtes et d'une manière générale toute relation entre musulmans et non musulmans ? La solution actuelle est donc dans la ligne de la tradition et, eu égard aux diverses solutions théoriquement concevables, loi du mari, loi de la femme, loi du domicile ou de la résidence, loi du lieu de célébration du mariage, elle n'est pas moins légitime que toute autre. Mais il apparaît aussi que lorsque l'Islam est en cause une recherche désintéressée de la loi applicable est difficilement concevable : sociologiquement, politiquement, l'idée qu'un musulman marié à une épouse étrangère ou en relation avec un non musulman puisse être soumis en pays d'Islam à une autre loi que son statut musulman est actuellement inacceptable. Une ouverture réelle sur le statut étranger supposerait non seulement la laïcisation du droit, mais aussi une évolution considérable des esprits et des mentalités, car l'explication est ici autant culturelle que proprement religieuse. Pour toutes sortes de raisons bien connues, l'Islam entend demeurer intransigeant sur son authenticité et la défense de sa loi dans les solutions de la vie internationale est un moyen parmi d'autres d'assurer cette préservation.

15. Ce bref recensement des principaux changements survenus dans le système marocain depuis l'indépendance ne doit pas faire oublier d'autres innovations. C'est ainsi que dans le nouveau code de procédure civile, la théorie de l'exequatur a été précisée (art. 430 à 432 C.p.c.), la dualité des régimes jusqu'alors applicables a disparu et

(46) Sur ce privilège de nationalité en Tunisie, V. Mohamed CHARFI, Abolir les privilèges, *Revue tunisienne de droit* 1972 - 11 ; chronique de jurisprudence tunisienne, *journal de droit international (clunet)* 1979 numéro 3 p. 649 - 653.

(47) Soit qu'on ait entendu protéger le statut national, soit qu'on ait entendu sauvegarder l'Islam, lequel est la base même de l'identité nationale.

le pouvoir de révision qui existait, au moins en théorie, a été abandonné.

Ce même code paraît également avoir apporté un certain changement dans la condition de la loi étrangère devant le juge marocain. Depuis la création de la Cour Suprême en 1957 il était expressément prévu par les textes que l'application de la loi étrangère par le juge du fond pouvait faire l'objet d'un contrôle de la Cour Suprême, mais uniquement en matière de statut personnel. C'était là souligner la spécificité des questions de statut personnel et la nécessité de vérifier la correcte application du droit étranger en un domaine où l'Islam a toujours été respectueux des statuts étrangers. On avait même vu dans ce texte la dernière pierre apportée à l'édifice de la personnalité des lois au Maroc (48). Mais dans les articles du code de procédure sur les pourvois devant la cour suprême toute allusion à la violation de la loi étrangère a disparu ; il n'est plus question que du pourvoi pour violation de la loi interne. La comparaison de l'ancien et du nouveau texte (49) pourrait laisser croire que le législateur entend désormais exclure tout contrôle, même en matière de statut personnel (50). A la lecture de la jurisprudence postérieure à la promulgation du code il apparaît qu'il n'en est rien et que la Cour Suprême continue à contrôler l'application de la loi étrangère sans qu'on sache d'ailleurs si elle entend limiter ce contrôle à la matière du statut personnel ou l'étendre à toutes catégories (51). Cette attitude est à rapprocher d'autres solutions bien établies en droit international privé marocain, telles que le caractère obligatoire de la règle de conflit. Les juges ont pu estimer que le respect de la règle de conflit implique une interprétation correcte de la loi étrangère, encore que les deux questions ne soient pas absolument liées et que des arguments propres

(48) Michel BOURELY, op. cit., Rev. Crit. D.I.P. 1962 p. 465 ; Paul DECROUX, Droit international privé, 1963, numéro 194 ; MORERE, La condition civile des étrangers dans le nouveau droit international privé marocain, Rev. Marocaine de droit, 1957 p. 433.

(49) Le dahir du 27 septembre 1957 portant création de la Cour Suprême visait le pourvoi pour violation de la loi interne et de la loi étrangère de statut personnel» (art.13). L'article 359 du Code de procédure civile ne vise plus que la « violation de la loi interne ».

(50) En ce sens, notre article précité, R.J.P.E.M. 1978. numéro 4, p. 83.

(51) Cour Suprême, chambre civile, 13 avril 1977, affaire C.c/ C. R.J.P.E.M. numéro 5, 1er semestre 1979, p. 169 (en arabe). Sur cette jurisprudence, V. M. LOUKILI, : « Le contrôle de l'application de la loi étrangère à travers deux décisions de la Cour Suprême » R.J.P.E.M. numéro 5, 1er sem. 1979, p. 83 (en arabe).

puissent justifier l'absence de contrôle sans que soit pour autant proclamé le caractère facultatif de la règle de conflit (52).

III. L'AVENIR

16. Sans vouloir préjuger de l'avenir, on peut penser qu'avec les développements survenus depuis l'indépendance le ton est donné : décolonisation, normalisation du système. Avec quelques interventions législatives et l'apparition d'une jurisprudence plus attentive aux données proprement marocaines s'est opéré un réel renversement de tendances, en dépit d'autres facteurs de continuité tels que le maintien du D.C.C. et le poids toujours réel de l'idée personnaliste. Bien que, on l'a vu, l'essentiel en droit international privé ne dépende pas des codes mais de la doctrine et de la jurisprudence, une rénovation du code de 1913 serait certes la bienvenue. Trop de questions restent actuellement sans réponse, notamment le problème toujours épineux des relations familiales, entre autres mariage et divorce, entre personnes de nationalités différentes, sur lequel les solutions héritées du protectorat sont loin d'être satisfaisantes (53). De même la règle de conflit applicable aux contrats, et notamment celle relative aux indices examinés par le juge dans sa recherche de la loi du contrat, mériterait d'être revue. Mais il ne faut pas attendre d'une nouvelle codification la réponse à tous les problèmes, et l'on doit tout autant espérer l'apparition d'une doctrine et d'une jurisprudence conscientes d'avoir à entreprendre l'élaboration théorique du nouveau droit international privé.

A cet égard la tâche est immense et ce droit reste à construire : il faut préciser les applications de l'ordre public, fixer les qualifications, dire quelles lois seront considérées comme d'application immédiate, prendre parti sur la question du renvoi (54). Dans cette élaboration qui est une création permanente, on peut gager que, sauf retourne-

(52) V. Nadja LAHLOU, La condition de la loi étrangère devant les juridictions française et marocaine, thèse de doctorat d'État, université de Paris . II. septembre 1981.

(53) Elles consistent à tenter de faire à chaque loi sa part en appliquant autant que possible les deux statuts. C'est souvent une gageure. La solution est plus simple lorsqu'un des partenaires est marocain, la loi marocaine prévalant.

(54) Sur ce dernier point, et contrairement à ce qui a été affirmé par le Président de la Cour Suprême en 1967, l'introduction du renvoi ne s'impose nullement comme une nécessité car, à la différence de l'ordre public ou de la qualification, le renvoi n'est pas un mécanisme nécessaire du système de conflit de lois ; bien des systèmes l'ignorent et le fait qu'il ait été exclu sous le protectorat ne constitue pas une raison suffisante de l'admettre aujourd'hui. Son éventuelle introduction est affaire d'appréciation sur l'opportunité d'un tel mécanisme en l'état actuel des données du système marocain et ne saurait être imposée a priori au nom d'une décolonisation mal comprise.

ment de situation, les tendances actuellement perceptibles seront maintenues : le retour à une certaine territorialité nous paraît un fait irréversible. De même la sauvegarde de l'islam dans les solutions du droit demeurera une exigence permanente, parce qu'elle est une donnée fondamentale de la société et de l'ordre juridique du for et que le droit international privé est étroitement tributaire des données sociologiques et politiques et des valeurs de civilisation du pays.

Cette intransigeance dans la défense de l'islam, ne va pas sans contredire les idéaux de la coordination internationale, qu'il ne faut jamais oublier dans la réflexion sur le système de droit international privé. Les solutions actuellement suivies quant aux étrangers musulmans et aux unions mixtes à partenaire musulman sont inspirées d'un évident nationalisme dans la mesure où l'islam n'est autre que le fondement même de l'ordre juridique marocain et l'essence de l'identité nationale. Cette tendance est certes explicable, eu égard aux données de l'actuelle société marocaine, de ses mentalités, de son système politique et de l'époque de décolonisation présentement vécue. Mais l'esprit de décolonisation justifie-t-il que l'on cède aux démons du nationalisme, une fois passés les premiers engouements de la liberté retrouvée ? N'assiste-t-on pas à une de ces «maladies infantiles de l'indépendance» qui consiste à trop s'affirmer et à prendre systématiquement le contre-pied de l'héritage parce qu'on a été trop longtemps dominé et écarté ? (55). Le temps n'est-il pas venu de renoncer à ce repli sur soi et à ce «protectionnisme» que constitue toute solution inspirée par le seul désir de faire prévaloir le statut national ? Le système islamique aurait-il une incapacité congénitale à pratiquer l'ouverture sur la loi étrangère lorsqu'un musulman est en cause ? Là est actuellement l'enjeu du débat.

On notera, pour être juste, que l'intransigeance n'est pas le propre de l'islam, que le nationalisme, la territorialité exacerbée ou la primauté systématique donnée au for restent la tentation permanente de tout système de conflits de lois et inspirent partout dans le monde bien des solutions. La dimension religieuse constitue simplement une raison supplémentaire de refuser la concession et le dialogue (56). El-

(55) Cette tendance apparaît très nettement dans le discours précité du Président BAHNINI.

(56) Les systèmes laïcs eux mêmes sont sur certains points, notamment quant à la laïcité et la liberté du mariage, tout aussi intransigeants. On n'oubliera pas, d'autre part, que bien des systèmes soumettent purement et simplement le statut personnel de l'étranger à la loi du domicile, qui coïncide souvent avec la loi du for et que cette solution, bien que reposant sur le critère objectif du domicile, n'en est pas moins négatrice du statut d'origine. La solution marocaine, fondée sur le critère personnel de religion, et limitée au demeurant aux seuls musulmans, n'est pas plus critiquable. En fait, c'est le fait de procéder à un rattachement par la religion qui paraît anachronique.

le introduit dans les solutions du droit international privé une rigidité, un refus de la concession, qui s'apparente au dogme. A quoi s'ajoute actuellement une sensibilité particulière due au phénomène de décolonisation, qui incite à l'affirmation de soi, due aussi à l'évolution actuelle de l'Islam, qui pousse à un retour aux sources et à l'entretien jaloux de l'authenticité culturelle. Dans la mesure où les conflits de lois en matière de statut personnel sont aussi conflits de civilisation, on ne saurait s'étonner que le système juridique veuille étroitement au respect des valeurs de civilisation de l'Islam. Autant que la religion, c'est le souci de préserver l'identité culturelle et la conscience d'appartenir à une civilisation digne d'être protégée qui joue ici le rôle moteur. En définitive, c'est le sentiment très largement répandu dans l'âme populaire que l'étranger est «différent» et que le musulman l'est tout autant, qui explique qu'aujourd'hui encore on ne conçoit pas de soumettre, fût-ce partiellement ou occasionnellement, un musulman à une autre Loi que celle de l'Islam. Le fondement des solutions doit être recherché dans le tréfonds des mentalités et des représentations collectives (comment est perçu l'étranger par rapport au musulman, et inversement). Où il apparaît que la psychologie des peuples est de nature à faciliter l'application du droit. La société marocaine ne nous paraît pas prête à accepter qu'un musulman perde tout ou partie de son statut sous prétexte qu'il a épousé une étrangère d'autre statut, que les rapports familiaux ou successoraux soient éventuellement régis par une loi étrangère. Pour qu'une telle ouverture sur la loi étrangère fût acceptable, il faudrait que la société islamique ait subi une évolution analogue à celle qui en Europe a pu transformer des nations chrétiennes, dont le droit était marqué par la religion, en entités politiques laïques où la religion n'a plus d'incidence sur le droit et où l'identité culturelle, néanmoins réelle (Français, Allemands Italiens, etc..) ne signifie pas affirmation aigüe d'une spécificité ayant jusqu'au refus de toute concession aux lois étrangères en matière de statut personnel.

C'est dire que si le Maroc s'est aujourd'hui considérablement rapproché du modèle de droit international privé communément suivi dans le monde, c'est sous la réserve qu'il ne lui en coûte aucun sacrifice quant à l'empire du statut islamique dans les solutions de conflit, normalisation certes, par l'abandon des particularismes hérités du protectorat, mais à condition que l'Islam n'y perde pas ses droits. Peut-être est-ce une gageure que de prétendre s'aligner sur le droit commun des systèmes de droit international privé sans apporter la moindre retouche à la conception pluraliste et confessionnelle des statuts dans l'ordre interne et, plus généralement, à la conception islamique du droit et de la société. Là où n'est pas inter-

venue la laïcisation de la société, du droit et des esprits, ils n'est pas sûr qu'on puisse pratiquer un droit international privé en tous points identique à celui des sociétés laïques d'Europe. Certes le système marocain s'est considérablement rapproché de ce modèle avec la disparition progressive des particularismes hérités du protectorat et des siècles d'histoire qui l'ont précédé. L'objectif est aujourd'hui de pratiquer le modèle commun, de faire jouer au droit musulman du for le rôle d'un droit civil, ce qui est, en un sens, un sérieux démenti aux doctrines qui, de tous temps, ont présenté l'Islam comme condamné à organiser un droit international privé spécifique, particulier. Mais en même temps, le système «normalisé» porte constamment la marque de la pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique. Dans un Islam qui n'entend pas se renier, la spécificité du système de droit international privé survit d'autre manière, notamment toutes les fois que l'Islam est directement concerné. Les données propres à l'Islam ne constituent plus comme jadis une raison - et un prétexte, tout à la fois - de pratiquer un système de conflit amputé des attributs normaux de la territorialité. Mais elles sont toujours présentes pour imprimer au système de droit international privé quelques marques spécifiques. Le contraire eût été étonnant.



LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MAROCAIN SON ÉVOLUTION DE 1956 A 1981

Paul DECROUX*

INTRODUCTION

Alors que, dans certains pays, sous les termes : droit international privé, il n'est fait presque état que des règles relatives aux conflits des lois, ailleurs, le plus souvent, sous ces mêmes termes, sont rangées quatre matières assez différentes les unes des autres, habituellement dans l'ordre suivant : la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois, l'exequatur, réunion que seule peut expliquer, sinon justifier, une ancienne pratique scolaire de les comprendre dans un même enseignement, assemblage qui a résisté au démantèlement que d'autres disciplines juridiques ont subi de nos jours.

C'est cette situation que l'on trouve au Maroc ; c'est l'enseignement de ces quatre matières, sous l'appellation cours de droit international privé, que l'on trouve aux Facultés de droit, ainsi qu'à l'École Nationale d'Administration Publique.

C'est d'ailleurs, après l'ouverture de la Faculté de Droit de Rabat, en 1956, dont on fête cette année le vingt-cinquième anniversaire, que le droit international privé marocain a été véritablement enseigné au Maroc pour l'obtention de la licence en droit, alors qu'antérieurement, mis à part un cours très succinct de cette discipline pour le brevet d'études juridiques et administratives marocaines délivré par l'ex-Institut des Hautes Études Marocaines, était enseigné le droit international privé français au Centre d'Études juridiques de Rabat, qui préparait à la licence en droit français, Centre placé sous la tutelle de trois facultés : celles d'Alger, de Bordeaux et de Toulouse et dont le diplôme de licence, après examens réussis au Maroc, était délivré par l'une de ces trois Facultés, celle à laquelle chaque étudiant avait choisi de s'inscrire par l'intermédiaire du Centre de Rabat.

Il faut toutefois relever que si le droit international privé marocain n'avait pas fait l'objet d'un véritable enseignement avant l'ouverture de la Faculté de Droit de Rabat, il était déjà appliqué, assez

*Ancien professeur à la Faculté de Droit de Rabat.

largement et valablement, par les tribunaux : il suffit à cet égard de relire le discours du Président LERIS, à la séance de rentrée de la Cour d'Appel de Rabat, le 3 octobre 1932.

Parmi les codes organiques publiés à Rabat en 1913 figure en effet le D.C.C. (dahir sur la condition civile), toujours en vigueur, copié à Tétouan et à Tanger, et devenu aujourd'hui l'unique code en la matière et qui, malgré son titre à portée limitée, est un code de droit international privé, contenant quatre articles sur la condition des étrangers, deux sur l'exequatur et les autres relatifs aux conflits de lois ; les tribunaux étaient tenus d'appliquer ces seules règles dans les litiges à eux soumis, ainsi que la Cour de Cassation française, statuant à la suite de pourvois, sur des décisions émanant du Maroc.

Il a pu arriver parfois que les tribunaux du Maroc aient oublié d'appliquer les principes du droit marocain en matière des conflits de lois, comme dans l'affaire RIVIERE (arrêt de la Cour d'Appel de Rabat du 30 Novembre 1948) et la jurisprudence issue de cette affaire, confirmée par la Cour de Cassation (arrêt du 17 avril 1953), est devenue une source du droit international privé français ; d'une illégalité marocaine est ainsi sortie une légalité française, original apport juridique du Maroc à la France en la matière.

Quelle a été l'évolution de ce droit international privé au cours des vingt-cinq dernières années, c'est-à-dire depuis l'indépendance retrouvée du Maroc, depuis la création de la Faculté de Droit de Rabat ? Tel est le sujet de cette étude, qui passera en revue successivement, d'une manière toutefois assez succincte, les quatre données classiques de ce droit, en tenant compte, et des réformes apportées par le législateur, et de la jurisprudence, notamment celle de la Cour Suprême, et également de certaines opinions doctrinales.

I – LA NATIONALITE

Si la nationalité marocaine est fort ancienne, aussi ancienne que le Maroc, reconnu comme puissance étatique depuis des siècles, situation exceptionnelle, sans doute unique, dans le continent africain, il n'en demeurerait pas moins que cette nationalité n'avait jamais fait l'objet d'une réglementation d'ensemble. Il a été mis fin à cette situation par le code de la nationalité du 6 septembre 1958, texte législatif ordonné et précis et sans lacune grave. Il n'a fait l'objet jusqu'à ce jour que d'un léger additif par le dahir du 10 Août 1960.

Il ne sera fait ici que quelques remarques faisant ressortir l'originalité de ce code.

La nationalité marocaine est désormais le lien juridique qui unit

le national à l'Etat, alors qu'auparavant, elle était plutôt un lien d'ordre subjectif qui unissait le sujet à son souverain, caractère qui ressortait d'ailleurs de l'article 15 de la Convention de Madrid du 3 juillet 1880, lien d'allégeance perpétuelle qui ne pouvait être rompu que par un dahir du souverain lui-même. Ce principe n'a d'ailleurs pas été complètement abandonné par le code, puisque la perte de la nationalité n'est jamais acquise de plein droit, elle nécessite, presque dans tous les cas, une autorisation émanant désormais du premier ministre.

Sur d'autres points, le code n'a également pas rompu avec la situation antérieure. La nationalité marocaine reste toujours essentiellement une nationalité primaire, d'origine, par filiation, bien que le code ait permis une acquisition postérieure à la naissance, ouverte aux étrangers, nationalité secondaire, cette acquisition ayant été réglementée d'une manière restrictive, elle n'est jamais acquise de plein droit, elle doit être sollicitée et elle peut faire l'objet d'une opposition ministérielle. Le Maroc, avec une forte croissance démographique, n'a pas intérêt à intégrer des allogènes, bien qu'ayant vu depuis 1956 diminuer considérablement sa forte minorité juive. Le Maroc, toujours terre fortunée, est devenue ainsi une nation très homogène, c'est sans doute pourquoi, bien que le code ne fasse que très rarement allusion ou référence aux notions de langue arabe ou de confession musulmane, que, désormais, les étrangers, en très petit nombre, qui deviennent marocains par l'une des voies d'acquisition prévues par le code, sont exclusivement des ressortissants de pays musulmans ou des convertis à l'Islam, avec, pour ces derniers, la marocanisation, l'islamisation de leurs noms et prénoms.

Autre originalité de ce code, la présence de diverses dispositions qui n'ont pas un rapport direct avec la nationalité ; c'est ainsi notamment que l'article 3 est relatif au statut personnel, l'article 4 concerne la majorité, l'article 5 définit l'expression « au Maroc »,... etc.

Si le code est applicable *jure soli* au Maroc, l'expression « au Maroc » a une très large portée, puisqu'elle s'entend de « tout le territoire marocain, des eaux territoriales marocaines, des navires et aéronefs de nationalité marocaine ». Or l'étendue de la mer territoriale s'est considérablement accrue au cours des dernières décennies, un dahir du 2 mars 1973 a fixé à 12 milles marins les eaux territoriales marocaines, et récemment une décision (Dh du 8/4/1981 B.O. numéro 3575 du 6.5.1981 a créé une zone économique de 200 milles au large des côtes.

Le Maroc a donc vu depuis 1956 son territoire s'accroître et sur

le plan terrestre et sur le plan maritime, et du même coup, le nombre de ses nationaux augmenter, en dehors même du jeu direct des règles de son code de la nationalité.

Il convient enfin de souligner que le code de la nationalité, édicté en 1958, ne concerne que les personnes physiques, or la nationalité marocaine est reconnue à des personnes morales et même à certains biens, le code de la nationalité, dans son article 3, fait lui-même mention « des navires et aéronefs de nationalité marocaine ».

La jurisprudence a toujours reconnu la nationalité aux sociétés dont le siège social est fixé sans fraude au Maroc, en application d'un principe analogue à celui édicté par l'article 7 du D.C.C., tel du moins que cet article a été appliqué, pour la détermination de la nationalité des sociétés étrangères.

C'est ce principe qui a d'ailleurs été adopté, dans sa décision du 1er juillet 1973, par le tribunal arbitral, constitué en conformité des règles du C.E.R.D.I., dans l'affaire HOLIDAY INNS, et ce en conformité des conclusions du gouvernement marocain. Cette décision admet qu'une société, dont le siège social est au MAROC, est de nationalité marocaine, alors même qu'elle est sous un entier contrôle étranger. A cet égard, la définition donnée par l'article 2 du dahir du 2 mars 1973, relatif à l'exercice de certaines activités, ne peut être retenue ; il aurait été plus régulier d'énoncer que les sociétés marocaines, seules habilitées à exercer certaines activités, devraient remplir certaines conditions. Le problème spécial posé par ces conditions ne concernait pas une question de nationalité, mais une question de jouissance des droits.

Toute société, dont le siège social est fixé sans fraude au Maroc, a la nationalité marocaine et comme telle est soumise à toutes les obligations qui s'imposent à des sociétés marocaines, quelle que soit la répartition de son capital social, la composition de son conseil d'administration, et ce notamment pour le transfert de son siège social à l'étranger, pour le contrôle par l'Office des Changes en ce qui concerne la cession de ses parts sociales, la propriété de ses biens à l'étranger.

Pour les navires, déjà le code de commerce maritime du 31 mars 1919 leur reconnaissait la nationalité marocaine et le droit de battre pavillon marocain dès lors qu'ils remplissaient certaines conditions, conditions réaménagées de plein droit en 1956. Un dahir du 3 août 1957, toujours en vigueur, a édicté des conditions plus libérales pour reconnaître la nationalité marocaine aux navires dont le port d'attache est Tanger.

La nationalité marocaine n'a été reconnue aux aéronefs qu'après 1956, par les dahirs des 8 juin 1957 et 14 mars 1958, dès lors qu'en

conformité de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, ils sont immatriculés au Maroc, la marque de la nationalité marocaine sur les aéronefs est représentée par les lettres majuscules C.N.

Antérieurement à ces textes, les appareils basés dans l'ex zone française étaient tous immatriculés en France, avec le sigle F.

II – CONDITION CIVILE DES ÉTRANGERS

Si la matière de la nationalité marocaine des personnes physiques a fait l'objet, dès 1958, d'une nouvelle et complète réglementation, par contre les textes de base du D.C.C., relatifs notamment à la condition des étrangers, c'est-à-dire les articles 1, 2, 6 et 7 n'ont été expressément, encore à l'heure actuelle, ni abrogés, ni même modifiés, bien qu'à deux reprises au moins un projet d'un nouveau code en la matière ait été rédigé, mais en réalité, la portée de ces articles a été considérablement réduite, pour ne pas dire annihilée, et seul, aujourd'hui, l'article 7 consacré à la détermination de la nationalité des sociétés étrangères a encore valeur et peut être cité.

L'érosion de ces textes, ainsi que celles des dispositions intéressant la matière contenue dans les accords internationaux, résulte de la pleine souveraineté retrouvée du Maroc, aussi bien par suite de l'abrogation, ou plutôt de l'extinction du Traité de Fès du 30 mars 1912, que de la disparition, de droit ou de fait, de servitudes d'origine internationale, notamment dans les domaines : douanier, monétaire, bancaire, ... dont le Maroc a pu obtenir la suppression. Ainsi, dès 1957, il a recouvré une complète liberté tarifaire en matière douanière par la renonciation de la Grande Bretagne au Traité de commerce du 9 décembre 1856, dont l'article 7 limitait à 10 % le taux des droits de douane à l'importation par voie de mer, dont bénéficiaient les autres puissances en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue notamment dans l'Acte d'Algésiras du 7 avril 1906.

De même le principe de l'égalité juridique des étrangers découlant de l'Acte d'Algésiras, proclamant notamment la liberté commerciale sans aucune inégalité, repris dans l'accord du 4 novembre 1911, a disparu, ne serait-ce que par application de la règle de droit international public *rebus sic stantibus*, bien que le Maroc en ait encore fait état lors des discussions avec la C.E.E. qui ont abouti à l'accord du 31 mars 1969, modifié depuis, et bien que le Maroc ait conservé la taxe spéciale d'importation, objet de l'article 66 de l'Acte d'Algésiras, article même expressément visé dans certains dahirs exonérant de cette taxe l'importation de certains produits (cf. par exemple dahirs des 24 octobre 1961 et 7 février 1962) le Maroc ayant toutefois pris la liberté de majorer le taux de cette taxe, fixée à l'origine à 2,5 % de la valeur du produit.

Mis à part les conventions d'établissement ou les accords spéciaux

passés par le Maroc, avec quelques pays, reconnaissant certains droits particuliers aux ressortissants de ces États, avec le bénéfice de la réciprocité, tous les étrangers sont soumis aux mêmes dispositions en ce qui concerne la jouissance des droits.

Le Maroc, dès sa souveraineté entièrement retrouvée, a obtenu des U.S.A. la renonciation à ses privilèges capitulaires résultant du Traité de Meknès du 16 septembre 1836. Les États Unis ont fait connaître, à la suite de la requête du Maroc, qu'ils renonçaient au bénéfice de ce traité par une déclaration remise le 7 octobre 1956, après avoir obtenu l'autorisation à cette fin du Congrès.

Donc les articles 1, 2 et 6 du D.C.C. relatifs à la jouissance des droits privés étant devenus sans portée, les étrangers ne bénéficient que des droits que les lois locales leur reconnaissent, directement ou indirectement, leur condition résulte ainsi exclusivement des nouvelles lois marocaines, et éventuellement, pour certains d'entre eux, de conventions d'établissement passées par le Maroc avec quelques pays africains, ou d'accords internationaux particuliers.

Ainsi, depuis le dahir du 18 mai 1959, l'accès à la profession d'avocat est désormais réservé aux marocains, le barreau restant toutefois ouvert aux étrangers ressortissant d'un pays qui a conclu avec le Maroc un accord aux termes duquel les nationaux de chacun des deux États ont accès dans l'autre État à la profession d'avocat, telle par exemple la convention judiciaire franco-marocaine du 5 octobre 1957. Auparavant, le barreau était ouvert à tous les étrangers ressortissant de pays ayant renoncé aux privilèges capitulaires (cf. dahir du 10 janvier 1924).

Le code de procédure civile de 1974 a réglementé, dans son dernier titre, la notion de domicile qui jusqu'alors n'était pas légalement définie. L'article 525 de ce code reconnaît que tout étranger peut posséder un domicile au Maroc, en se conformant à la réglementation spéciale régissant son séjour au Maroc. Les règles qui déterminent le domicile d'un étranger sont les mêmes que celles qui régissent le domicile des nationaux, notamment il peut avoir un domicile privé et un domicile commercial, suivant la nature des intérêts en cause.

Les étrangers ne peuvent pas être propriétaires de terres agricoles. Un dahir du 23 avril 1975, relatif à l'acquisition de propriétés agricoles, a réservé aux personnes physiques marocaines, aux personnes morales de droit public, aux sociétés coopératives agricoles et aux sociétés de personnes (à l'exclusion donc des sociétés anonymes), dès lors que tous les associés sont des personnes physiques marocaines, l'acquisition de terres agricoles, situées en totalité ou en partie à l'extérieur des périmètres urbains.

Ce texte, relatif à l'acquisition des terres agricoles, a été pris une

fois que toutes les terres agricoles appartenant à des étrangers eussent été récupérées ou transférées à l'État. Cette opération s'est effectuée essentiellement en deux temps : en 1963 et en 1973. ces mesures se sont appliquées sans distinction à tous les étrangers, les conventions d'établissement n'y ont pas fait échec.

L'exercice de nombreuses activités est réservé aux nationaux, donc interdit aux étrangers, en vertu d'un second dahir en date du 2 mars 1973, sous réserve, cette fois-ci, « de l'effet des conventions internationales dûment publiées ». La liste de ces activités se trouve dans le décret d'application du 8 mai 1973.

Les étrangers qui n'ont pas été tenus de « marocaniser » leur activité, parce que bénéficiaires de conventions d'établissement passées par le Maroc avec leur pays, sont les Algériens, les Tunisiens, les Sénégalais, et peut-être également les Libyens, si des entrepreneurs libyens peuvent se trouver au Maroc.

Avant la publication de ces mesures générales réservant aux seuls nationaux l'exercice des très nombreuses activités économiques, divers textes avaient déjà interdit l'accès à certains emplois aux étrangers : profession de représentant et placier (dahir du 16 janvier 1962), membres des bureaux de syndicats professionnels (dahir du 16 juillet 1957), délégués du personnel des entreprises (dahir du 25 octobre 1962), administrateurs de sociétés mutualistes (dahir du 12 novembre 1963) ; un étranger ne peut créer ou diriger un périodique qu'après en avoir obtenu l'autorisation par décret (art. 12 du dahir du 15 novembre 1958), un étranger ne peut diriger un établissement d'enseignement privé ou y enseigner qu'à la condition d'en avoir obtenu l'autorisation, sous réserve toutefois des clauses particulières prévues par conventions culturelles (c'est le cas de la convention culturelle franco-marocaine de 1956), etc.

II — LES CONFLITS DE LOIS

Les règles du D.C.C., relatives aux conflits de lois, les plus nombreuses de ce code, bien que leur rédaction eût mérité une révision, pour les adapter pleinement au Maroc d'aujourd'hui, sont toujours en vigueur et reçoivent application, sous réserve toutefois de certaines limitations apportées par la jurisprudence de la Cour Suprême, de quelques nouvelles dispositions légales, et compte tenu que les ressortissants français sont devenus intégralement des étrangers, comme le sont devenus les Espagnols notamment en zone Nord.

En vertu de l'article 3, l'état et la capacité des étrangers sont régis par leur loi nationale ; aux termes des articles 8 et 9, le mariage et le divorce des étrangers sont soumis également, quant aux conditions de fond, à leur loi nationale ; l'article 15 édicte qu'en l'absence de contrat, le régime des biens des époux est fixé par la loi nationale du ma-

ri au jour du mariage ; l'article 16 soumet les obligations délictuelles à la loi du pays où elles sont nées ; l'article 18 énonce que la dévolution héréditaire des meubles ou des immeubles est soumise à la loi nationale du défunt et que la même règle s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des testaments.

Bien que l'article 5 du D.C.C. énonce toujours que l'apatride est soumis, en ce qui concerne son état et sa capacité, à la loi française, cette disposition ne peut s'appliquer, le Maroc ayant adhéré en 1957 à la convention de Genève relative aux réfugiés, dont l'article 12 édicte que ces personnes sont régies par la loi du pays de leur domicile ou à défaut de leur résidence: les apatrides établis au Maroc se trouvent donc régis, quant à leur statut personnel, par la Moudouana, amendée s'ils ne sont pas de confession musulmane, ou par le droit hébraïque local s'ils sont de confession juive.

Au sujet de l'application de la loi nationale des parties, prescrite en matière de statut personnel par le D.C.C., il convient de signaler un important changement dans le rôle dévolu à la Cour Suprême à cet égard. En vertu de l'article 13 du dahir du 27 septembre 1957 créant la Cour Suprême, celle-ci était habilitée à contrôler non seulement l'application de la loi interne mais également celle des lois étrangères de statut personnel. C'était là une grande innovation. A l'époque du Protectorat, la Cour de Cassation française, compétente pour les affaires marocaines en vertu de l'article 14 du dahir de 1913 sur l'organisation judiciaire, s'était refusée à contrôler l'interprétation d'une loi étrangère, alors qu'elle contrôlait l'application de la loi française, ainsi que la loi marocaine écrite.

Ce contrôle de l'application des lois étrangères de statut personnel a été retiré à la Cour Suprême par le nouveau code de procédure civile de 1974, l'article 13 susvisé a été abrogé et l'article 359 de ce code ne prévoit désormais comme cause de pourvoi, que la violation de la loi interne.

Toutefois le juge devant d'office appliquer la loi étrangère dans le cas où le D.C.C. le prescrit, notamment en matière d'état et de capacité... La Cour Suprême a toujours l'obligation de rechercher si le juge a bien appliqué la règle marocaine de conflit de lois, c'est-à-dire, si le juge a bien appliqué la loi étrangère compétente ou s'il n'en a pas dénaturé le contenu, ainsi subsiste un certain contrôle par la Cour Suprême de l'application des lois étrangères de statut personnel.

Notamment, sur deux points importants, les règles marocaines sont profondément différentes des règles françaises, en matière de conflits de lois pour la détermination du régime matrimonial des biens et pour la liquidation des successions, et il en résulte des conséquences sérieuses pour les marocains en France, par contre sans in-

convénient pour les Français au Maroc, et, à l'heure actuelle, il y a environ 400 000 ressortissants marocains en France et environ 50 000 français au Maroc, qui constituent encore la plus importante concentration de français hors de France.

Au Maroc, devant le juge ou le conservateur de la propriété foncière ou le notaire, en l'absence de contrat, le régime légal des biens est celui fixé par la loi nationale du mari au jour du mariage, règle simple et d'une application relativement aisée.

Par contre en France, devant les mêmes autorités, pour les mariages des étrangers en France ou hors de France, ainsi d'ailleurs que pour les mariages des français à l'étranger, le régime matrimonial, en l'absence de contrat, sera celui qui résulte de l'intention présumée des époux au jour de leur mariage, recherche combien délicate, dont l'issue est incertaine et source de litiges.

Ainsi, si la question se pose au Maroc pour des Français, ceux-ci seront considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale française, alors que si la question se pose pour des marocains en France, le juge pourra décider que ces marocains ont eu l'intention d'adopter le régime français de la communauté, alors qu'en droit marocain, ils sont sous un régime de séparation de biens, et ainsi le fonds de commerce acquis par le mari en France sera réputé bien de la communauté, et non bien propre du mari.

Au Maroc, la dévolution héréditaire des biens meubles et immeubles est soumise à la loi nationale du défunt, alors qu'en vertu de la règle française, la dévolution héréditaire est régie par la loi de la situation, pour les biens meubles, ceux-ci étant réputés situés au domicile du défunt, par la loi de ce domicile.

La succession d'un français au Maroc sera ainsi soumise à la loi française, alors que pour un marocain, sa succession sera soumise en France à la loi française pour ses biens situés en France, et la répartition de ses biens entre ses héritiers sera bien différente de celle résultant de la Moudouana. Et, à la mort d'un conjoint, il y a lieu à deux liquidations, celle du régime matrimonial et celle de la succession du défunt.

Ainsi, si un marocain, propriétaire d'un fonds de commerce en France, et ce cas est assez fréquent, vient à décéder, en cas de contentieux de la part d'héritiers ou de créanciers, le juge pourra décider que ce marocain, qui était établi en France lors de son mariage et ce, quel que soit le lieu de célébration du mariage, était marié sous le régime de la communauté, et il en sera ainsi certainement s'il s'agit d'un mariage mixte, et qu'en conséquence la moitié du fonds de commerce acquis pendant le mariage appartient à l'épouse survivante, l'autre moitié faisant partie de l'actif successoral qui sera obligatoi-

rement liquidé selon le droit français, l'épouse recevra en usufruit une quote-part de cet actif, les filles hériteront dans les mêmes proportions que les fils, et, s'il n'y a aucun fils, les filles hériteront de l'intégralité de l'actif, les parents du défunt ne pourront revendiquer le bénéfice des règles successorales de la Moudouana.

Pour éviter ces conséquences, les agents consulaires du Maroc en France font, si possible, procéder à une liquidation amiable, sans recours aux officiers publics et aux tribunaux, agissant en conformité du dahir du 20 octobre 1969 et du décret du 29 janvier 1970, les consuls pouvant, tout au moins au regard du droit marocain, agir en qualité d'adel et l'argent provenant de cette liquidation, transféré ou non au Maroc, sera alors réparti en conformité du droit musulman.

Bien que le dahir du 4 mars 1960 sur les mariages mixtes, c'est-à-dire entre marocains et étrangers, ne soit pas véritablement en texte de droit international privé, tant relatif aux mariages célébrés au Maroc, les règles énoncées doivent néanmoins s'appliquer aux mariages des marocains célébrés hors du Maroc, compte tenu, d'une part, de l'absence en la matière d'un texte légal consacrant la règle *locus regit actum*, d'autre part, de la nature spéciale de la réglementation du mariage, aussi bien en droit musulman qu'en droit hébraïque. Le mariage d'un marocain hors du Maroc ne peut être valable au regard du juge marocain que si les conditions de fond et de forme prévues par le statut personnel du (ou des) conjoint (s) marocains ont été observées.

Les Consulats du Maroc ont d'ailleurs été pourvus du personnel qualifié pour célébrer *more islamico* les mariages des marocains à l'étranger. Quant aux marocains israélites, ceux-ci peuvent trouver presque partout, en raison de la diaspora juive, des autorités rabbiniques qualifiées à cette fin. La Cour d'Appel de Rabat, dans un arrêt du 18 mai 1962, a déclaré nul le mariage d'un marocain israélite avec une française célébré en 1948, à Paris, en la seule forme de l'état-civil.

Mis à part ce dahir du 4 mars 1960 relatif aux mariages mixtes, qui peut s'appliquer, serait-ce *rationis causa*, aux mariages célébrés à l'étranger, aucune disposition légale n'est venue modifier les règles du D.C.C. sur les conflits de lois.

La jurisprudence de la Cour Suprême a toutefois apporté quelques correctifs dans l'interprétation des règles du D.C.C., et, parfois même, en a limité la portée.

En premier lieu, la Cour Suprême estime que les règles de conflit édictées par le D.C.C. ne s'appliquent pas lorsqu'un marocain est partie au litige, tout au moins en matière de statut personnel, lorsqu'il s'agit notamment de mariage ou de divorce, que ces règles ne jouent qu'entre étrangers.

Lorsqu'un marocain est en cause et s'agissant d'un ressortissant musulman, le droit musulman est le seul applicable pour régir son mariage, son divorce, et ce quelle que soit la condition de son conjoint. Ainsi le divorce entre un marocain de statut musulman et une étrangère non musulmane est régi par le seul droit musulman, quelle que soit la partie demanderesse ; la femme étrangère ne peut solliciter elle-même le divorce que dans les limites édictées par la Moudouana, sous réserve de l'appréciation du juge ; elle peut par contre faire l'objet d'un acte unilatéral de répudiation de la part de son époux et la garde de ses enfants ne lui sera confiée que si elle est devenue musulmane. (cf. arrêt du 7 février 1972, affaire El.A... c/ Rose Z...).

Antérieurement, les tribunaux reconnaissent à chacun des époux, en vertu de l'article 9 du D.C.C., le droit de poursuivre la dissolution de leur mariage en conformité de sa propre loi nationale ; il y a ainsi application respective de chaque loi en présence.

En second lieu, toujours en vertu de la jurisprudence de la Cour Suprême, le droit musulman est seul applicable, tout au moins en matière de statut personnel, pour le mariage, pour le divorce, pour la succession légale ou testamentaire, dès lors que l'étranger en cause est de confession musulmane, même s'il n'est pas de statut musulman en vertu de sa loi nationale, qu'il soit de confession musulmane d'origine ou par conversion.

Dans son arrêt du 5 juillet 1974 (Affaire Eugène GIREL), la Cour Suprême énonce : « Attendu que la conversion à l'Islam implique obligatoirement l'application des règles du Chrâa pour ce qui est des questions relevant du statut personnel et de succession des intéressés, dès que cette conversion est intervenue sans fraude et qu'elle est conforme aux règles de procédure légale... »

Il en résulte notamment que les héritiers non musulmans sont exhéredés de la succession de leur auteur.

Dans cet arrêt, la Cour Suprême a même appliqué le code musulman de statut personnel au testament de l'intéressé, non seulement pour les conditions de fond mais également pour les conditions de forme, bien que le testament eût été établi avant la conversion à l'Islam d'Eugène GIREL.

Enfin, il faut tenir compte que si la notion de l'ordre public dit international peut faire échec à une loi étrangère normalement compétente en vertu du droit international privé marocain, cette notion a reçu une large extension ; elle peut intervenir désormais dès lors qu'une loi étrangère va à l'encontre d'un principe de l'Islam, dont le juge marocain a précisément la garde, notion d'un ordre public islamique.

C'est pour le même motif que, bien que le Maroc, membre de

l'O.N.U. ait adhéré à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, quelques articles de cette déclaration, par exemple articles 16 et 18, ne peuvent trouver une intégrale application au Maroc, certaines dispositions de ces articles allant à l'encontre des principes de l'Islam, c'est ce qu'a énoncé la Cour d'Appel de Rabat dans son arrêt du 10 février 1960, rendu dans l'instance en dissolution du parti communiste. Cette situation n'est d'ailleurs pas particulière au Maroc, elle est celle de tous les pays musulmans membres de l'O.N.U.

Cet ordre public, qui peut faire échec à une loi étrangère normalement compétente au Maroc, fondé principalement mais non exclusivement sur l'Islam, n'a pas forcément un seul effet négatif si le litige en cause exige une solution positive, le juge pourra alors faire application des principes juridiques fondamentaux en vigueur au Maroc.

Sur cette notion de l'ordre public pouvant faire échec à une loi étrangère compétente en vertu des règles marocaines sur les conflits de lois, on peut citer deux arrêts de la Cour des règles marocaines sur les conflits de lois, on peut citer deux arrêts de la Cour Suprême rendus en 1977, relatifs à des legs consentis par des ressortissants étrangers à leur concubine.

Dans un premier arrêt en date du 25 février 1977, à propos d'un legs consenti par un italien à sa concubine, israélite marocaine, la Cour Suprême estime que les articles du code civil italien, relatifs à la validité des testaments, ne sont pas contraires à l'ordre public marocain et qu'en conséquence est licite le legs fait par ce ressortissant italien à sa concubine, dans l'intention d'assurer l'avenir de cette dernière, ayant pour cause une obligation naturelle trouvant sa source dans un devoir de conscience.

Il s'agit là d'une argumentation subjective, d'ordre essentiellement moral, sur un plan très général, mais sans rapport direct avec l'ordre juridique marocain ; cette argumentation, valable ou non, pourrait s'appliquer dans toutes circonstances, dans toutes les hypothèses et méconnaît le principe que pour un juge le meilleur moyen d'assurer l'équité est d'abord de respecter le droit.

Cet arrêt a été rendu, il est vrai, par la Chambre Administrative de la Cour Suprême, assez peu fournie en recours de sa spécialité, qui peut ainsi être chargée des pourvois les plus divers, toute Chambre pouvant valablement instruire et juger, quelle qu'en soit la matière, des affaires soumises à la Cour Suprême.

Dans un second arrêt en date du 14 septembre 1977, rendu par la Chambre Civile dans l'affaire LAFON, la Cour Suprême décide que le legs fait par ce ressortissant français à sa concubine de nationalité française est nul, parce que contraire aux bonnes mœurs et par conséquent contraire à l'ordre public marocain qui rejette toute relation basée sur une cause immorale.

Cette décision est parfaitement conforme à l'ordre juridique marocain, quelle que soit l'opinion que chacun puisse avoir à cet égard. Comment juger différemment quand le code pénal marocain (art. 490, sanctionne le concubinage, en punissant comme délit de droit commun, délit de zina, la fornication, les relations charnelles entre personnes non mariées, et ce quelle que soit leur nationalité ? Or il est évident que le legs fait à une concubine a pour cause première, fondamentale, le concubinage, et que des causes secondaires, quelle que soit leur motivation, ne peuvent effacer cette cause première.

Dans ce cas, donc, comme dans d'autres, l'ordre public interne, dès lors qu'il est d'origine islamique, devient la base de l'ordre public international et, à ce titre, peut faire échec à l'application d'une loi étrangère.

Cet ordre public islamique peut faire échec également à l'exequatur d'une décision étrangère, bien que l'exequatur soit désormais accordé sans révision du fond, notamment en ce qui concerne les décisions relatives à des unions mixtes : mari marocain, épouse étrangère, le plus souvent française, ainsi refus d'exequaturer un jugement de divorce, le mariage dissout, célébré en la forme civile n'étant pas valable au regard du droit musulman, ou encore le divorce ayant été prononcé pour une cause non reconnue par le droit musulman...

La notion du renvoi peut-elle désormais trouver son application au Maroc ?

Il avait toujours été admis que le renvoi ne pouvait jouer au Maroc et ce pour deux raisons.

D'une part, la règle fondamentale du D.C.C., qui énonce que l'état et la capacité des personnes, notamment des étrangers, sont régis par leur loi nationale, vise à l'évidence, comme il ressort au surplus expressément de l'introduction au D.C.C., la loi nationale interne en vigueur dans le pays auquel ressortit l'intéressé, et non le régime des conflits de lois de ce pays, qui peut renvoyer à une autre loi, par exemple à la loi du domicile. Le statut personnel de chacun doit être respecté, comme le mentionne l'article 3 du Code des obligations et contrats (D.O.C.), statut personnel donc en vigueur à l'intérieur du pays de chacun.

C'est d'ailleurs ce que confirme l'article 15 quand il fait référence à la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, la loi interne évidemment.

D'autre part, en cas de renvoi-retour, c'est-à-dire renvoi à la loi marocaine, aucune loi ne pourrait s'appliquer, les lois locales de statut personnel en vigueur au Maroc étant diverses, loi musulmane, loi hébraïque, et de nature religieuse.

On a pu estimer qu'à l'heure actuelle, ce second argument ne serait plus valable depuis qu'en vertu de l'article 3 du code de la nationalité il existe une loi locale en matière de statut personnel, qui peut s'appliquer à toute personne, puisqu'elle est applicable aux marocains qui ne sont ni de confession musulmane, ni de confession juive, c'est la Moudouana, dégagée de trois dispositions ; la polygamie, la répudiation, la parenté par le lait. Cette loi peut donc jouer en cas de renvoi-retour à la loi marocaine, comme elle doit jouer, en cas d'un ordre public de substitution, pour les étrangers ni musulmans, ni israélites.

On a pu contester cet argument en faisant remarquer que, même ainsi réduite, la Moudouana fait encore une distinction entre musulmans et non musulmans, dans de nombreux cas, par exemple dans les articles 29, 83, 96, 118, 228...

Et surtout, il faut tenir compte que dans les diverses conventions d'établissement passées par le Maroc avec la Tunisie, l'Algérie, la Libye, le Sénégal, il est toujours énoncé que la loi nationale est applicable dans les questions relevant du statut personnel (sous réserve de ne pas enfreindre les règles de l'ordre public). Or il est évident qu'il s'agit de la loi nationale en vigueur dans chacun des deux pays contractants, la loi tunisienne ou la loi sénégalaise ou la loi marocaine, sans possibilité dans ces divers pays à un renvoi à une quelconque loi étrangère.

En cas de conflit de lois, quelle règle de rattachement observera le juge pour qualifier la question née du conflit, afin de déterminer, compte tenu de la qualification retenue, la loi applicable au litige à lui soumis ?

Pour découvrir la loi applicable, en présence d'un cas possible de conflit de lois, il faut déterminer la règle de rattachement mise en jeu par ce conflit, il faut donc au préalable *qualifier* la question.

Faut-il qualifier : question de forme ou question de fond, question se rattachant à la responsabilité délictuelle ou à la responsabilité contractuelle, question relative à l'état ou à la capacité des personnes ou au régime des biens ? Et suivant la qualification retenue, la détermination de la loi applicable sera faite en conséquence, en conformité de la règle de droit concernée.

Il avait toujours été exposé et admis par la jurisprudence du temps du Protectorat que le juge devait retenir la qualification donnée par la loi étrangère en cause, qualification selon la *lex causae*. Dans un arrêt du 13 avril 1955, la Cour d'Appel de Rabat avait énoncé que les tribunaux du Maroc, quand ils font application d'une loi étrangère, doivent qualifier selon cette même loi devenue la leur.

Cette jurisprudence ne pouvait certes jouer lorsqu'il fallait au préa-

lable déterminer la loi étrangère en cause, en face de plusieurs lois éventuellement applicables, pour pouvoir qualifier selon cette loi étrangère.

En somme, cette jurisprudence prenait déjà d'elle-même une position au premier degré sur la loi en cause, et, ensuite, au second degré elle qualifiait, selon cette loi, la question posée, le plus souvent la question de savoir s'il s'agissait d'une règle de pure forme ou si au contraire s'il s'agissait d'une condition du fond, de validité intrinsèque de l'acte en cause.

De plus, cette jurisprudence n'était pas conforme à la position admise dans presque tous les systèmes de droit international, à savoir que le juge doit qualifier d'après sa propre loi, qualification selon la *lex fori*.

A l'heure actuelle, sans aucun doute, le juge marocain qualifiera lui aussi selon sa propre loi ; cette règle a une portée plus générale et elle est plus conforme à la pratique internationale. Il n'en résultera pas d'ailleurs forcément dans tous les cas une jurisprudence différente de celle rendue sous l'empire de la qualification selon la *lex causae*.

Ainsi, sur la question de savoir si la disposition du code espagnol qui exige la forme canonique pour la validité du mariage des espagnols de confession catholique, est une règle de la forme ou une règle de fond, que la qualification soit faite selon la *lex causae*, c'est-à-dire selon la loi espagnole, ou selon la *lex fori*, c'est-à-dire selon la loi marocaine, dans le cas d'espèce selon la Moudouana, le juge marocain donnera la même réponse, la *lex fori* d'essence religieuse admettra que la règle du code civil espagnol est une règle touchant à la validité même du mariage ; une règle de fond, et comme telle régie par le droit espagnol, au même titre que l'exigence d'une dot, la présence de témoins musulmans, et que la règle espagnole à cet égard n'est donc pas une règle de forme, comme la qualifierait, selon sa loi laïque, le juge français, et par conséquent soumise à la loi du lieu où le mariage a été célébré, *locus regit actum*.

Au surplus, la forme essentiellement locale du mariage au Maroc est une forme d'essence religieuse, que ce soit pour les musulmans ou pour les israélites, et en outre, le droit international privé marocain reconnaît la validité du mariage *more canonico* célébré au Maroc en conformité de la loi nationale des époux étrangers.

IV — EXEQUATUR

Sous ce terme latin, avec un sens très élargi, il s'agit de la question de l'exécution au Maroc des jugements, statuant sur des intérêts civils ou commerciaux, rendus à l'étranger, ainsi que celles de l'exécution des sentences arbitrales ne relevant pas de l'ordre juridique marocain.

Jusqu'à la mise en vigueur du nouveau code de procédure civile, le

1er octobre 1974, les règles essentielles relatives à l'exequatur des décisions étrangères, y compris, depuis le 16 décembre 1959, les décisions françaises, étaient l'article 290 du dahir de procédure civile de 1913 et l'article 19 du D.C.C., soit en principe l'exequatur avec examen du fond, soit, dans le cadre de réciprocité résultant de conventions judiciaires, l'exequatur sans révision du fond.

Les dispositions sus-visées du dahir de procédure civile de 1913, et celles également de l'article 19 du D.C.C. bien que celles-ci, non expressément abrogées, ne sont plus applicables, puisque l'exequatur des décisions étrangères est désormais régi par le seul article 430 du nouveau code de procédure civile.

Cet article est ainsi conçu :

« Les décisions de justice rendues par les juridictions étrangères ne
« sont exécutoires au Maroc qu'après avoir été revêtues de l'exe-
« quatur par le tribunal de première instance du domicile ou de la
« résidence du défendeur, ou à défaut du lieu où l'exécution doit
« être effectuée. Le tribunal saisi doit s'assurer de la régularité de
« l'acte et de la compétence de la juridiction étrangère de laquelle
« il émane. Il vérifie également si aucune « stipulation de cette dé-
« cision ne porte atteinte à l'ordre public marocain ».

Ce texte ne fait plus allusion à une révision du fond, ce que permettait l'ancien article 290 du D.P.C. ; l'exequatur sans examen du fond n'était accordé, en vertu de l'article 19 du D.C.C. que sous condition de réciprocité ; à l'heure actuelle, à cet égard, le même libéralisme existe pour toutes les décisions étrangères.

Dans l'application de la procédure de l'exequatur, il faut tenir compte éventuellement des conventions judiciaires que le Maroc a conclues avec divers états étrangers.

En ce qui concerne les sentences arbitrales, exequaturées par ordonnance présidentielle, le code de procédure de 1974 a édicté diverses règles (art. 306 à 328), comme l'a fait récemment en France un décret du 14 mai 1980.

La clause compromissoire est valable dans tout contrat, toutefois l'article 306 énumère certaines matières sur lesquelles on ne peut compromettre.

Il est certain que l'exequatur ne serait pas accordé à une sentence arbitrale, même étrangère, dès lors qu'elle porterait sur l'une de ces matières, si du moins cette matière relevait de l'ordre juridique marocain.

Par contre, ces dispositions ne devraient pas s'appliquer à une sentence étrangère, bien que se rapportant à des matières énumérées à l'article 306 susvisé, si les matières, l'objet de cette sentence, ne relevaient pas de l'ordre juridique marocain.

Et une sentence rendue au Maroc n'est pas forcément marocaine si elle n'a pas été soumise ainsi que sa procédure à la loi marocaine, si par exemple elle a été rendue conformément au règlement de la Chambre de Commerce Internationale.

Et on ne peut transposer, à l'égard d'une sentence étrangère, les voies de recours instituées par le code de procédure de 1974 à l'encontre de sentences rendues dans un arbitrage interne.

Toutefois il était admis, alors même que la sentence n'était pas susceptible d'appel en réformation qu'une sentence même étrangère pouvait éventuellement faire l'objet d'un appel en nullité devant la Cour. A l'heure actuelle, la jurisprudence française estime qu'un juge ne peut annuler une sentence qui ne relève pas de son ordre juridique.

Quoiqu'il en soit, l'opposition, la tierce opposition à l'ordonnance présidentielle d'exequaturer d'une sentence étrangère pourra faire échec à l'efficacité de cette sentence, par rétraction de l'ordonnance lui conférant l'exequatur, dès lors par exemple que la sentence porterait atteinte aux droits de la défense, violerait l'ordre public marocain...

Le Maroc a ratifié, en 1960, la Convention de New-york pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et, en 1966, la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, dont le différend du Maroc avec HOLIDAY INNS... fut la première affaire soumise à ce règlement.

Alors que l'article 19 du D.C.C. est devenu sans objet depuis la mise en application du code de procédure civile de 1974, compte tenu de son article 431, l'article 20 est toujours en vigueur et édicte qu'en cas de faillite déclarée à l'étranger, le syndic peut, sans que l'exequatur préalable soit nécessaire, prendre ou requérir toutes mesures conservatoires ou d'administration concernant la faillite.

CONCLUSION

Que conclure de cette brève analyse de l'évolution du droit international privé marocain au cours de ces vingt-cinq dernières années, que le jubilé de la Faculté de droit de Rabat a motivé ?

Le code de procédure civile de 1974 a apporté une importante réforme, de nature libérale, dans le domaine de l'exequatur, en supprimant le droit de révision, quant au fond, pour toutes les décisions étrangères, et en donnant à l'arbitrage interne une réglementation précise et cohérente ; le Maroc, par ses adhésions à divers accords internationaux, a permis à l'arbitrage international de se développer sans entrave et en sécurité.

On a pu remarquer la permanence, la continuité de la plupart des principes fondamentaux qui président au règlement des conflits de lois, depuis un demi-siècle. depuis en somme la pleine ouverture du Maroc au monde extérieur.

On a relevé d'autre part l'affirmation, de plus en plus marquée, du rôle prééminent des principes de l'Islam, dont le juge est déclaré le gardien, notamment dans le domaine du statut personnel et successoral, dès lors qu'une partie marocaine est en cause, que l'ordre public marocain est concerné ; cette remarque tempère quelque peu la portée des deux observations précédentes.

Dans le régime de la condition des étrangers, le Maroc se trouve à l'heure actuelle dégagé de toutes les servitudes d'origine internationale, et cette condition ne résulte, comme dans tous les pays libres, que de la seule législation interne ou des conventions d'établissement librement conclues.

Enfin, l'élaboration du code de la nationalité marocaine a été faite en conformité de la condition démographique du Maroc, et ce code, ordonné et clair, a malgré tout, conservé l'essentiel de la relative réglementation ancienne, à savoir, qu'on naît marocain et qu'on meurt marocain, c'est-à-dire que la source fondamentale, presque exclusive, de la nationalité reste l'attribution par la filiation, et que l'agrément gouvernemental reste exigé pour la perte de cette nationalité.

L'ÉVOLUTION DU DROIT MAROCAIN A TRAVERS LA LÉGISLATION

Abdelaziz CHERKAOUI*

INTRODUCTION

Les grandes mutations qu'a subies la société marocaine depuis l'accession à l'indépendance impliquent naturellement une harmonisation sur le plan du droit. Cette harmonisation touche toutes les branches du droit et plus spécialement le droit public. La présente étude se propose de donner un aperçu d'une telle évolution à partir du droit écrit (loi et règlement de portée générale) et en prenant pour base la situation en 1956.

Certes il y a une continuité juridique dans la mesure où, sous l'ancien régime, le Maroc a conservé sa législation. Cependant, en raison des restrictions apportées à celle-ci, de la politique du protectorat, et de l'existence même de ce régime, le droit marocain ne pouvait pas ne pas refléter la domination étrangère. Ce droit présentait en effet, au lendemain de l'indépendance, les caractères suivants :

Un droit divisé - le droit applicable variait selon les zones (sans parler des territoires purement et simplement soumis à la législation espagnole) et selon les ressortissants (européens et non européens, législation civile distincte pour le pays dit de coutume berbère). Cette division trouvait naturellement sa répercussion sur le plan de l'organisation judiciaire.

Un droit inégalement développé - l'hétérogénéité est manifeste si l'on compare le droit privé et le droit public en vigueur à l'époque. Le premier, applicable aux européens, devait leur offrir toutes les garanties qu'ils avaient dans leurs pays. Par contre, le droit public était entravé dans son évolution.

Un droit à caractère discriminatoire - ce droit n'était pas le même selon qu'il s'agit des européens ou des nationaux : législation civile, fonction publique moderne pratiquement inaccessible à ces derniers. On peut citer de nombreux autres exemples d'une telle discrimination (il ne s'agit pas ici du problème de l'égalité devant la loi mais du fait que celle-ci n'était pas identique pour tous).

* Docteur en Droit, Inspecteur Général des Services Administratifs.

On peut ajouter qu'à côté de la législation de source marocaine, il y avait une législation de source résidentielle. Le représentant de la puissance protectrice détenait en effet un pouvoir réglementaire (autonome ou par délégation) qui fut étendu à la faveur de l'état de siège proclamé avant la 2^{ème} guerre mondiale et resté en vigueur jusqu'à l'indépendance.

On sait d'ailleurs que la législation représentait constamment un sujet de conflit entre le Palais et la Résidence, conflit qui devait déboucher sur les événements de 1953, puis sur la proclamation de l'indépendance avec le retour d'exil de feu Sa Majesté MOHAMMED V (16 novembre 1955).

L'accès à l'indépendance posait donc le problème de la décolonisation du droit et de sa rénovation pour être adapté à l'ère nouvelle, étant entendu que les deux actions devaient être menées simultanément au moins pendant une première période.

Sans s'attacher systématiquement à la chronologie des publications au Bulletin Officiel, en raison de contraintes diverses de priorité, d'opportunité ou tout simplement de préparation technique (certains textes nécessitant parfois plusieurs années d'étude), on peut tracer le mouvement de réforme, grosso modo, en deux périodes inégales.

Une première période, plus courte, va de 1956 à 1962 (entrée en vigueur de la première constitution) mais que l'on peut étendre jusqu'à 1965 (unification des tribunaux). C'est la période de reconstruction au cours de laquelle furent jetées les bases essentielles du droit marocain moderne.

La seconde période va de 1965 à nos jours. C'est une période d'expérimentation et d'amélioration au cours de laquelle les acquis ont été consolidés et la législation rationalisée. Les adaptations sont souvent formelles ; elles n'en sont pas moins importantes car elles conditionnent la bonne application des textes.

On ne se placera pas dans cette perspective purement législative, même s'il faut en tenir compte, car il s'agit avant tout d'esquisser l'évolution du droit. Le domaine étant immense, la sélectivité s'impose pour tenter de dégager les faits les plus significatifs de cette évolution.

On exposera d'abord les conditions de la décolonisation du droit, puis les modalités de sa rénovation. Toutefois, pour tenir compte des limites de cette étude, l'action de rationalisation législative ne sera que très brièvement rappelée en conclusion.

I – LA DECOLONISATION DU DROIT

Il s'agit de la suppression des défauts, précédemment signalés, du droit en vigueur au lendemain de l'indépendance. Toutefois les transformations pures et simples et les lacunes à combler feront l'objet de

la deuxième partie de la présente étude. La décolonisation vise donc essentiellement l'unification de la législation et son épuration politique.

La finalité ultime de cette décolonisation est d'harmoniser le droit avec les nouvelles orientations du Maroc indépendant. C'est une entreprise à la fois négative et positive (supprimer ce qui ne convient pas et prendre en même temps les dispositions de remplacement). C'est également une tâche de longue haleine car son exécution va durer plusieurs années, pratiquement jusqu'à 1965.

D'abord l'unification, dans son aspect géographique, est conditionnée par la rétrocession des territoires (Nord et Sud). D'autre part, les autres aspects de cette unification ainsi que la révision des textes dépendent des moyens d'étude et d'intégration administrative disponibles (très pauvres à l'époque).

A – UNIFICATION DE LA LEGISLATION

Dans l'optique du maintien du droit existant lors de l'indépendance, la première forme de sa décolonisation va consister à mettre fin à sa diversité selon les parties du territoire ou même à l'intérieur de chacune. L'unification législative aura ainsi pour corollaire l'unification des tribunaux et des codes applicables.

a) Sur le plan territorial, cette unification a été réalisée au fur et à mesure de la récupération des territoires libérés de la domination étrangère. Il est toutefois précisé qu'avant leur rétrocession, l'ex zone nord de protectorat espagnol et l'ex zone internationale de Tanger formaient avec l'ex zone de protectorat français, un tout, à la fois politiquement et économiquement.

En effet, l'autonomie législative dont jouissaient le Khalifa du Sultan à Tétouan et l'assemblée législative à Tanger tirait sa source d'une délégation générale donnée par le Sultan en sa qualité d'autorité suprême. La récupération des territoires en question complétait ainsi, par l'unité administrative, l'unité juridique de principe liant précédemment les trois zones.

Cependant la législation autonome, bien qu'inspirée de celle en vigueur dans l'ex zone sud, ne lui était pas identique. L'harmonisation a été opérée par voie administrative sur la base d'un dahir du 31 mai 1958 et d'un décret du 2 juin, également applicables au territoire de Tarfaya. Bien entendu ces textes n'intéressent pas le domaine judiciaire où il a été procédé à l'extension en vertu d'autres dispositions à caractère législatif.

S'agissant du territoire d'Ifni, la législation et la réglementation du Royaume y ont été rendues applicables par un dahir du 19 janvier 1970 qui laissait au Premier Ministre le soin de prendre par décret les mesures transitoires nécessaires. Toutefois, pour les provinces saha-

riennes, l'extension résulte implicitement de la mise en place de la nouvelle infrastructure administrative.

b) Sur le plan judiciaire, le processus d'unification a été entamé dès l'indépendance et mené à son terme en 1965 (loi numéro 3-64 du 25 janvier 1965). Il existe en effet désormais des juridictions de droit commun compétentes pour appliquer tous les textes en vigueur en matière de statut personnel, en matière civile et en matière pénale, sous réserve dans ce dernier cas de la compétence dévolue aux juridictions spéciales. Cette unification a été accomplie en trois étapes.

Première étape : suppression de la justice civile et pénale exercée par les administrateurs territoriaux (pachas et caïds) et son remplacement par une première version des tribunaux de droit commun. Réalisée en application du dahir du 4 avril 1956, cette suppression était la conséquence naturelle de l'adoption, au lendemain de l'indépendance, du principe de la séparation des pouvoirs.

Deuxième étape : suppression des tribunaux de coutume berbère (dahir du 25 août 1956). Il convient de rappeler que ces juridictions, créées en 1914 et réorganisées notamment en 1930 résultaient de la politique de division suivie par le protectorat qui avait entretenu et exagéré la particularité berbère. Leur suppression unifiait, au regard de tous les marocains musulmans, les règles de statut personnel et successoral et constituait en même temps le premier pas vers l'unification de la justice civile.

Troisième étape : suppression des ex-juridictions dites « françaises », créées, rappelons-le, en 1913 pour remplacer les tribunaux consulaires issus du régime des capitulations. La compétence qui était attribuée à ces juridictions (en matière pénale et en matière civile, commerciale et administrative) a été transférée au bénéfice des tribunaux de droit commun, sans attendre la révision des codes applicables.

c) Cependant cette révision conditionnait l'unification effective au regard des compétences nouvelles des tribunaux de droit commun. La dévolution des compétences, dans le cadre de l'ancienne organisation judiciaire, avait en effet un caractère discriminatoire. Il restait donc à réaliser une tâche de fond, celle de l'unification des codes.

Cette unification devait porter essentiellement sur le code pénal et sur les codes de procédure civile et pénale. Compte tenu des délais d'étude nécessaires, la révision complète de ces codes a duré de 1959 à 1974.

Quant au code des obligations et contrats et au code de commerce, ils constituaient désormais le droit commun par le simple fait qu'ils devenaient applicables devant les nouvelles juridictions marocaines. Ces codes n'ont pratiquement pas subi de modifications car ils

étaient adaptés dès l'origine, sans s'appliquer toutefois aux nationaux, sauf lorsque ceux-ci étaient justifiables des ex-tribunaux français.

B – REVISION DE LA LEGISLATION

La révision du droit représente la deuxième forme de sa décolonisation. La question ne s'est d'ailleurs posée qu'une fois écartée la solution de la table rase, irréalisable pour des raisons à la fois théoriques et pratiques : bien que limitée, la législation marocaine s'était maintenue ; tous les textes n'étaient pas en cause ; impossibilité matérielle évidente de changer de législation du jour au lendemain.

Toutefois le maintien des textes en vigueur impliquait leur épuration par une révision immédiate ou ultérieure selon l'importance et l'urgence des modifications à y introduire. La priorité devait être accordée aux questions concernant l'organisation de l'Etat et notamment la mise en place du système administratif. Cette hiérarchie étant admise, il importait d'assurer la transition dans les meilleures conditions possibles en veillant notamment à une coordination juridique rigoureuse.

La révision visait, en quelque sorte, à nationaliser la législation pour être conforme à l'esprit de l'indépendance et aux données nouvelles. On peut distinguer deux types de révision : la révision portant sur un domaine déterminé et la révision globale. On a d'abord commencé par la première, d'une manière empirique, avant de recourir à la seconde.

a) Révision par secteur

L'adaptation de la législation existante au contexte de l'indépendance et à l'élan réformateur ne pouvait, compte tenu de l'abondance des textes et du temps nécessaire à la préparation des nouvelles dispositions, être réalisée du jour au lendemain. Pour parer au plus pressé, chaque administration devait établir et mettre à exécution un programme de révision comportant des priorités, sur la base des orientations données par le Gouvernement.

Un exemple caractéristique de cette révision par secteur est celui de l'adaptation des textes intéressant le domaine judiciaire. Il s'agit de la refonte de toute la législation pénale et d'une partie de la législation civile (code de procédure civile, code de commerce maritime, etc). Mais cette révision ne pouvait être que très limitée compte tenu de la durée des études.

Cependant le fait de laisser à chaque département ministériel le soin de proposer son programme de révision comportait un inconvénient, celui d'un défaut d'unité dans une entreprise qui intéresse toute l'administration. On a ainsi été amené à penser que la centralisation technique assurée par le Service de Législation du Secrétariat

Général du Gouvernement était insuffisante et qu'il fallait adopter également une centralisation politique en vue de définir les conditions d'une révision globale de la législation.

b) Révision globale

C'est dans ce but que fut créée en 1958 une commission comprenant les représentants de quinze départements ministériels et placés sous le haut patronage de feu Sa Majesté MOHAMMED V et la présidence effective du Secrétaire Général du Gouvernement, autorité responsable du Service de Législation. Bien que chargée d'élaborer et de proposer des projets de textes, dans le cadre d'une révision des plus complètes de la législation, cette commission était essentiellement un organe d'impulsion et de coordination devant en particulier unifier les conditions de révision en donnant aux services ministériels des recommandations et des directives générales, mais sans imposer de calendrier.

En effet, la préparation technique est une tâche de longue haleine et, à l'époque, l'administration ne disposait même pas des moyens d'assurer une révision étendue et portant sur le fond. Mais il était indispensable de prévenir tout désordre en traçant en ce domaine un cadre à l'action des divers ministères.

c) Applications de la révision

La révision ne pouvait être systématique ni avoir le même effet quel que soit le domaine en cause. Son caractère global signifie tout simplement que son champ d'application n'est pas déterminé a priori mais doit être défini à la suite d'une recherche complète. En fait, il convient de faire la distinction entre la législation de source marocaine (dahir, arrêté viziriel) et la législation de source française ou édictée par les autorités du Protectorat.

Sans être exclue de la révision, la première n'appelait pas de modification dans la généralité des cas. C'est ainsi par exemple que certains textes ont dû être maintenus après l'indépendance sans changement (D.O.C., D.C., régime de l'immatriculation, législation sur l'exportation pour cause d'utilité publique, etc). Mais d'autres textes se trouvaient dépassés par l'évolution et justifiaient par conséquent des réformes de fond. Le plus souvent encore, les modifications à introduire se limitaient à l'actualisation purement formelle.

Quant à la législation de source française, les cas sont rares, mais cette législation devenait caduque par l'accession du Maroc à l'indépendance ou devait être abrogée et remplacée par des textes nouveaux (ex : code d'instruction criminelle applicable devant les ex tribunaux français, code de la nationalité française). Pour ce qui est de la réglementation édictée par les autorités du Protectorat, la situation était différente.

Une partie de cette réglementation correspond aux institutions du protectorat ; elle devait être abrogée en priorité. La liste de ces institutions abrogées figure, sous cette rubrique, dans le juriscasseur marocain. L'autre partie devait être soumise à actualisation au fur et à mesure. Cette actualisation n'est pas encore terminée. Mais il s'agit d'une question exclusivement de forme.

Signalons que pour des raisons de sécurité juridique, les pouvoirs publics marocains n'ont pas ressenti le besoin de rejeter systématiquement la législation prise dans la période d'illégalité (20 août 1953-16 novembre 1955). Mais la législation ayant un objet politique devait être abrogée implicitement par la proclamation de l'indépendance. Par contre, celle étrangère à ce domaine devenait justiciable d'une révision au même titre que tout le reste de la législation.

La révision devait se traduire, selon le cas, soit par une abrogation avec ou sans texte de remplacement, soit par une réforme de fond ou une simple adaptation de forme. Compte tenu du volume des textes à élaborer depuis l'indépendance, cette adaptation de pure forme pouvait, à la limite, être négligée provisoirement (cas de simple substitution d'appellations par exemple).

II – LA RENOVATION DU DROIT

Après avoir exposé les modalités de la décolonisation, il convient d'aborder l'aspect constructif de la nouvelle législation. Il s'agit de corriger, par des dispositions positives, les défauts du droit existant, c'est-à-dire créer un droit moderne, cohérent et adapté aux réalités du pays et à ses aspirations au progrès.

En fait, la rénovation intéresse plus particulièrement le droit public qui ne pouvait évoluer suffisamment dans le contexte de l'ancien régime. Or le droit privé est d'abord plus stable et, pour partie d'origine religieuse. Quant à la partie positive, elle a été déjà réformée. Toutefois cette réforme ne doit pas faire illusion.

Certes de nombreux textes inspirés des législations les plus modernes ont pu être maintenus après l'indépendance, pratiquement sans modification. C'est le cas notamment du code des obligations et contrats, du code de commerce, du code de droit international privé (D.C.C.), de la législation immobilière, etc.

C'est que le protectorat s'était attaché à offrir aux étrangers des conditions économiques attractives et un cadre législatif et judiciaire du type européen. Or, bien qu'adaptés au droit musulman, les codes des obligations civiles et commerciales n'étaient pas, en principe, applicables aux nationaux.

On exposera, d'une manière très sélective, l'application de la rénovation d'abord au droit privé, ensuite au droit public.

A – DROIT PRIVÉ

Le droit privé marocain tire bien entendu sa source à la fois du droit musulman (statut personnel et successoral et diverses dispositions éparses dans la législation positive). La partie relevant du droit musulman a notamment fait l'objet, dans le cadre de la réforme du système judiciaire, d'une codification.

La rénovation de la partie positive a consisté à refondre la législation pénale et la procédure civile et pénale. En effet, pour transférer au droit commun les codes des obligations civiles et commerciales, il suffisait de les rendre applicables devant les juridictions marocaines unifiées.

Pour s'en tenir aux innovations essentielles, on laissera de côté diverses questions intéressant plus ou moins directement le droit privé (code de la nationalité, réforme et extension de l'état civil en particulier).

a) Codification du statut personnel et des successions

Le terme de codification doit être entendu ici au sens purement formel. Il s'agissait en effet de rassembler, dans un document d'une présentation accessible aux divers utilisateurs, l'ensemble des règles prévues en la matière par le droit musulman. Le projet devait d'ailleurs aboutir dans un délai très rapide (publication de la dernière partie le 20 février 1958 alors que la commission de préparation n'avait été constituée que le 19 août 1957).

La réalisation de cette tâche n'en demeure pas moins positive compte tenu de la nécessité, soulignée dans l'exposé des motifs du texte portant création de la commission précitée, de disposer dans un domaine aussi délicat et pouvant donner lieu à des divergences d'interprétation, d'un instrument de travail d'un intérêt pratique et pédagogique incontestable.

Il est à remarquer que la justice du chraâ, tout comme la justice hébraïque, a été intégrée dans les juridictions unifiées et qu'il n'existe plus, dans le cadre de la nouvelle organisation judiciaire, qu'un corps unique de la magistrature soumis en principe à la même formation.

Dans le même ordre d'idées, on peut signaler la récente réforme concernant le habous familial. Le dahir du 8 octobre 1977 prévoit en effet, sous certaines conditions, la possibilité pour le ministère des habous et des affaires islamiques de provoquer, dans l'intérêt général ou dans celui des bénéficiaires, le retour au droit commun des biens précédemment constitués habous (1).

(1) Une autre réforme est intervenue en ce qui concerne les habous publics situés à l'intérieur des périmètres d'irrigation (transfert à l'Etat en vue de redistribution au profit des fellahs, avec compensation ou indemnisation à charge de emploi - dahir du 25-7-69).

b) Transfert au droit commun des codes des obligations civiles et commerciales

Depuis l'unification des juridictions, le code des obligations et contrats ainsi que le code de commerce, établis depuis 1913 essentiellement pour l'usage des européens, sont tombés dans le droit commun par suite de la suppression des tribunaux dits «français» (devant lesquels, seuls, ils étaient applicables) et de la dévolution de leur compétence en toutes matières aux nouvelles juridictions marocaines unifiées.

Ce sont, rappelons-le, deux codes inspirés des législations françaises et européennes mais adaptés dès leur origine au droit musulman pour pouvoir être appliqués ultérieurement aux marocains. Cependant le fait que ces codes constituent désormais le droit commun n'exclut pas la possibilité d'y déroger en passant des conventions selon les usages.

Apparemment cette réforme n'a demandé aucune préparation puisque les codes en question ne nécessitaient aucune adaptation. Toutefois l'extension de l'application de ces codes n'a été rendue possible que grâce aux dispositions prises sur le plan de la formation des magistrats.

c) Réfonte totale de la législation pénale et de procédure civile et pénale.

Sous l'ancien régime, le seul code pénal existant était celui applicable devant des juridictions dites «françaises» (code d'instruction criminelle introduit au Maroc par une disposition législative). Ces mêmes juridictions étaient également compétentes pour appliquer les codes de procédure civile et pénale de 1913. Quant aux juridictions makhzen, elles appliquaient une législation plus sommaire.

Au lendemain de l'indépendance, cette situation ne pouvait être maintenue. D'où la rédaction de nouveaux textes dont certains ont dû d'ailleurs être adaptés plusieurs fois. Mais, comme dans tous les pays, la préparation de tels textes est extrêmement lente (10 ans au minimum).

Compte tenu de l'urgence et de l'existence de certaines bases, le premier code pénal a pu être publié en 1962, précédé d'un code de procédure pénale (1959). Quant au code de procédure civile, il n'a pu aboutir qu'en 1974.

B – DROIT PUBLIC

L'accès à l'indépendance supprimait tout obstacle à la modernisation du droit public au triple plan politique, économique et administratif. Certes, sur le plan administratif, le Maroc indépendant a pu disposer de certaines bases. Cependant, sur le plan constitutionnel, il a dû entreprendre une construction entièrement nouvelle.

Dans la mesure où la présente étude est axée sur la législation, on se permettra d'évoquer en dernier lieu la Constitution malgré sa primauté comme cadre du système normatif. L'adoption d'une Constitution en 1962 représente en effet non le commencement mais l'achèvement des fondations du système juridique marocain. Elle a d'ailleurs été précédée d'une longue préparation législative.

On est également conduit à situer d'abord les relations extérieures du Maroc indépendant, suite à l'abrogation simultanée à la fois du régime du protectorat et du statut économique international imposé par l'acte d'Algésiras de 1906, qui grevait son droit économique.

a) Sur le plan international

Libéré des limites apportées à l'exercice de sa souveraineté externe par le traité du protectorat et des servitudes qui pesaient sur ses relations économiques avec l'étranger (régime de la «porte ouverte»), le Maroc indépendant a été amené à prendre les dispositions destinées à protéger son industrie ou à encourager ses exportations (politique monétaire, régime douanier, etc).

Toutefois, il n'a nullement pris une orientation autarcique. Soucieux d'assurer son développement et tenant compte de son histoire, il s'est attaché au contraire à pratiquer une politique de large ouverture sur le monde extérieur.

D'une part, sa législation déjà favorable sur le plan des relations économiques avec l'extérieur compte tenu des garanties qu'elle offre, s'est encore développée dans le sens attractif dans le domaine des investissements.

D'autre part, cette ouverture ne se limite pas aux relations économiques mais s'inscrit dans le cadre d'une coopération internationale bien plus large comme l'indiquent les orientations tracées dans le préambule de la Constitution et confirmées par la pratique constante depuis l'indépendance.

b) Sur le plan administratif

Il existait bien un droit administratif avant l'indépendance. C'était toutefois un droit du type autoritaire car il n'y avait ni justice administrative, ni autonomie locale, ni libertés publiques. En l'absence notamment d'un contrôle de légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir, ce droit administratif n'était qu'un droit de l'administration sans plus (2).

Au lendemain de l'indépendance, il fallait non seulement apporter en ce domaine les éléments de libéralisme nécessaires mais aussi recréer de toutes pièces une administration, marocaine à la fois par ses

(2) Le contentieux de l'indemnité existait bien entendu mais rien ne permettait de sanctionner l'arbitraire dans les actes administratifs, sinon par la voie gracieuse.

cadres et par ses structures. Diverses rubriques du droit administratif devaient ainsi être revues entièrement, en particulier l'organisation administrative et la fonction publique.

Sur le premier point, la législation intervenue couvre pratiquement toute la période pré-constitutionnelle : séparation des pouvoirs et justice administrative (1957), charte des libertés publiques (1958), charte communale (1960) et l'on pourrait remonter jusqu'à la Constitution (titre premier).

La construction du droit de la fonction publique, sur la base du statut général de 1958, a d'abord consisté à mettre en place les divers statuts particuliers et à supprimer, par voie de conséquence, les dispositions transitoires et les statuts provisoires, puis à réaliser une série de réformes dont notamment la réglementation des emplois fonctionnels, qui met fin au recrutement contractuel en dehors du droit commun.

Si les structures de base ont été créées dès l'indépendance, leur extension et leur adaptation s'est poursuivie jusqu'à nos jours en particulier dans deux domaines, celui de la décentralisation fonctionnelle et celui de l'organisation interne des ministères (services centraux et extérieurs - textes publiés à partir de 1975).

Signalons en outre que la politique d'interventionnisme du Maroc indépendant a dû se traduire par de nombreuses créations institutionnelles et par la tendance récente à un certain déclin du droit des procédures considéré à partir du plan quinquennal 1973-1977 comme inadapté, au moins en partie, aux actions de développement (réforme des procédures ou créations d'organismes plus ou moins affranchis du formalisme administratif).

c) Sur le plan constitutionnel

Le droit constitutionnel marocain repose, depuis 1962, sur une Constitution écrite qui apporte des innovations capitales au droit public classique et traduit la volonté du constituant de doter le pays d'institutions politiques modernes, dans le respect de sa personnalité.

Tout d'abord, cette Constitution institue la législation démocratique et définit ses conditions sur des bases modernes (loi compétente dans les domaines essentiels élaborée par les représentants élus de la nation, responsabilité politique du gouvernement, indépendance de l'autorité judiciaire, etc).

D'autre part, le cadre normatif qu'elle trace dans son titre premier (principe de légalité, libertés publiques, etc) est défini par référence aux principes modernes tout en tenant compte du caractère musulman du Maroc, de son attachement à ses traditions et à ses options de libéralisme économique et de pluralisme idéologique.

Notons, sur le plan de l'évolution, que la Constitution de 1962 a été révisée à deux reprises (1970 et 1972). Toutefois, ces adaptations

successives ont été réalisées sur un fond demeuré pratiquement identique. Le Maroc a ainsi connu, après l'indépendance, trois Constitutions toutes adoptées par voie de référendum.

CONCLUSION

La première condition de l'efficacité du droit est naturellement son adaptation, qui doit être poursuivie en permanence. Il convient d'évoquer ici une autre forme d'adaptation rendue nécessaire par suite de la mise en œuvre de réformes rapides et généralisées, entraînant inévitablement une législation abondante.

Cette adaptation, entreprise depuis quelques années, présente deux aspects différents. Tantôt elle s'applique au fond et consiste à réviser certaines réformes dans un but d'amélioration, tantôt elle s'attache essentiellement à la forme pour assurer la bonne application des textes (réglementation en particulier, en raison de son caractère souvent détaillé).

La préparation de certaines dispositions, dans des délais records, appelle évidemment parfois une correction a posteriori. C'est ainsi, par exemple, que de nombreux textes ont dû être révisés trois ou quatre fois après l'indépendance. La plupart de ces révisions ont d'ailleurs été réalisées après expérimentation.

L'autre type d'adaptation, non moins important sur le plan de l'application, touche la rédaction des textes. Il s'agit d'améliorer ceux-ci soit en introduisant plus de souplesse, soit en éliminant la forme excessive, soit tout simplement en y apportant plus de clarté.

Diverses administrations ont été ainsi amenées à réaliser des travaux de codification, à élaborer des instructions détaillées ou des guides, afin de mettre la législation à la portée aussi bien du public concerné que des cadres administratifs chargés de son application.

Pour terminer, on peut dire que l'œuvre législative de l'après-indépendance est à la fois riche et novatrice, le droit marocain ayant été en grande partie reconstruit. Reste à souligner qu'avec des moyens techniques très pauvres au départ, cette œuvre a pu être réalisée dans l'ordre et la continuité.

DEPENDANCE ET CONNAISSANCE DU DROIT MAROCAIN UN NOUVEAU PLAIDOYER POUR LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Omar AZZIMAN*

Au moment où l'on songe à une nouvelle réforme des programmes de Licence, où l'on s'apprête à repenser les études de Doctorat et où se tient un colloque qui cherche à faire le point dans le domaine du droit après 25 ans d'indépendance, il a paru opportun de formuler quelques réflexions sur le problème de la connaissance du droit marocain.

Le thème n'est pas nouveau. Dans sa note de présentation du premier numéro de la R.J.P.E.M. le Doyen Bennouna formulait le vœu que cette revue puisse servir à combler le vide en donnant naissance à une école proprement marocaine (1). Et Jean DEPRez ouvrait ce même volume par des réflexions sur la connaissance du phénomène juridique dont il tirait un projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines (2). Mais N. Bouderbala et P. Pascon avaient déjà ouvert le débat quelques années auparavant (3). Malheureusement, ces appels n'ont pas toujours eu l'audience qu'ils méritaient. C'est pourquoi, s'agissant d'un problème fondamental, il a paru propice de revenir sur le débat en versant au dossier quelques réflexions sur les obstacles à la connaissance du droit marocain et les moyens à mettre en œuvre pour les surmonter.

En dépit du dogmatisme qui continue de dominer, il est indéniable que depuis quelque temps, certains juristes marocains (4) montrent de plus en plus d'intérêt pour la compréhension du politique, de l'économique et du social et de plus en plus de dispositions pour sub-

* Professeur à la Faculté de droit de Rabat.

(1) R.J.P.E.M. numéro 1 décembre 1976 p. 5

(2) R.J.P.E.M. numéro 1 déc. 1976 p. 11 à 80.

(3) N. BOUDERBALA et P. PASCON, *Le Droit et le fait dans la société composite* — Essai d'introduction au système juridique marocain. B.E.S.M. numéro 177 Av. - juin 1970.

(4) Le cloisonnement dans lequel vivent nos facultés nous interdit toute généralisation. C'est pourquoi il faut préciser que nous pensons principalement aux juristes de droit privé. Il appartient donc aux juristes de droit public de dire dans quelle mesure ces observations leur sont transposables.

stituer à la description techniciste et formelle une analyse globale, totalisante et explicative, où le droit ne figure que comme l'une des composantes du phénomène social. Mais force est de reconnaître que dans son enseignement, le juriste marocain demeure trop enclin à décrire l'édifice juridique du dedans et à raisonner conformément à sa logique interne, formelle et superficielle, mais rigoureuse et sécurisante. Certes, il sait que le droit n'est pas un phénomène en soi, ni l'attribut d'une société abstraite et désincarnée. Il sait que le droit est une catégorie historique, un phénomène social qui exprime ou occulte des rapports de force, des conflits et des antagonismes. Mais ces positions théoriques ne portent pas encore à conséquence dans le domaine de l'enseignement et de la recherche et leur mise en œuvre pratique est continuellement ajournée.

Cette rupture entre des positions théoriques novatrices et une pratique conservatrice semble imputable à deux causes essentielles :

- La première ne concerne pas directement les juristes car elle tient à l'insuffisance des connaissances actuelles sur la société marocaine. En dépit de nombreuses contributions d'une qualité incontestable, le juriste qui quitte la sphère du droit, continue de se heurter à un vide théorique sur des questions aussi fondamentales que la nature de la formation sociale marocaine, sa structuration, ses contradictions, son histoire, sa trajectoire, son devenir etc... Ce vide théorique se double de l'inadéquation d'un outillage conceptuel d'emprunt, des méthodes d'analyse à affiner ou à inventer, des cadres de référence à repenser, des outils de travail à forger...

Le problème dépasse donc les horizons d'un juriste mais il n'en constitue pas moins un obstacle objectif à l'appréhension globale du droit (5).

- La deuxième met directement en cause le juriste car elle tient à l'extranéité du droit marocain, à sa dépendance et à son inadaptation aux réalités sociales.

L'analyse globale, qui semble attirer un nombre croissant de juristes, peut être menée sans trop de mal lorsque le droit étudié est le produit du corps social et qu'il entretient avec le vécu social un rapport de filiation et/ou de parenté. Le changement d'optique permet alors d'affiner, de nuancer, de relativiser et de rendre explicative l'analyse juridique. Le détournement par l'investigation sociologique permet de mieux déterminer la place du droit et de localiser les points de conflit et d'ineffectivité. Mais la démarche nouvelle ne révèle qu'exceptionnellement une inadéquation profonde du droit à la réalité so-

(5) Le problème se rencontre dans toutes les sciences sociales et les chercheurs marocains se heurtent au même obstacle quelle que soit leur spécialité : histoire, sociologie, économie...

ciala. Elle ne débouche qu'accidentellement sur la rupture qui du reste, ne saurait être globale.

Mais au Maroc il en va différemment car l'analyse globale se heurte à l'extranéité et à la dépendance d'un droit étranger à la réalité sociale. L'analyse sociologique commande d'emblée le divorce et le seuil de rupture est immédiatement atteint tellement est profond le fossé qui sépare le droit de la réalité, tellement est grande l'inadéquation du droit. D'entrée de jeu le changement de perspective se révèle déroutant. Par un coup de baguette magique l'édifice imposant et harmonieux qui puisait sa force et sa cohérence dans sa logique interne, se mue en un tissu de distorsions, un fatras de contradictions. Dès qu'on s'efforce de rendre compte du droit par référence à la société, l'harmonie s'éclipse, la logique éclate, le mécanisme se grippe, les jeux sont faussés. La règle cède aux exceptions, la logique à l'irrationnel, la rigueur à l'impondérable, le droit au fait. La règle majestueuse et implacable baisse l'échine et s'infléchit dans les directions les plus inattendues, les sources se multiplient et l'interprète à peine sorti de son univers familier et rigoureusement ordonné, ne pense plus qu'à regagner au plus vite le monde clos et sécurisant qu'il venait de quitter. Déçu et rassuré, il retrouve l'analyse formelle et novateur dans l'âme il se fait dogmatique dans les faits.

Le dogmatisme qui prévaut à l'heure actuelle n'est donc pas toujours le résultat d'un choix délibéré et peut ne constituer qu'une position de repli adoptée en désespoir de cause. Mais expliquer n'est pas justifier... Le «retour» au dogmatisme quelles qu'en soient les causes - n'en demeure pas moins une solution de facilité d'autant plus inadmissible qu'elle ré-accepte de s'en tenir à la description d'un univers artificiel qu'elle sait totalement coupé de la réalité. Il est vrai que la dépendance et l'extranéité du droit marocain rendent difficile son analyse globale (I). Mais cette même dépendance et cette même extranéité appellent avec une urgence et une insistance redoublées l'abandon de l'analyse formelle et imposent l'étude critique. Du reste l'obstacle tenant à l'extranéité du droit n'est plus insurmontable depuis que la sociologie juridique a tracé la voie à suivre pour rendre compte de manière explicative des contradictions de la matière (II).

Mais le projet étant de taille, puisqu'il s'assigne pour objectif de rompre avec la dépendance et de parvenir à une meilleure connaissance du droit, on comprendra qu'on ne puisse s'en tenir à des initiatives individuelles et qu'il soit nécessaire de créer un centre de réflexion et de recherche de nature à donner à l'enseignement du droit une impulsion et une orientation nouvelles (III).

I — LA DÉPENDANCE, OBSTACLE A LA CONNAISSANCE

La dépendance n'est certes pas le seul obstacle à la connaissance du droit marocain (6) mais elle constitue incontestablement le principal foyer de résistance à l'analyse globale.

Le phénomène de la dépendance apparaît comme un thème de réflexion profondément labouré par les sciences sociales. Mais, fort curieusement, il ne semble pas avoir inquiété les juristes alors même que la dépendance du droit apparaît comme l'une des formes les plus aliénantes de la dépendance culturelle.

La dépendance est intimement liée à la colonisation mais elle ne disparaît pas toujours avec la décolonisation. Au Maroc, cette permanence se vérifie sur le terrain du droit tant il est vrai que 25 ans après l'Indépendance le droit marocain demeure très largement dépendant, principalement à l'égard du droit français, (7) aussi bien en ce qui concerne son élaboration (A) qu'en ce qui concerne son application (B) et son enseignement (C).

A. LA DÉPENDANCE DANS L'ÉLABORATION DU DROIT

Sans même parler du mimétisme culturel, politique et économique qui caractérise la vie sociale marocaine (8), on peut dire, sans quitter la sphère du droit - et sans aucune prétention à l'exhaustivité - que la société marocaine se trouve très largement régie par des règles issues de législations étrangères et conçues pour répondre aux besoins d'une autre société (9).

Bien entendu, cette dépendance du droit marocain s'explique d'un point de vue historique. La colonisation politique et économique s'est naturellement accompagnée d'une colonisation législative. Les autorités du Protectorat ont puisé, d'instinct, dans leurs droits respectifs pour placer la communauté coloniale sous l'empire de la loi

(6) Dans son étude précitée, J. DEPREZ a mis en évidence bien d'autres obstacles tels que l'accès à l'information, la déperdition de la jurisprudence, l'absence de débat sur les problèmes du droit...

(7) Le droit français occupe à l'évidence le devant de la scène mais il n'exclut nullement, par moments et de manière plus ponctuelle, l'influence d'autres législations (régime des immeubles immatriculés, juridictions communales et d'arrondissement, etc...).

De plus, une étude plus fouillée devra chercher à déceler l'influence de l'école juridique « orientale » et notamment égyptienne colportée par la littérature juridique et l'enseignement. Mais, sans préjuger des résultats d'une telle investigation, on peut se demander si, après le détour, on ne risque pas de retrouver — dans une mesure non négligeable — une influence de « seconde main » du système français.

(8) Voir P. PASCON *La grande maladie du Maroc c'est la greffe des modèles...* Lamalif numéro 94, jan. fév. 1978.

(9) Il s'agit du droit dit moderne fortement inspiré du droit français qui a été introduit au Maroc par le Protectorat et qui régit à l'heure actuelle la totalité des activités économiques modernes.

de l'occupant. Mais l'explication historique ne vaut que pour une durée déterminée. Au delà de l'indépendance, la reconduction d'une bonne partie de la législation coloniale (10) et l'adoption de textes nouveaux mais fortement inspirés du droit français, révèlent un état de dépendance pathologique (11).

Ainsi donc, au Maroc, la décolonisation n'a pas remporté dans son reflux la législation coloniale (12).

Pour expliquer, justifier ou occulter la permanence du droit colonial on a pu invoquer divers arguments.

— Le premier consiste à dire que le droit colonial n'est pas la simple copie du droit français mais bien plutôt le résultat d'une synthèse originale qui laisse au droit local une place considérable. Le D.O.C. est alors appelé à la rescousse en tant qu'illustration parfaite de la synthèse harmonieuse entre «les différentes législations civiles de l'Europe et le droit musulman» (13). Mais outre le fait que de par ses origines, le D.O.C. occupe au sein de la législation coloniale une place à part, il est permis de se montrer sceptique sur la place réservée par ce texte au droit local. Il est vrai que le D.O.C., initialement conçu pour recevoir application entre tunisiens, comporte

(10) Pour s'en tenir aux grands codes du protectorat il suffit de dire qu'à l'exception du code pénal, du code de procédure pénale et du code de procédure civile (qui a été conservé jusqu'en 1974), tous les autres textes demeurent en vigueur. Il en est ainsi du D.O.C., du dahir foncier, du code de commerce et même du «dahir sur la condition civile des français et des étrangers dans le Protectorat du Maroc».

(11) Cette dépendance pathologique revêt parfois des aspects extrêmement choquants. On pense en particulier, mais ce n'est qu'un exemple — au dahir du 4 mai 1925 relatif à l'organisation du «notariat français». Ce texte qui fait partie intégrante du droit positif continue de réserver l'exercice du notariat «aux personnes de nationalité française» (art. 7).

(12) Il est vrai qu'à deux reprises il a été officiellement question d'une refonte globale de la législation coloniale. La première remonte aux premiers jours de l'Indépendance. Une commission avait été chargée d'élaborer un droit nouveau inspiré du droit musulman. Mais seule la réforme du droit de la famille réussit à voir le jour. La deuxième remonte à la première expérience parlementaire et plus précisément à la loi d'unification qui se prononçait en faveur d'une révision du droit en vigueur (voir article 3 de la loi du 26 janvier 1965). Mais sur ce point précis la loi d'unification n'a été suivie d'aucun effet.

L'histoire de la marocanisation du droit est donc faite d'occasions manquées (sur ce point, voir Aïlal Al FASSI, *Défense de la loi islamique*, trad. Ch. Samarra..)

(13) S. BERGE souligne dans sa note de présentation du D.O.C. que la première caractéristique de ce code tient en ce qu'il «concilie les différentes législations civiles de l'Europe avec le droit musulman dans des conditions telles que ni les étrangers, ni les marocains ne soient exposés à y rencontrer rien qui soit incompatible avec leurs mœurs et leurs habitudes respectives».

bon nombre de dispositions issues du droit musulman (14). Mais ce n'est là que la partie visible de l'iceberg. En profondeur, le code marocain consacre une conception du contrat et de la responsabilité civile issue en droite ligne du droit français et en rupture avec les conceptions du droit musulman (15). Dans ces conditions, force est de conclure que même lorsque, à titre exceptionnel, le droit colonial s'est laissé infléchir par le droit local, la part du droit français est restée largement prédominante.

- Le deuxième argument s'appuie sur les options politiques et économiques du Maroc indépendant pour en déduire qu'un droit d'inspiration française ne peut que convenir aux besoins d'une société capitaliste engagée dans la voie de la modernité. Mais outre le fait que par certains de ses aspects la société marocaine refuse de se laisser enfermer dans les catégories du capitalisme et de la modernité (16), cette explication mécanique et simpliste fait bon compte des dimensions sociologiques du droit et n'accorde aucune place à des données aussi décisives que les structures sociales, le niveau de développement, les pratiques sociales, les traditions, les croyances, les coutumes, les mœurs, les mentalités... Une telle conception qui méconnaît les soubassements sociologiques du droit conduit à l'adoption de textes, certes modernes, mais inadaptés et partant dépourvus d'effectivité et de rentabilité sociale. Qu'on feuillette le code pénal, œuvre moderne pour son temps, adopté six ans après l'indépendance (17). On y trouvera l'incrimination d'une foule de comportements qui tissent la trame de la vie quotidienne parce que liés à l'état de développement du pays et qui ne soulèvent aucune réprobation sociale. On citera à titre d'exemples la mendicité (articles 326 et s.), le vagabondage (articles 329 et s.), le fait de dire l'avenir et d'expliquer les songes (articles 609, 35e), de maltraiter les animaux domestiques (articles 609-37e) etc... Force est donc de constater que le «capitalisme» et la «moderni-

(14) Voir P. DECROUX, *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*. I.H.E.M. Collection du centre d'études juridiques. T. XXXVI. L.G.D.J. 1952. Du même auteur, *Origine et originalités du D.O.C.*, G.T.M. 1958 p. 19

(15) Ch. CHEHATA a consacré une bonne partie de son œuvre à démontrer les différences essentielles entre le droit français et le droit musulman en matière de contrats et de responsabilité civile (voir en particulier, Ch. CHEHATA, *Études de droit musulman*, P.U.F. 1971 et *Le contrat en droit musulman*, A.P.D. T. XIII, 1968 p. 129). Il est vrai que CHEHATA a étudié principalement le droit hanefite et il reste à prouver que ses conclusions sont valables en droit malékite.

(16) Voir P. PASCON, *La formation de la société marocaine* in B.E.S.M. numéro 120-121 janv.-fév. 1971.

(17) Dahir du 26 novembre 1962.

té» n'expliquent pas tout parce qu'ils passent au-dessus des profondeurs sociologiques.

On pourrait penser, les textes cités n'étant pas d'hier, que cette dépendance législative n'est que le vestige d'une période écoulee et qu'elle est appelée à se réduire au fil du temps (18). Pourtant le dépouillement des bulletins officiels postérieurs à l'unification du droit commande de conclure à la permanence du phénomène. Sans tomber dans l'inventaire fastidieux des textes, on peut se limiter à constater que la législation postérieure à 1965 est, dans un grand nombre de secteurs, directement ou indirectement issue du droit français. Il en est ainsi des textes qui régissent des activités de services aussi vitales que l'activité bancaire (19) celle des assurances (20) des agences de voyage (21) ou des professions libérales (22). Et on pourrait en dire autant de bien d'autres secteurs de la vie économique.

On voit donc, sans même recourir à des exemples spectaculaires qui manifestent une dépendance flagrante parce qu'ils troublent ouvertement l'ordre juridique local (23), que les instances chargées de l'élaboration du droit continuent de prendre exemple sur le modèle français perpétuant ainsi la dépendance du droit marocain.

Les règles et les institutions nées en France pour s'imbriquer dans le système juridique français et fonctionner conformément à sa logique interne, viennent renforcer l'éloignement du droit lorsqu'elles

(18) C'était l'idée et l'espoir de ceux qui expliquaient la dépendance du droit marocain par la présence des conseillers techniques français dans les services de législation. (voir not. Allal El FASSI. *Défense de la loi islamique*, op. cit). Mais la permanence du phénomène après la diminution du nombre des assistants techniques oblige à croire que les causes sont à la fois plus complexes et plus profondes.

(19) Déc. Roy. portant loi 21 avril 1967.

(20) Non seulement l'arrêté viziriel du 28 novembre 1934 mais aussi le dahir portant loi du 23 avril 1974 (assurance à l'exportation) et surtout le dahir du 9 octobre 1977 (présentation des opérations d'assurance et exercice de la profession d'intermédiaire).

(21) Dahir du 8 octobre 1977 relatif aux agences de voyages

(22) Décret Royal 11 décembre 1965 relatif à l'ordre des médecins

Dahir portant loi 18 décembre 1976 relatif à l'ordre des architectes

Dahir portant loi 15 février 1977 relatif à l'ordre des chirurgiens dentistes

Dans une moindre mesure loi 8 novembre 1979 relative à l'exercice de la profession d'avocat.

(23) Un exemple ancien et bien connu : l'article 6 du code de commerce qui subordonne l'exercice du commerce par la femme mariée à l'autorisation du mari. Un exemple récent et moins connu : le règlement intérieur de la profession d'architecte a été littéralement copié sur le texte français au point que ses rédacteurs n'ont même pas pris la peine de rectifier les renvois à la loi française !

sont transposées au Maroc. L'extranéité du droit qui en découle rend incontestablement plus difficile une analyse globale et explicative mais elle confère à l'analyse formelle un caractère plus artificiel et plus illusoire.

B - LA DEPENDANCE DANS L'APPLICATION DU DROIT

La dépendance législative autorise à fonder de grands espoirs sur la pratique. On est donc en droit d'attendre du praticien, en contact permanent avec la réalité sociale, qu'il œuvre pour une adaptation de la loi. Chargé d'appliquer une règle à un milieu pour lequel elle n'a pas été conçue, le praticien se doit, à force de créativité, d'atténuer les disparités et de contribuer, autant que possible, à l'adaptation du droit. Entre les mains du praticien, la règle venue d'ailleurs se doit d'être naturalisée, acclimatée, investie d'une teneur sociologique nouvelle.

Mais il y a loin entre l'audace que requiert la mission dévolue aux praticiens et les faits. Pour autant qu'on puisse connaître les pratiques juridiques et judiciaires marocaines, on ne peut que conclure à une nouvelle forme de dépendance :

- Tout d'abord une dépendance prévisible, presque naturelle, celle de la jurisprudence du protectorat. Magistrats et avocats avaient été formés à l'école européenne et dans les prétoires métropolitains. Consciemment ou inconsciemment ils transposaient au Maroc les schémas et les modèles acquis à l'étranger et infléchissaient les institutions locales vers les catégories du droit français. Il y a eu certes des excès, des références directes ou implicites à la loi française là où par miracle le droit marocain faisait preuve d'originalité (24). Mais faut-il s'en étonner quand on sait que le droit colonial était appliqué aux étrangers par des étrangers sous le contrôle de juridictions de cassation étrangères ?
- Mais cette dépendance devait logiquement cesser après l'Indépendance et surtout avec la marocanisation et l'arabisation de la jus-

(24) Le D.O.C. fournit deux exemples intéressants :

Le premier est celui de l'article 54 qui ajoute aux vices traditionnels du consentement l'état de maladie et les cas analogues. Ce texte particulièrement souple et extensible renferme des ressources considérables. Mais n'ayant pas son équivalent en droit français il n'a été appliqué que « du bout des doigts » et la jurisprudence s'est efforcée de restreindre son champ d'application. Voir à titre d'exemple. C. Cass. Civ. 1er avril 1957, G.T.M. 19 juin 1957 p. 78. Le deuxième est celui de l'article 72 qui contrairement à la règle « nemo auditur » autorise la répétition de ce qui a été payé pour une cause illicite. Mais en dépit des termes clairs de l'article 72 - la jurisprudence a prononcé à plusieurs reprises l'irrecevabilité de la demande en restitution. (voir trib. 1ère inst. Casa 3 fév. 1928 G.T.M. 1928 p. 92, trib. 1ère inst. Casa 1er juin 1959 R.M.D. 1960 p. 123 note P.DECROUX).

tice. Pourtant — et autant qu'on puisse connaître la jurisprudence actuelle — la dépendance paraît se perpétuer sous des formes diverses.

. En premier, lieu, il est indéniable que la jurisprudence du protectorat continue d'exercer une influence considérable sur la pratique juridique et judiciaire. Cette fidélité à l'œuvre coloniale a été certes dénoncée par des voix autorisées, mais elle n'en demeure pas moins réelle et dans un sens compréhensible. En effet, la jurisprudence de l'époque coloniale a été recueillie avec soin, publiée et commentée de sorte qu'elle demeure à l'heure actuelle d'un accès relativement facile. Le praticien le plus conscient des limites et du vieillissement de l'œuvre judiciaire coloniale s'y réfère quand même à défaut d'autres références. Mais rares sont les praticiens qui éprouvent de tels scrupules. Pour la plupart d'entre-eux cette jurisprudence, œuvre de magistrats d'une exceptionnelle compétence qui avaient une parfaite connaissance du « droit moderne », doit toujours servir de modèle à imiter et d'exemple à suivre. Ainsi, de par l'autorité qui lui est reconnue et le prestige qui l'entoure, cette jurisprudence, excessivement « francisée » et aujourd'hui dépassée, renforce et perpétue la dépendance du droit marocain.

. Par ailleurs, la pratique juridique et judiciaire marocaine continue d'évoluer dans le sillage du droit français. Non seulement parce que les praticiens marocains travaillent souvent avec des outils français (répertoires, recueils, formulaires, manuels, traités, articles de doctrine...), mais aussi parce que la jurisprudence française continue d'être invoquée dans les prétoires marocains où elle exerce une influence incontestable. Il en est ainsi non seulement en droit administratif où la jurisprudence du conseil d'État fait autorité, mais aussi en droit civil, commercial, pénal...

. Enfin, on doit ajouter que le juge marocain manque d'audace dans l'interprétation des textes et qu'il se montre excessivement respectueux de la lettre des lois même quand elles sont manifestement inadaptées. Si en théorie le juge est doté d'un pouvoir créateur, en fait, la part de la créativité est infime (25). Fort curieusement,

(25) On ne peut nier que sur certains points la jurisprudence marocaine des deux dernières décennies a su faire preuve d'originalité (dans l'interprétation de l'art. 88 du D.O.C., C.S. 26 janvier 1960 R.A.C.S. ch. Civ. T. 1^{er} p. 136, dans l'interprétation de l'article 427 du D.O.C., C.S. 30 déc. 1965 R.A.C.S. ch. civ. T. 2 p. 51 ; en matière de contrats par correspondance : C.S. 11 avril 1961 R.A.C.S. ch. civ. T. 1^{er} p. 240 ; en matière de transport bénévole : C.S. 20 déc. 1967, G.T.M. 1968 p. 23...) et prendre ses distances à l'égard des solutions antérieures (sur la question de l'application de la loi étrangère et de l'ordre public : C.S. 4 fév. 1977, Al Mouhamat numéro 13 p. 107 et C.S. 1^{er} septembre 1977, Al Mouhamat numéro 13 p. 111...). Mais on admettra facilement qu'il s'agit là de solutions ponctuelles qui n'apportent qu'un grain de sable à la construction d'un édifice juridique nouveau.

l'œuvre prétorienne fait singulièrement défaut dans un pays où les textes sont souvent d'origine étrangère et partant inadaptés. Quelle que soit l'explication de ce conformisme, il est indéniable qu'il renforce et accentue l'inadéquation du droit (26). Dans ces conditions, on ne sera point étonné de voir certains milieux contourner les tribunaux pour recourir à d'autres procédés de règlement.

C_ LA DEPENDANCE DANS L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

Rien ne ressemble plus aux écoles de droit françaises que les écoles marocaines de droit : même organisation, mêmes disciplines, même répartition, même structuration des études. Le droit marocain largement issu du droit français est enseigné dans le même esprit et selon les mêmes procédés que ce dernier. La dépendance de l'enseignement est donc très grande et elle revêt les formes les plus variées.

- Elle se traduit d'abord par d'inévitables incursions en droit français. Le recours à l'histoire étant indispensable à la compréhension des institutions juridiques et les origines du droit marocain étant ce qu'elles sont, les investigations historiques conduisent très souvent à l'histoire des institutions françaises et au-delà au droit romain. Pour peu que l'enseignant ait le souci de l'analyse et de l'explication des phénomènes étudiés son enseignement se trouve truffé de droit français et parsemé de locutions latines ! De plus, la doctrine et la jurisprudence marocaines n'étant pas toujours d'un grand secours, c'est dans la doctrine et la jurisprudence françaises que l'enseignant marocain puisera sa science et ses illustrations.
- En ce qui concerne la méthodologie on retrouve l'influence très sensible de l'école juridique française : même souci de rigueur, de division et de subdivision hérité du cartésianisme, même importance accordée à la forme, même soin apporté aux transitions et aux annonces, même type d'exercices (dissertation, commentaire de décision judiciaire, consultation...) bref, même attachement à un bréviaire méthodologique plus ou moins conventionnel.
- Mais il y a plus grave car la dépendance à l'égard de l'école française pénètre le contenu de l'enseignement au point que les notions fondamentales du droit français se retrouvent telles quelles en droit marocain.

(26) Il y a lieu de marquer ici un temps d'arrêt car il est tout de même étrange que dans un pays où le droit jurisprudentiel a longtemps occupé le devant de la scène (voir J. Berque, *la méthode juridique maghrébine*, Rabat 1944, not. chapitre II p. 21 et s.) et où le rôle créateur du juge plonge ses racines dans les traditions les plus profondes (J. Berque, *op. cit.*), on soit aujourd'hui réduit à déplorer la régression de la jurisprudence et la démission du juge. Il y a là une mutation de la fonction de juge, un retour anachronique au «taklid», et partant, un nouveau champ d'investigation qui s'offre à la recherche.

Le système juridique marocain est supposé unitaire, homogène et monolithique alors qu'il apparaît plutôt comme un agglomérat d'éléments disparates et différenciés. Le droit officiel est présenté comme ayant le monopole de la régulation sociale alors qu'il n'occupe souvent qu'une place marginale cédant la primauté à un droit non-étatique mais plus chargé d'effectivité. La distinction droit public-droit privé conserve sa place de «*summa divisio*» alors que les données historiques, la carence du secteur privé et l'omniprésence de l'État la privent d'une bonne partie de sa signification. L'adage «*nul n'est censé ignorer la loi*» est considéré comme l'un des postulats de base du droit positif même si la grande majorité de la population ne sait pas lire. Le droit est soigneusement distingué de la religion même si les interférences sont souvent inextricables et quand bien même les commandements religieux se révèlent parfois plus contraignants que les commandements juridiques. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est présenté comme une règle intangible alors que les *caïd* exercent en fait des fonctions d'ordre judiciaire, que les gouverneurs sont légalement habilités à édicter des sanctions répressives et que la chambre administrative de la Cour Suprême refuse d'étendre son contrôle sur les actes administratifs du chef de l'État.

La dépendance du droit marocain qui a pu être vérifiée au niveau de son élaboration, de son application et de son enseignement engendre l'inadaptation du droit à la réalité sociale. Mais le corps social réagit et l'acculturation juridique provoque, en dehors des circuits officiels, les effets les plus divers : modification, dénaturation, ineffectivité de la règle. Au niveau du vécu, le droit marocain s'écarte donc considérablement de son expression textuelle. Il subit, au niveau sociologique, un traitement qui le transforme et l'éloigne de sa signification première. Il est parcouru par des contradictions, traversé par des logiques différentes et fait l'objet de tiraillements qui l'infléchissent dans les directions les plus opposées. Il entre en conflit, se heurte ou compose avec des phénomènes juridiques qui plongent leurs racines dans les profondeurs historiques et sociologiques. Et l'ampleur du phénomène rend à la fois plus difficile et plus nécessaire l'analyse globale car la démarche formelle se révèle incapable de rendre compte de la complexité du réel. La description formelle, qui suppose une relative conformité du droit au fait, reste au niveau de la surface visible et partant passe à côté des réalités. Si une telle démarche est partout insuffisante, au Maroc elle fausse complètement la connaissance du droit. De par son extranéité, le droit marocain ne peut être saisi qu'à travers ses prolongements sociologiques, il ne peut être compris que s'il est replacé dans la globalité sociale. Ce qui compte, ce n'est pas la règle en elle-même, mais son application, sa

perception, son interprétation, sa violation, son effectivité ou ineffectivité, sa réception ou son rejet, sa substitution ou son remplacement. Le juriste en quête de connaissance doit rompre avec le dogmatisme, se départir de ses préjugés et sacrifier les a priori. Et dans cette direction il ne peut éluder la voie sociologique car l'acculturations juridique et la réception des droits intéressent directement et en priorité la sociologie juridique.

II – LA VOIE SOCIOLOGIQUE, MOYEN DE CONNAISSANCE

Il est bien établi que ce sont les disciplines dogmatiques – dont le droit fait partie – qui offrent les plus vives résistances à la pénétration de la sociologie. Mais l'expérience prouve que les préoccupations sociologiques finissent par l'emporter quand on prend conscience de l'inadéquation du droit et qu'apparaît une volonté de compréhension et de changement. Ces conditions étant largement réunies, le moment est donc venu de donner à l'enseignement du droit une orientation sociologique. Cette orientation nouvelle s'impose avec d'autant plus de force qu'elle permet de réaliser un double progrès :

- Au niveau théorique, elle permet une meilleure connaissance du droit et partant un renouvellement de la réflexion sur le droit (A);
- Au niveau pratique elle permet d'éclairer les pouvoirs publics sur les réalités sociales dans lesquelles s'imbrique le droit et partant de rompre le cercle vicieux de la dépendance (B).

A – L'APPORT THEORIQUE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

La sociologie juridique se définit par opposition au droit dogmatique. Les deux disciplines ont, assurément, le droit pour objet. Mais elles se séparent et s'opposent par une différence d'angle de vue, de distanciation à l'égard de l'objet observé.

Le droit dogmatique étudie le droit en lui-même du dedans, comme absolu. La sociologie juridique observe le droit de l'extérieur, le plonge dans la globalité sociale et cherche l'explication du droit en dehors du droit, dans les causes qui le déterminent et les effets qu'il produit.

Le droit dogmatique étudie la règle juridique comme une donnée statique se nourrissant d'elle même et trouvant en elle même sa raison d'être et sa propre fin. La sociologie juridique s'occupe de la vie mouvante et agitée des normes et de la courbe accidentée de leurs effets : origine, évolution, conflit, effectivité, désuétude, résurgence...

Le droit dogmatique étudie la règle de droit au moyen de la lecture textuelle et de la description technique. La sociologie juridique cherche à expliquer le droit par la problématique sociale.

Le droit dogmatique voit dans le droit un système unitaire, une en-

tité homogène, un bloc monolithique. La sociologie juridique fait éclater l'édifice et «pulvérise le bloc en une infinité d'atomes» (27).

On voit donc que même si elle travaille sur le même objet que le droit dogmatique, la sociologie juridique y apporte une autre vision, une autre intention, un autre projet. L'utilité pratique du droit dogmatique l'emporte certainement sur la sociologie juridique (28). Mais du point de vue théorique, du point de vue de la compréhension et de la connaissance, la sociologie juridique l'emporte très largement sur le droit dogmatique. Et de fait, dans l'ordre théorique la sociologie juridique permet à la fois une meilleure connaissance (I), une meilleure explication (II) et une meilleure appréhension du droit (III).

1— «La sociologie juridique semble n'avoir d'autre raison d'être que de déchirer le voile et de retrouver le contact avec les réalités perdues» (29). C'est par ce biais que la sociologie juridique apparaît comme un instrument de connaissance du droit. Et si le changement de perspective est toujours enrichissant, au Maroc il décèle des trésors insoupçonnables en raison précisément de l'extranéité du droit, de son inadéquation et des conséquences qui en découlent. C'est un univers nouveau et féérique qui s'offre alors au juriste qui accepte de désacraliser la règle formelle et cherche à étudier, en dehors de tout à priori, le phénomène juridique dans toute sa richesse et dans toute sa complexité. L'optique sociologique invite à tout reconsidérer à commencer par l'idée d'un système juridique unitaire. Au Maroc elle montrerait qu'il n'y a pas un système unique mais un ensemble de systèmes ayant chacun son histoire, sa souche culturelle, sa logique interne, sa trajectoire et son devenir. On verrait ainsi le droit moderne, étatique, officiel, extraverti, coexister ou rivaliser avec un droit coutumier extrêmement diversifié qui plonge ses racines dans l'histoire millénaire et qui lui même compose avec un droit ancien mais prestigieux parce que imbriqué dans les sphères du sacré. Mais le pluralisme ne s'arrête pas là, car les frontières ne sont pas étanches (30) Ces ensembles juridiques s'ils semblent avoir conservé leur nature profonde, paraissent avoir perdu par un phénomène d'osmose, leur pureté originelle. D'où une mosaïque de droits plus ou moins différenciés, un enchevêtrement de règles de provenances diverses, des mouvements de flux et de reflux...

(27) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, P.U.F. 1978.

(28) Du reste, la sociologie juridique ne prétend à aucune finalité technique et n'entend nullement contribuer à la formation pratique du juriste.

(29) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 253.

(30) En ce qui concerne le particularisme et l'originalité du fikh maghrébin et la perméabilité qui le caractérise, voir les très belles pages que J. BERQUE consacre à la question : *La méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, not. Chap. VI p. 79) avant de conclure à «la nature composite du fait juridique maghrébin». (op. cit. p. 83).

Bien entendu le constat ne suffit pas. Il faut encore déterminer le contenu des systèmes en présence, leur logique de fonctionnement, leur mode de reproduction, leur assise géographique et socio-économique. Il faut encore évaluer leur autorité respective, déterminer les zones de coexistence paisible, localiser les frontières litigieuses, rechercher les règles de conflit... Vaste programme qui appelle des recherches de longue haleine mais qui fait apparaître déjà que la sociologie juridique peut prétendre accéder à un degré de vérité supérieur à celui dont se contente le droit dogmatique.

2— Si la sociologie juridique se limitait à élargir et à enrichir le champ d'investigation en vue de parvenir à une meilleure connaissance du droit, cela suffirait à légitimer son adoption. Mais la sociologie juridique va plus loin en cherchant à expliquer, en s'efforçant de découvrir le pourquoi, en essayant de dégager les rapports de causalité. Pour en revenir à l'hypothèse du pluralisme juridique au Maroc, la sociologie juridique se donnera pour tâche de rechercher l'explication du phénomène en fournissant la réponse appropriée aux questions qu'on ne peut éluder.

Comment expliquer la survivance d'un droit coutumier ancestral après l'adoption officielle du droit musulman ? Par le maintien des structures tribales ? Par les besoins d'une économie de subsistance ? Par la capacité de récupération et d'assimilation du droit musulman ? Par la distinction entre bled siba et bled makhzen ? Par la résistance au nouveau droit et le repli sur soi ? (31).

Comment expliquer la pérennité du droit musulman face à l'invasion du droit moderne d'origine étrangère ? Par la survivance des structures sociales traditionnelles et d'un mode de production ancien ? Par la politique coloniale ? Par l'attachement à un droit révélé ? Par l'indéquation du droit importé ? Par l'absence d'une volonté politique de rupture ? Par souci d'authenticité ? Par fidélité à un patrimoine culturel ?...

Comment expliquer l'adoption et l'expansion d'un droit moderne ? Par les mutations sociales ? Par l'implantation d'un mode de production capitaliste ? Par les impératifs du développement ? Par l'essoufflement des droits locaux ? Par des choix politiques et économiques ? Par mimétisme de l'occident ? ...

Mais les réponses partielles ne pourront servir d'explication globale. Il faudra donc approfondir en s'élevant à un plus haut niveau de généralité, pour rechercher s'il s'agit d'une simple juxtaposition de systèmes juridiques différenciés, ayant chacun sa logique de fonction-

(31) Et quand elle aura trouvé les explications, la sociologie juridique devra encore nuancer et affiner car ce qui peut être vrai pour telle région, ne le sera pas nécessairement pour telle autre...

nement (32), ou si, derrière la diversité apparente, il n'y a pas une solidarité structurelle ou, une tendance à l'unité tenant à la domination d'un système sur les autres (33).

3 — La sociologie juridique permet donc de comprendre, elle permet de rendre compte de manière explicative mais elle permet aussi la critique. En replaçant le droit dans le contexte socio-économique et en recherchant les zones de conflit et les points de rupture entre les institutions juridiques et l'environnement social, la sociologie juridique oblige à prendre position sur l'adaptation ou l'inadaptation de l'ordre juridique, sur sa fonction, sur sa finalité sociale. La recherche en matière juridique ne peut donc plus se couvrir du voile hypocrite de la neutralité technique. De deux choses l'une : ou le droit se révèle satisfaisant et le chercheur adopte une position favorable à l'ordre établi ; ou il ne l'est pas, et le juriste qui opte pour le changement, adopte une position critique. Ce n'est pas le moindre mérite de la sociologie juridique que d'avoir démystifié la fiction de l'autonomie du juridique (34).

B_ LA FINALITÉ PRATIQUE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Outre sa contribution à la connaissance du droit, la sociologie juridique poursuit une finalité pratique et utilitaire qu'on ne saurait négliger. Dans un pays où le droit souffre de son extranéité, la sociologie juridique peut fournir des informations précieuses au législateur et au juge soucieux de connaître leur environnement social et désireux d'avoir une emprise sur les réalités.

1 — La sociologie juridique au service du législateur

Les législateurs de nombreux pays ont recours à la sociologie légis-

(32) L'hypothèse de la société « composite » a conduit N. BOUDERBALA et P. PASCON à retenir la thèse d'une pluralité de systèmes (voir, *Le droit et le fait dans la société composite - Essai d'introduction au système juridique marocain*. B.E.S.M. numéro Avril-juin 1970).

(33) Domination qui serait elle-même le « reflet » de la domination exercée par tel ou tel mode de production. Thèse défendue par M. Miaille (une introduction critique au droit p. 234 et s) et qui paraît avoir séduit N. BOUDERBALA (*Sur une introduction au droit* - R.J.P.E.M. numéro 3 déc. 1977, not. p. 1B).

(34) Sur ce point, voir A.J. ARNAUD, *Une nouvelle enquête sur l'état de la sociologie juridique en France, Bilan de cinq années d'enseignements et de recherches* R.T.D. civ. 1975, p. 492 et s (not p. 504 et 505).

lative chaque fois qu'ils comptent entreprendre une réforme importante (35).

Au Maroc, où la pratique est inconnue, la sociologie législative pourrait rendre de très grands services à ceux qui assurent la délicate mission de confectionner le droit.

Dans le domaine du droit familial, dont la réforme est à l'étude depuis quelque temps, la sociologie juridique pourrait renseigner très utilement sur l'état des pratiques sociales. Des enquêtes sociologiques fourniraient les informations les plus utiles sur les questions les plus névralgiques. On saurait ainsi à quoi s'en tenir sur l'importance réelle de la polygamie, la fréquence des répudiations, les chances d'aboutissement d'une action en divorce intentée par l'épouse etc...

Bien entendu, l'enquête sociologique n'oblige nullement le législateur à aligner le droit sur le fait. La décision finale revient toujours au législateur souverain et elle est politique. Mais la sociologie juridique peut révéler les foyers de résistance et proposer les moyens appropriés pour vaincre les obstacles. Elle peut éviter aux «décideurs» de faire des lois condamnées à l'ineffectivité et les aider à préparer le terrain à une réforme nécessaire mais difficile.

Dans le domaine de l'organisation judiciaire la sociologie juridique

(35) Sans même parler des États Unis où le recours à la sociologie législative est pratiquement institutionnalisé, on doit signaler que de nombreux pays européens n'hésitent pas à recourir à la sociologie législative avant d'entreprendre des réformes importantes.

En France, où la pratique est pourtant récente, les pouvoirs publics ont eu recours, à plusieurs reprises, à la sociologie législative. Ainsi, la réforme des régimes matrimoniaux réalisée par la loi du 13 juillet 1965, a été entreprise sur la base d'une enquête menée par l'I.F.O.P. Le même Institut a fait, à la demande du Ministère de la Justice, une enquête en 1967 sur les couples non mariés qui a entraîné un revirement de jurisprudence sur la question du droit à dommages-intérêts de la concubine. (C. Cass, ch. mixte, 27 fév. 1970 D. 1970, 201 note COMBALDIEU). De même, l'enquête réalisée par l'I.F.O.P. en 1969 sur l'obligation alimentaire a montré qu'il était prématuré de supprimer l'obligation alimentaire des descendants et de mettre l'entretien des ascendants nécessaires à la charge de la communauté. De même encore, l'enquête sur le divorce réalisée par l'Institut National d'Études Démographiques en collaboration avec le laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris, a été directement utilisée dans les travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 1973.

A l'heure actuelle, le laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris et le Centre d'Informatique Juridique de l'Institut d'Études Judiciaires d'Aix-En-Provence, travaillent en relation très étroite avec le Ministère de la Justice.

En Suisse, l'importance acquise par la sociologie législative est telle que la Faculté de Droit de Genève s'est dotée en 1970 d'un Centre d'Études de Technique et d'Évaluation législative (CETEL).

pourrait apporter une contribution essentielle au débat toujours ouvert sur les juridictions à juge élu. Il est vrai que l'institution paraît fortement critiquable sur le terrain des principes. Mais seule la sociologie juridique peut faire connaître le fonctionnement pratique.

Les enquêtes sociologiques renseigneraient ainsi sur le profil du juge élu (condition sociale, degré d'instruction, honorabilité, intégrité...), le droit qu'il applique (droit moderne, coutumier, musulman, équité...), la réaction des justiciables (confiance ou méfiance, accueil ou rejet...), l'image de l'institution dans le public (justice expéditive, justice de seconde zone...)

De telles investigations peuvent conduire soit à aggraver le passif de l'institution soit à nuancer, les critiques de principe. En tout état de cause, elles seraient d'une utilité incontestable.

Bien entendu, il ne s'agit là que d'exemples qu'on pourrait multiplier à l'infini, le terrain étant pratiquement vierge.

2 — La sociologie juridique au service du juge

La sociologie juridique peut aussi rendre les services les plus inestimables au juge. On sait que le droit fourmille de notions abstraites dont le juge doit déterminer le sens et la consistance avant toute mise en œuvre. Et parmi ces concepts abstraits il en est qui possèdent une dimension sociologique incontestable et qui partant, exigent le recours à la sociologie juridique.

Il en est ainsi, en matière contractuelle, lorsque le juge est chargé de vérifier la conformité des contrats aux bonnes mœurs (36).

La notion — qui du reste se retrouve en droit pénal et y soulève les mêmes difficultés (37) possède un contenu sociologique indéniable (38). Par conséquent, seules des investigations sociologiques peuvent donner des bonnes mœurs une signification conforme aux données sociales, morales et religieuses du pays. Au lieu d'aller puiser dans les ouvrages de droit français légitimement axés sur les mœurs françaises (39), le juge pourra se référer aux mœurs locales découvertes, rassem-

(36) En vertu de l'article 62 du D.O.C. qui déclare non avenue l'obligation fondée sur une cause illicite et ajoute que la cause est illicite quand elle est « contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi ».

(37) Article 483 et suivants du Code Pénal.

(38) Pour J. CARBONNIER la question des bonnes mœurs « c'est... tout le problème de la sociologie dans le droit ». CARBONNIER, *Droit Civil*, T. 4, numéro 34.

(39) Dans la pratique française la notion de bonnes mœurs est envisagée principalement par rapport à la morale sexuelle et cela suffit à rendre vain le détour par le droit français eu égard aux différences de conception dans ce domaine. De plus, au Maroc, rien n'impose une interprétation aussi restrictive...

blées et cataloguées par les recherches sociologiques (40).

On peut en dire autant, sans même quitter le droit des contrats, de la notion de dol, vice du consentement et plus précisément du seuil de démarcation entre le bon dol considéré par le corps social comme une pratique commerciale tolérable et le mauvais dol qui dépasse le seuil de tolérance sociale et appelle une sanction. Là encore, l'application du droit ne peut se faire qu'à la lumière des pratiques commerciales dont seules les investigations sociologiques peuvent rendre compte de manière satisfaisante (41).

III – BILAN ET PERSPECTIVES

S'il est établi que la sociologie juridique est indispensable à la connaissance de la réalité juridique marocaine, qu'elle est de nature à engager un processus de rupture avec la dépendance et de renouveler la réflexion sur le droit, il devient nécessaire de faire le point sur la question et de rechercher les moyens susceptibles de donner à la sociologie juridique la place qu'elle mérite dans l'enseignement et la recherche.

A – *ÉTAT DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AU MAROC*

Au cours de la première moitié du siècle, la sociologie juridique a suscité un intérêt certain quoique très circonstanciel. Mais de nos jours, et en dépit de certaines potentialités, elle n'occupe qu'une place marginale.

1 – A l'époque coloniale, le besoin de connaître le pays, né des exigences de la colonisation, a tout naturellement poussé bon nombre de juristes – et plus accessoirement des sociologues – sur les voies de la sociologie juridique avec une attirance toute particu-

(40) On peut en dire autant de l'ordre public en matière contractuelle non seulement parce qu'il est nécessaire de déterminer les implications de l'ordre public religieux mais aussi parce que les données du sous-développement invitent à reconsidérer la fonction de l'ordre public économique et social.

(41) On peut supposer, à titre d'hypothèse de travail, que le seuil de tolérance sociale est mobile : il varierait d'une région à l'autre, d'un secteur commercial à un autre...

lière — mais non innocente — pour les institutions berbères (42).

Il va sans dire que la «sociologie juridique coloniale» rassemble des travaux d'inégale valeur et que certaines œuvres apparaissent beaucoup plus comme des plaidoyers de légitimation de l'entreprise coloniale que des contributions scientifiques (43). Mais en dépit du caractère orienté de certaines recherches, on doit reconnaître qu'il y a dans cette littérature des études d'une grande valeur qu'il faut au besoin débarrasser de leur gangue colonialiste et européo-centriste. (44) Ce qu'il faut souligner pour en revenir au thème de ce travail, c'est que le besoin de connaissance et de compréhension — quelles que soient les intentions des chercheurs — a rendu inévitable la voie sociologique. Les juristes de l'époque coloniale ont dû faire de la sociologie pour rendre compte de manière explicative des institutions juridiques marocaines. Du reste, le dogmatisme qui imprègne la littérature juridique coloniale relative au droit moderne confirme l'idée selon laquelle la sociologie juridique ne s'impose que quand apparaît la volonté de saisir la réalité profonde au delà des apparences formelles.

2 — En revanche, depuis l'Indépendance, le Maroc se désintéresse de la sociologie juridique qui ne trouve aucune place dans l'enseignement, même si elle attire un petit nombre de chercheurs.

(42) J. BERQUE, not *Les pactes pastoraux Beni Meskine* (Alger 1936), *Note sur les baux partiels en droit marocain* (R.A.T.M. L.J., Mars 1939 p. 33). *Essai sur la méthode juridique marocaine* (Rabat 1944), *Documents sur la coutume immobilière des Seksawa* (Rev. Africaine numéro 416-1948), *Documents sur le droit repressif ancien du Haut-Atlas* (R.A.T.M.L.J., janv. avril 1953) «Problèmes initiaux de la sociologie juridique en Afrique du Nord» (*Studia Islamica*. 1953 p. 137), *structures sociales du Haut-Atlas* (P.U.F. 1955, 2ème éd. 1978), *L'intérieur du Maghreb* (Gallimard 1978).

G.H. BOUSQUET, not. *Le droit coutumier des berbères* (colloque Amsterdam 1955 Leiden 1956)

G. MARCY, not, *Le droit coutumier Zemmour* (I.H.E.M. XL 1949).

G. SURDON, not *Esquisse de droit coutumier berbère marocain* (Rabat 1928), *Institutions et coutumes du Maghreb* (Tanger-Fès 1938), *Psychologies marocaines vue à travers le droit* (*l'Afrique française* numéro 40, 1930).

L. Milliot, not *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb* (Th. drt Paris 1910 Lib. J. ROUSSET)

R. ASPINION, *Le droit coutumier des pays Zaïan* (Ed. Al Moynier-Casablanca-Fès 1946).

(43) Sur l'asservissement de la science coloniale aux exigences de la colonisation voir les observations de G. Ayache, *Études d'histoire marocaine*. S.M.E.R., 1979 et not. *Histoire et colonisation. L'exemple du Maroc* p. 5 et s.

(44) Il ne s'agit donc nullement de répudier en bloc l'œuvre accomplie mais de se prémunir contre le parti-pris et les idées reçues qui ne peuvent qu'en-traver la recherche.

a) Enseignement

Les programmes de la licence en droit tels qu'ils ont été arrêtés en 1960 ne laissaient aucune place à la sociologie juridique qui ne trouvait pas davantage refuge en doctorat.

La réforme de 1978 a introduit dans le programme des privatistes certaines disciplines à dimension sociologique : histoire des institutions et des faits sociaux, science administrative, criminologie. Mais il ne s'agit là que d'innovations timides qui n'intéressent pas directement la sociologie juridique étroitement définie.

Quant au doctorat, qui demeure régi par le texte de 1960, il doit connaître une réforme imminente qui devra laisser à la sociologie juridique la place qui lui revient (45).

Ce constat de carence ne signifie pas que l'esprit sociologique s'est arrêté au seuil des facultés de droit. Il existe à n'en pas douter des enseignants qui dispensent un enseignement d'inspiration sociologique. Mais on ne peut compter sérieusement sur les initiatives individuelles et les sensibilités de chacun.

De leur côté, les Facultés de lettres imposent le même constat de carence. La sociologie juridique y est inconnue en tant que telle des programmes de licence et de doctorat.

b) La recherche

Est-il besoin, dans ces conditions, de relever l'absence de toute recherche organisée dans le domaine de la sociologie juridique ? Est-il besoin de préciser qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun centre, institut ou laboratoire de sociologie juridique pas plus dans le sillage de l'université qu'en dehors du monde universitaire ? On comprendra donc que dans l'état actuel des choses, la sociologie juridique reste encore une affaire de préoccupations et de sensibilités individuelles

(45) La remarque ne concerne que l'option «sciences juridiques». En «sciences politiques» les programmes intègrent dès 1960 des disciplines d'esprit sociologique : Introduction aux sciences sociales, Droit constitutionnel et Institutions politiques, vie politique, économique et sociale des pays en voie de développement. De même en Doctorat : Science politique, science administrative, sociologie politique, méthodes des sciences sociales.

aussi bien du côté des juristes (46) que du côté des sociologues (47).

B – LES PERSPECTIVES D'AVENIR

On voit donc, à travers ce bilan négatif, que l'enseignement du droit enregistre un retard considérable en continuant d'ignorer la sociologie juridique. Cette situation ne peut plus durer car il y va de la qualité de la réflexion et du savoir juridiques, du devenir de l'enseignement et aussi de l'avènement d'une école spécifiquement marocaine.

La sociologie juridique porteuse de renouveau doit donc trouver droit de cité dans l'enseignement. Mais le problème ne sera pas résolu par l'adjonction aux programmes d'un cours de sociologie juridique. Cet ilôt de doute et de relativisme ne tarderait pas à être emporté par l'océan de la certitude et du dogmatisme. La solution suppose la création d'un climat favorable et la mise en place d'un véritable centre de recherche.

1 – La création d'un climat favorable passe par la reconversion interne et l'ouverture sur le monde extérieur.

a) La reconversion interne.

Le changement de perspective que commande la sociologie juridique exige des enseignants chercheurs des prédispositions intellectuelles ainsi qu'un changement de mentalité. On ne peut aller bien loin tant que règne le conformisme intellectuel. La rupture avec le dogmatisme ne suffit pas. Elle doit se doubler d'une prise de conscience des limites actuelles du savoir juridique et d'une volonté de changement et de progrès. La certitude dogmatique et l'esprit de suffisance qu'elle engendre doivent céder la place à la modestie, au scepticisme, au doute, à la naïveté scientifique. Il y a là bien des préjugés à combat-

(46) Du côté des juristes, il convient de citer :

J. DEPREZ qui dans l'enseignement dispensé à Rabat et dans l'étude précitée a su attirer l'attention sur les ressources de la sociologie dans l'étude du droit marocain. N. BOUDERBALA co-auteur de l'article précité sur *Le droit et le fait dans la société composité*. BOUDERBALA assure actuellement dans une perspective sociologique un séminaire à option sur les institutions rurales et finit de rédiger une thèse sur *l'Etat et le droit à la terre* qui rassemble des réflexions sur les rapports entre loi et coutume en matière foncière. A. MOULAYR'CHID qui a su faire une large part aux préoccupations sociologiques dans sa thèse sur *La condition de la femme au Maroc*.

(47) Du côté des sociologues, il convient de citer :

P. PASCON cosignataire de l'article sur *Le droit et le fait dans la société composité* et auteur de nombreuses études sur le monde rural.

M. GUESSOUS qui porte un grand intérêt à la sociologie du travail et de la famille, F. MERNISSI qui s'intéresse à la sociologie de la famille et à la condition de la femme. B. HIMMICH qui s'est penché sur la sociologie du droit musulman...

tre, des assurances à sacrifier, une attitude intellectuelle à gagner. La reconversion peut être douloureuse, mais elle est rigoureusement nécessaire.

En ce qui concerne la méthode de travail il faudra rompre avec les habitudes acquises pour accueillir les transformations nécessaires. Le travail individuel et solitaire devra céder la place au travail collectif qui permet le dépassement des cloisonnements artificiels et la constitution d'équipes pluridisciplinaires.

b) L'ouverture sur le monde extérieur

Les investigations sociologiques ne se font pas en bibliothèque. Le juriste-chercheur devra donc apprendre à puiser sa matière en dehors des livres en allant sur le terrain à la recherche du vécu. Mais ne pouvant aller loin tout seul il devra compter sur l'aide des autres. Il sollicitera donc l'historien, le géographe, l'économiste mais il fera du sociologue son guide et son partenaire. Le juriste-chercheur devra aussi compter sur l'aide des praticiens de toute sorte (foukaha, magistrats, avocats, notaires, adoul, administrateurs, juristes d'entreprise ...) qui se trouvent en contact permanent avec les réalités et qui sauront apporter — s'ils sont associés aux recherches — les fruits de leurs expériences et de leurs sensibilités.

2 — Création d'un centre de sociologie juridique

Si l'on attend de la sociologie juridique un renouvellement de la réflexion et de l'enseignement on ne peut se contenter d'initiatives individuelles — aussi nombreuses soient-elles — ni d'un cours de sociologie juridique nécessairement en marge d'un enseignement orienté dans une autre direction. Il faut plutôt orienter la recherche dans la direction sociologique en la choisissant comme axe principal. Mais compte tenu de la rigidité des structures universitaires, il faut envisager la création d'un centre aux structures souples qui grouperait des chercheurs qualifiés chargés d'élaborer une politique de recherche axée sur la connaissance du droit marocain. Un tel organe aurait à assurer des fonctions multiples dont on citera les plus importantes :

- Il servirait de trait d'union entre la Faculté, les autres établissements universitaires ou para-universitaires (Faculté de lettres, I.N.E.J., E.N.A.P., I.N.A.V., Universités étrangères...) et le monde extérieur (administrations, organismes spécialisés, praticiens...) établissant ainsi une collaboration entre chercheurs des différentes sciences sociales et associant les praticiens à la recherche et les chercheurs à la pratique ;
- Il permettrait par les recherches qui y seraient accomplies selon un programme préalablement défini, d'enrichir et de renouveler en permanence les enseignements dispensés à la Faculté ;
- Il élaborerait une liste de thèmes de recherche (mémoires, thèses,

recherches collectives) axés sur la connaissance du droit marocain dont il assurerait la direction ;

- Il réaliserait à la demande des pouvoirs publics les études, enquêtes et sondages requis pour les réformes du droit ;
- Il susciterait enfin par l'organisation de séminaires, rencontres et colloques sur différents aspects de la connaissance du droit marocain, la discussion et le débat, indispensable à la connaissance et au progrès du droit.

Au terme de ce «plaidoyer» il est permis de considérer l'orientation sociologique non seulement comme la condition d'une meilleure connaissance du droit marocain mais aussi comme le moyen de rompre avec la dépendance en amorçant la décolonisation du droit. En somme la voie sociologique peut déterminer l'avènement d'un courant de pensée spécifique et d'une école juridique proprement marocaine.

Le propos n'est pas nouveau mais le but n'était pas d'innover mais de sensibiliser davantage pour que le vœu de quelques uns devienne un vouloir collectif. Les propositions qui ont été émises demandent à être rectifiées, améliorées, approfondies, enrichies... mais l'essentiel c'est qu'elles recueillent l'adhésion du plus grand nombre pour être suivies d'effet.

Rabat – mai 1981



كارسك رسالة او برقية او مكاملة تلفونية ، غير ان توافر النص القانوني هنا يكون مفيدا بل لازما.

8- مدة تقديم الشيك :

أشار الفصل 29 من ظهير الشيك الى المدد القانونية الخاصة بتقديم الشيك الى المسحوب عليه للحصول على وفاء ناجز وهي ثمانية أيام وعشرون ويوما وسبعون يوما حسب الأحوال المبينة في الفصل المذكور . ونعتقد أنه من الملائم في الوقت الحاضر إعادة النظر بهذه المدد القانونية بعد شيوع استعمال الشيكات في المغرب وكثرة اللجوء اليها، إذ ربما تبدو المدة الاولى قصيرة ويكون من الافضل مضاعفتها.

9- سحب الشيك لمصلحة الساحب:

وهذا ما يجري عليه العمل عندما يريد المودع ان يسحب جزء من نقده المودع في حسابه فانه يسحب شيكا لمصلحة ثم يعيد تظهيره ، مع ان هذا الشيك لا يكتسب سوى طابع توصيل بالاداء او مخالصة تسلم الى البنك الذي يؤدي إلى زبونه، ويكون من الضروري ايجاد اسلوب قانوني اخر يعرض عن هذا السحب المفتعل في عصر امكن اللجوء فيه حتى الى الوسائل الالية للسحب من أجل تسهيل هذه المهمة للزبائن كما هو الحال بالنسبة للشبابيك الاوتوماتيكية لغرض سحب النقود المودعة باتفاق مسبق مع البنك.

10 - ازدواجية اللغة في الشيك الواحد::

لا يزال هذا المشكل مطروحا لان نماذج الشيكات المطبوعة قد تتضمن لغتين او أكثر وربما يكون من الأفضل طبع كل نموذج بلغة مستقلة. وكذلك فان التوقيع يتضمن في كثير من الأحيان اسما مكتوبا بلغة معينة ومع اعتقادنا بأن التوقيع ليس تعبيرا لغويا بل هو تعبير ارادي بالمصادقة على ما هو مكتوب يتخذ شكلا او رسما معيناً الا أنه يتضمن في الغالب أحرفاً واضحة بلغة معينة. ومن ناحية أخرى قد تتم كتابة الشيك بلغة في حين تجرى التظاهرات مع صيغها الكاملة بلغة أخرى.

11 - المسحوب عليه في الشيك :

حدد الفصل 3 من ظهير الشيك والمعدلة فقرته الاولى بظهير 30 سبتمبر 1950، الأشخاص الذين يمكن ان يسحب عليهم الشيك في المغرب، ويكون من الضروري حالياً تحديد المسحوب عليه في الشيك بصورة أكثر دقة.

صودق بمقتضاه على الاتفاقيات والتدابير المتعلقة باتحاد البريد الدولي والموقع عليها في لندن في 28 يونيو 1929، كما أنها تخضع لبعض أحكام ظهير الشيك كالفصل 70 منه.

ترى ما هو المبرر لاستصدار ظواهر مختلفة تحكم هذه الانواع الخاصة من الشيكات مع انها لاتعد وكونها شيكات على اي حال . فلعله يكون من الملائم وضع القواعد المصرفية الشاملة للشيك في ظهير واحد مع الاشارة من خلاله لبعض الأحكام الاستثنائية لهذه الانواع الخاصة من الشيكات .

5 - دفاتر الشيكات وشيكات الكازينو les chequiers et les chèques de casino

ان تحرير الشيك على ورق خاص ليس بيانا الزاميا وفقا لقانون جنيف الموحد والظهير المغربي الخاص بالشيك. وكان هذا الموقف يفسح المجال أمام شرعية الشيكات التي تسحب على ورق عادي والتي غالبا ما تسحب في الكازينوات ، ولكن التعامل الحالي في المغرب يرفض قبول مثل هذه الشيكات ، الا يكون من الملائم جعل نماذج الشيكات المطبوعة أمرا الزاميا لشرعية الشيك بحيث ينبغي أن يذكر فيه اسم الساحب ورقم حسابه ورقم الشيك « انظر ما بحثناه في مؤلفنا الانف الذكر ص 444».

6 - الشيك المؤخر التاريخ le chèque Post-daté

أي الشيك المؤرخ بتاريخ لاحق للتاريخ الحقيقي. ولهذا الشيك مخاطره» راجع ما بحثناه بهذه الصدد في ص 448» وله فوائده في كثير من الاحيان بالنسبة للساحب وحتى بالنسبة للمستفيد ، وبرغم المنع القانوني ، فانه كثيرا ما يستعمل حاليا بناء على الثقة بين الناس وخصوصا طبقة الموظفين الذين يعرفون تاريخ استلام رواتبهم فيضطرون أحيانا الى السحب بتاريخ لاحق ، ربما يكون من الانصاف حاليا اعادة النظر بوضعية هذا الشيك من الناحية القانونية والعقوبة المفروضة على ساحبه والمستفيد منه ، خصوصا وأن الجزاء القانوني لاصدار شيك بدون رصيد يبقى نافذ المفعول في جميع الاحوال.

7- الشيك المتنقل le chèque circulaire

يكون من الضروري دراسة امكانية استعماله في المغرب على نطاق أوسع مع تقديم الضمانات القانونية والعملية بصورة واضحة ، بحيث يصبح من حق كل زبون استلام ودائعه النقدية لدى فروع البنك المسحوب عليه عندما تكون له فروع متعددة (راجع أيضا ما بيناه م. س . ص 458) وذلك بعد اتخاذ اجراء معين

المسحوب اي اعتباره مضمونا أو معتمدا ويكون من الضروري التقيد بأحكام الفصل 4 من ظهير الشيك المعدل بظهير 23 غشت 1955، خصوصا وأن الشيك المعتمد أو المضمون يلجأ إليه كثيرا في الوقت الحاضر دفعا للشك في وجود الرصيد حيث يتمتع الشيك المعتمد بقوة ابراء شبيهة بالأداء النقدي الفعلي.

ان اقرار المسحوب عليه بوجود الرصيد لديه وحجزه لمصلحة الحامل ينبغي ان يتم على الشيك ذاته ،وهنا يكون الرصيد على مسؤولية المسحوب عليه حيث يلتزم بالمحافظة عليه بغية اداء مبلغ الشيك والتزامه هنا التزام صرفي ناجم عن التوقيع على الشيك.

ويمكن الاتفاق على أسلوب كتابي او صيغة تختتم على ظهر الشيك يضاف اليها توقيع ممثل البنك المخول بذلك.

ترى الا تثار مسألة مدة التزام المسحوب عليه بالشيك المعتمد الذي لم تستخلص قيمته ومداهما وهل لا بد من الغاء الاعتماد على الشيك ذاته أم يكفي استلام امر جديد من الساحب بالغاء الاعتماد أم تطبيق القواعد العامة بالنسبة لمدة التقديم الاعتيادية ، وربما يكون من الافضل اللجوء الى الحل الاخير . ولعل تمكين الساحب من الغاء الاعتماد يثير اشكالية تتصل بفائدة الاعتماد بذاته.وعلى اي فان هذا الموضوع يتطلب هو ايضا المناقشة والبت فيه بشك واضح.

3 - شيكات المسافرين «Chèques de voyage (traveler's Checks)»

ربما يكون من الملائم استعمالك شيكات المسافرين في المغرب وذلك بنص قانوني وتستعمل هذه الشيكات في البلدان الانكلوسكسونية وفي فرنسا ومعظم بلدان العالم وهي الشيكات التي تسحبها البنوك على فروعها او وكلائها في الخارج وتزود بها زبائنها المسافرين حيث يوقعون على خطاب صادر من البنك بحضور الموظف المختص . وعند التقدم بطلب الأداء أمام فرع هذا البنك أو وكالة لا بد من ابراز هذا الخطاب الذي كون على هيئة شيك من أجل التأكد من صحة توقيع الحامل وبهذه الصورة يمكن تجنب خطر الضياع او السرقة لأن الحامل الشرعي هو الذي يتقدم بها ويجري التوقيع عليها ثانية امام الموظف المختص.

4 - الشيكات البريدية : Les chèques postaux

وتحكم في المغرب بالظهير الصادر في 12 مايو 1926 المؤسس لمصلحة الحسابات الجارية والشيكات البريدية والظهير الصادر في 11 أبريل 1930 الذي

الترجيح هذا يتصل بمبدأ السيادة مما يدفع الى القول بترجيح النص العربي وفقا لهذا المبدأ.

أما الشق الثاني فيتعلق بظهير الشيك بذاته من حيث إن ترجمته الى العربية التي لم تنتشر ضمن الاوراق التجارية بل بصورة مستقلة جاءت مفككة التعابير، وكيفية اللغة فاحشة الأخطاء لم تأخذ بعين الاعتبار المصطلحات القانونية العربية المعتمدة في هذا المجال مما يؤثر تأثيرا بالغاً على تطبيق احكام قانون الصرف الذي هو قانون « شكلي » يعنى عناية فائقة باللفظ والعبارة ويكثر بالشكل والصلاح الذي يكتسي فيه درجة قصوى من الأهمية بحيث قد يؤدي اغفاله الى بطلان الورقة لعيب في الشكل.

وهنا نواجه تناقضا بالنسبة لظهير الشيك المترجمه حيث يسمى الشيك « حوالة بنكية » ويشترط في الفصل الأول منه كبيان الزامي ذكر لفظ حوالة بنكية، وهذا يعني ان عدم ذكر هذا البيان يؤدي الى بطلان الورقة مع ان البنوك في المغرب تطبع نماذج شيكاتها مبنذة المتن بعبارة: ادفعوا بموجب هذا الشيك ، وهذا هو الصحيح وهو الشائع في البلاد العربية إذ الشيك يعنى الصك وهي كلمة عربية تعني الوثيقة المحررة أو المستند جمعها صكوك ، وهنا يبدو التناقض بين النظرية والتطبيق وكيف يحكم القاضي بنص خاطيء لم يجر به العمل وكيف يحكم القاضي بعرف مناف لما جاء به نص صريح.

وبالإضافة الى ذلك فان الظهير المذكور يطلق على التظهير عبارة تحويل فيكون تظهير الشيك (تحويل الحوالة) كما جاء في الباب الثاني منه ، ويطلق على الشيك المخطط اسم (الحوالة المخططة) الى غير ذلك من المصطلحات البعيدة عن الصواب.

والجدير بالذكر أننا لم نقتيد بهذه الترجمة عند شرحنا لاوراق التجارية في التشريع المغربي الذي صدر فيما بعد عام 1970 ص 445 بل قمنا بترجمة النص عن الفرنسية مباشرة وفقا للمصطلح المؤلف والذي شاع استعماله لاحقا في المغرب

2 - الشيك المعتمد : Le chèque certifié

نظرا للكفاية الذاتية للشيك فان كل اجراء من أجل أن يحدث أثره الصرفي لابد ان يقع عليه بذاته وليس على ورقة مستقلة خلافا لما يجري عليه العمل حاليا لدى اغلب البنوك في المغرب حيث تقدم شهادة مستقلة باعتماد الشيك

في المغرب في السنوات الاخيرة والتي تخضع لاحكام ظهير 12 مايو 1962 والظهير الصادر في 11 أيريل 1930.

وبرغم أن الشيكات البريدية تحكم بقانونها الخاص فان جميع العقوبات المنصوص عليها في المادة 70 من ظهير الشيك تطبق هي أيضا على الشيكات البريدية . بالإضافة الى ان هذه الشيكات البريدية ليست من الناحية القانونية سوى شيكات الا أنها شيكات من نوع خاص. وهنا تبرز الحاجة إلى ضرورة توحيد القواعد القانونية الخاصة بالشيك بصفة عامة دون الحاجة إلى تعدد النصوص بل البحث في هذه الأنواع الخاصة من الشيكات ضمن النص الشامل ذاته.

* ولاسباب التي ذكرناها فقد اقتضى الامر جعل قواعد الشيك أكثر مرونة انسجاما مع متطلبات الحياة العلمية مما يقتضي إعادة النظر فيها ودراستها مجددا على ضوء الظروف المعاصرة بعد أن طبقت زمنا غير قصير على يد البنوك المغربية التي مارست في عملها أساليب جاءت أحيانا مجانية للنص القانوني أو تطلبت شروطا إضافية أحيانا أخرى.

وكذلك فإنه لايمكن اغفال حدث هام في الميدان القانوني المغربي ألا وهو تعريب القضاء بجميع مرافقه ابتداء من فاتح يناير 1966 والذي ينعكس بصدد موضوعنا هذا في جانبين الأول اللجوء الى نماذج الشيكات المطبوعة بالعربية على نطاق واسع . والثاني ضرورة كفاية النص العربي المترجم عن الفرنسية وصوابه. ونورد فيما يلي بعض الملاحظات والتساؤلات التي يمكن اثارها بصدد أحكام الشيك في محاولة لتقريب النص القانوني من الواقع العملي. وجعل النصوص الخاصة بالشيك أكثر ملاءمة في التطبيق وتوحيد أحكامها وتقييد ذوي العلاقة بها .

1 - النص الذي ينبغي اعتماده : وي طرح هنا تساؤل من شقين : الأول يتعلق بالنص الذي يعول عليه في حالة خلاف في التفسير ، هل هو الفرنسي أم العربي . والمسألة هنا لاتتعلق بظهير الشيك وحده بل بأغلبية القوانين الأخرى بصفة عامة والقانون التجاري بصفة خاصة حيث وضعت بالفرنسية على ان الطابع الشريف له يكن يوضع الا على الترجمة العربية غير ان هذه الترجمة كانت مبتسرة وغير ملائمة في حينه ولذلك فقد قامت حركة ترجمة واسعة للقوانين بعد الاستقلال . ولسنا ندري مدى فاعلية كل هذه الترجمات من الناحية الرسمية ، ولاشك أن موضوع

حامله وتطمينه بوجود مقابل الوفاء وبأن الشيك قد سحب وفقا للأصول المرعية بنموذج شيك مطبوع ومرقم وأنه سحب على بنك معين محتويا على البيانات الإلزامية التي نص عليها القانون إلى غير ذلك من الضمانات. كما أن وجود هذا الوسيط، الذي يكون عادة أكثر ملاءمة من المساحب، اقتضى تدخل المشرع المسبق لمنع التعسفات المحتملة والضرب على أيدي مرتكبيها كالنص على الجزاءات الخاصة بسحب شيك بدون رصيد.

★ وإذا كانت الأوضاع التجارية قد اقتضت التعامل بما يشبه الشيك وذلك في الجمهوريات الإيطالية وخصوصاً في مدينة البندقية منذ القرون الوسطى واقتضت كذلك استعمال الشيك بعدئذ في هولندا وانكلترا منذ أواخر القرن السابع عشر فإن أول قانون ينظم الشيك صدر في فرنسا هو قانون 14 يونيو 1865 كما عالج القانون الانكليزي الصادر عام 1882 والذي يحكم الأوراق التجارية.

★ وقد تعددت القوانين التي تحكم الشيك بتعدد الدول الأوروبية وأدى اطراد النشاط التجاري فيما بينها إلى تنازع القوانين مما دفعها إلى بذل الجهود في سبيل التوحيد وقد نكلت مساعي هذه الدول بعقد اتفاقيات جنيف لسنة 1930 المتضمنة للقانون الموحد الخاص بالكمبيالة والسند لأمر والذي أخذت به كثير من دول العالم ومنها المغرب وإبرام اتفاقيات جنيف لسنة 1931 الخاصة بالشيك والمتضمنة لقانون جنيف الموحد للشيك والذي ادخل في التشريع الوطني المغربي بظهير 1939 المذكور والمعمول به حالياً، كما أخذت بأحكامه معظم دول العالم.

★ لقد مر نصف قرن من الزمان على وضع قانون جنيف الموحد تطورت خلاله أوجه التعامل التجاري واتسع نطاق التعامل بالشيكات وتعدى طائفة التجار ليشمل عددا لا يحصى من الناس رجالا ونساء موظفين ومستخدمين أو من ذوي المهن الحرة ، عاملين أو أرباب عمل ، فقد طغت في عالمنا المعاصر أساليب التعامل التجاري على الحياة المدنية بأغلب جوانبها ، وأصبح التعامل بالشيك أسلوبا اعتياديا ومألوقا باعتبارها أداة وفاء من الطراز الأول، ولم يعد اللجوء إليه نادرا او طارئا بل صار استعماله يتسم بالديمومة والاطراد ، وكل ذلك أدى الى ادخال البنوك كثيرا من الممارسات في الميدان التطبيقي تعدت حدود النصوص القانونية وتجاوزتها مما أوجد فجوة بين النظرية والتطبيق اي بين النصوص التي يتعين تطبيقها وما يجري عليه العمل فعلا ، وبالإضافة الى ذلك فقد اتسع نطاق العمل بالشيكات البريدية

ملاحظات حول أحكام الشيك في التشريع المغربي من حيث النظرية والتطبيق

علي العبيدي *

نوطئة:

ينبغي التذكير بداية بأن كتابة هذه الفقرات لا تشكل اعداد بحث متكامل للوصول إلى نتائج منتهية وحلول باتة، فمثل هذا لا ينسجم مع المقام وهو المساهمة في مناظرة تعدد في كليتنا لمرور ربع قرن على تطبيق القوانين المغربية لفترة مابعد الاستقلال، وإنما الغرض منها طرح بعض الاشكاليات والتساؤلات التي أصبح يثيرها تطبيق أحكام ظهير 19 جانفي 1939 الخاص بالشيك وتبيان مدى ملائمة هذه الأحكام للواقع العملي المعاصر بغية البحث بصورة جادة في المستقبل عن الوسائل القانونية الكفيلة بتحقيق هذه الملاءمة ومناقشة الحلول الممكنة في هذا الصدد.

★ ولتفهم عرض هذه التساؤلات يتعين القول بأن الشيك بإعتباره أداة وفاء وليس أداة ائتمان، فالأصل فيه أنه ينبغي ألا يثير اشكالا من الناحية القانونية من حيث جوهره كتصرف قانوني يقوم به الساحب واقع على مال يملكه مودع لدى البنك، ذلك أن العادة قد جرت في عصرنا ألا تحتفظ الناس بأموالها النقدية في بيوتها بل تودعها البنوك وتلجأ إليها عند الحاجة، فيكون تصرفها بأموالها عن طريق هذا الوسيط الذي أودعت الأموال لديه وهو البنك على الأغلب وباتباع أسلوب خاص يتخذ شكلا معينا، في الكتابة ولذلك ابتدع الشيك.

★ ونظرا لأن تصرف الساحب بأمواله النقدية هنا ليس تصرفا مباشرا كما لو تعلق الأمر بنقل بضاعة له مخزونة في داره أو حانوته أو مستودعاته بل هو تصرف غير مباشر يتم عن طريق الوسيط الذي هو البنك وبموافقته، فإن وجود هذا الوسيط اقتضى مراعاة شكليات معينة وتطلب ضمانات خاصة لحماية المستفيد من الشيك أو

* أستاذ بكلية الحقوق بالرباط .

مبادئ النشاط المدني على أسس واضحة ومحددة المعالم. واستنادا الى احكامه موحدة تندرج في مدونة قانونية واحدة هي: القانون المدني للمغرب المستقل. تحديث.

معقولا ومنطقيا بالنسبة لطبيعة المجتمع في البلاد العربية/ الاسلامية بشكل عام. وفي المجتمع المغربي بشكل خاص، فان ما يصد مبدأ «الوحدة التنظيمية لطبيعة النشاط الانساني الواحد» يؤدي الى تعارض النصوص القانونية، وتناقض الاحكام فيما بينها، وضياع حقوق الناس في بعض الاحيان، هو تشتت الاحكام الخاصة بالاحوال العينية، وعدم دمجها في قانون موحد يجمع في نطاقه كافة احكام النظام المدني في مدونة قانونية واحدة. ذلك أن هذه الاحكام تلاحظ مشنتة وموزعة بين احكام قانون الالتزامات والعقود، واحكام ظهير 9 رمضان 1331، واحكام ظهير 19 رجب 1333 بالاضافة الى خلوها من الاحكام العامة والمباديء الاساسية التي تتكفل ببيان القانون وتطبيقه في الزمان والمكان وخلوها من بيان طبيعة الحق في منظور المشرع المغربي ونطاق ومدى استعماله والمؤيد القانوني. هذا الاستعمال. وأمام هذا الواقع، نرى ضرورة اعادة النظر بصياغة احكام القانون المدني في ضوء المباديء المتقدمة واعادة تنظيمه ودمج احكامه وتبويبه على أساس يشمل في نطاقه كافة هذه الأحكام مجوبة وموزعة على الشكل التالي:

★ أولا: - باب تمهيدي. يشمل في نطاقه كافة الاحكام العامة والمباديء الاساسية الخاصة بالقانون وتطبيقه الزمني والمكاني، بالاضافة الى بيان المباديء التي تحدد طبيعة الحق واقسامه واركانه ونطاق ومدى استعماله وقواعد اثباته.

★ ثانيا: - وقسم أول يخص لتنظيم الحقوق الشخصية والالتزامات بحيث يشمل في نطاقه الاحكام المحددة لمصادرها، بالاضافة الى الاحكام المنظمة لاثارها وبيان الاوضاع القانونية المترتبة عليها.

ثالثا: - وقسم ثان يخص لاحكام المنظمة لكافة العقود المسماة بحيث يشمل في نطاقه تنظيم العقود الواردة على الملكية وعلى المنفعة والعمل بالاضافة الى الاحكام الخاصة بعقود لغرر وعقود التوثيق الشخصي .

★ رابعا: - وقسم ثالث يخص لاحكام المنظمة لمختلف أنواع الحقوق العينية بحيث يشمل الاحكام الخاصة بالحقوق العينية الاصلية، واحكام الحقوق العينية التبعية على السواء.

★ 36. فوفقا لهذا التنظيم والتبويب، يمكن- على ما نعتقد- اعادة الوحدة التشريعية المنظمة لكافة الاحوال العينية والعلاقات المالية المترتبة عليها في كفة

بناء النظام القانوني الخاص. والأصل هو أن هذا القانون يجب أن يجمع بين دفتيه . مجموع الاحكام العامة التي تنظم علاقات الافراد فيما بينهم. سواء أكانت هذه العلاقات، علاقات أسرية أو علاقات مالية على السواء. غير أن هذا الاصل ان كان ينطبق على أغلب المجتمعات الغربية التي تتولى تنظيم هذين النوعين من العلاقات الخاصة بالافراد، في نطاق القانون المدني، فان طبيعة تكوين المجتمع في البلدان العربية/ الاسلامية بشكل عام، فرضت ضرورة الفصل - على خلاف الوضع في البلدان الغربية- ما بين الاحكام الخاصة بالاحوال الشخصية، والاحكام الخاصة بالاحوال العينية. ومن ثم، اخضعت تنظيم الاحوال الشخصية، والعلاقات الاسرية وما يترتب عليها من آثار الى احكام قانون خاص هو: قانون أو مدونة الاحوال الشخصية. أما الاحوال العينية وما ينبني عليها من علاقات مالية فاخضعها لاحكام قانون الأحوال العينية الذي يمثل القانون المدني في نطاق هذه البلدان. ويعود هذا الفصل والتمييز بين هذين النوعين من القوانين الى الطبيعة الخاصة للقواعد المنظمة للعلاقات الاسرية وما تتمتع به من ترابط وثيق واتصال بالمعتقدات الدينية لافراد بشكل تبدو فيه فكرة الحلال والحرام فكرة بارزة وشديدة الوضوح في هذا النطاق. وعلى هذا الأساس انفصل القانون المدني في البلاد العربية/ الاسلامية بشكل عام إلى قانونين اثنين:

★ القانون الاول: - وهو قانون الاحوال الشخصية. ويشمل في نطاقه مجموع القواعد القانونية التي توضح الاحكام الخاصة بحالة الشخص وأهليته، ونظام الولاية على المال بالإضافة الى كافة الاحكام الخاصة بالاسرة والمنظمة لكافة الروابط الناشئة عنها كالنسب وما يترتب عليه من حقوق وواجبات بين الابناء والاباء وكحقوق وواجبات الرجل والمرأة، وأحكام الوصايا والارث ، بالإضافة الى احكام الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عليه من آثار.

★ والقانون الثاني:- وهو القانون المدني. ويتكف بتنظيم العلاقات المالية لافراد. ومن ثم يشتمل على مجموع القواعد التي تحدد معنى المال. وبيان الحقوق المالية المختلفة وأسباب اكتسابها وطرق تداولها بالإضافة الى الاسباب المؤدية الى زوالها.

35. وإذا كان هذا الفصل ما بين الاحوال الشخصية والاحوال العينية يعتبر أمر

رجب 1333، والخاص بتنظيم الملكية العقارية والحقوق العينية في المغرب قد اعتبر الاموال العقارية (عقارات اما بطبيعتها أو بالتخصيص أو بحسب المحل الذي تنسحب اليه). ففي ضوء هذا الاعتبار يصبح مفهوم المال شاملا في نطاقه الأشياء والحقوق في نفس الوقت .

ذلك لاننا لو رجعنا الى الفصلين السادس والسابع من نفس الظهير. لوجدنا أن العقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص هي من قبل الاشياء. بينما تعتبر العقارات بحسب المحل الذي تنسحب اليه من قبيل الحقوق وفقا لمنطوق أحكام الفصل الثامن من نفس هذا الظهير حيث حددها بانها: حق الملكية، وحق الانتفاع. والاحباس، وحق الاستعمال والسكنى، والكراء الطويل الامد، وحق السطحية والرهن الحيازي، وحقوق الارتفاق. والامتيازات والرهن الرسمية، وبعض الحقوق المستمدة من العرف الاسلامي كحق الزينة، وحق الجلسة. وحق الجزاء، وحق الهواء، فأمام واقع هذه النصوص بصراحة مضمونها، يلاحظ أن المشرع المغربي قد تأثر في موقفه بموقف القانون المدني الفرنسي فتبنى مفهوم النظرية التقليدية - لا النظرية الحديثة - بالنسبة للاموال. ومن ثم نرى ضرورة اعادة النظر في هذا الوضع، وأحكام المنطق القانوني، باعادة صياغة أحكام هذه النصوص على أسس تأخذ بعين الاعتبار ضرورة الاخذ بمنطق الفقه والتشريع الحديث بالنسبة لمفهوم المال .

المبدأ السابع

ضرورة مراعاة الوحدة التشريعية

في تنظيم العلاقات الانسانية الخاصة بالنشاط الانساني الواحد

33 - من أهم مظاهر تنظيم العلاقات الانسانية، وتحديد الحقوق والواجبات في نطاق هذه العلاقات، وعلى أسس واضحة ومحددة المعالم، أن يكون لكل نشاط إنساني، ووفقا لطبيعته الخاصة به، أحكاما تندرج في وحدة تشريعية، كاملة وموحدة، لتشكل نظاما قانونيا متكاملا وموحدا لامشتتا وموزع الاجزاء. فهذا المبدأ كثيرا ما نراه غير محقق في نطاق التشريع المغربي بشكل عام، والقانون المدني بشكل خاص.

34 - فبالنسبة للقانون المدني، يلاحظ أن هذا القانون يعتبر حجر الأساس في

الخالية Les biens vacants ou sans maître . كما أخذ بتقسيمات المالك لا يصدق بعضها، ووفقا لمنظوره بالذات، الا بالنسبة لاشياء فقط من دون الحقوق المالية. من مثك تقسيمه لاموال الى اموال مثلية واموال قيمية، ومن مثك تقسيمه لها الى اموال استعمالية واموال استهلاكية.

31. ويلاحظ أن مفهوم النظرية التقليدية للمالك، يؤدي- في واقع الامر- الى نتائج لاتستقيم مع منطوق الامور وطبائع الاشياء لسببين اثنين:

★ السبب الاول:- ويتجلى بأن هذا المفهوم يؤدي الى ضم مفهومين مختلفين في تعريف واحد يجمع كلا من الحق والشئ الذي يعتبر بطبيعته محلا لذلك الحق في نفس الوقت. ومن ثم، فان هذا المفهوم يؤدي بنا الى أن نسوي ما بين الحق في ذاته وبين ركن من أركان الحق. وهذا - كما نرى مخالف لطبائع الاشياء ومنطوق الأمور.

★ والسبب الثاني:- ويتجلى بأن هذا المفهوم للمالك يؤدي- في واقع الامر- الى بعض النتائج القانونية الغريبة، والتي تتنافى - هي أيضا- مع المنطق القانوني وطبائع الاشياء وواقع الامور. ذلك لاننا لو اعتبرنا أن «الحق المالي» بالاضافة الى «الشئ» الذي يقع عليه ذلك الحق المالي من قبيل الاموال، لتوجب عندئذ ان نعتبر «حق الملكية» مالا في حد ذاته. ذلك لانه لا يعقل أن ندرج في نطاق الاموال كافة الحقوق ذات القيمة المالية ونغفل حق الملكية وهو اهمها جميعا من هذا المفهوم. وعليه فلو ادخلنا هذا الحق الى جانب الاشياء التي يرد عليها في نطاق الاموال لكان من نتيجة ذلك أن يعتبر الشئ الذي يقع عليه حق الملكية «مالا متميزا» عن حق الملكية الذي يعتبر هو أيضا «مالا» في نفس الوقت. ويعنى هذا أننا ندخل في نطاق «الذمة المالية» للمالك كلا من : حق الملكية والشئ المملوك في نفس الوقت. وهذا يتنافى مع الواقع، ويجرح المنطق ويجافيه، لأنه يؤدي بطبيعة هذا النظر الى «مضاعفة» المال العائد للمالك، بينما هو في واقع الأمر ليس له الا مال واحد يندمج فيه حقه في الملكية بالشئ الواقع عليه .

32. وأمام هذا الواقع، فلو عدنا الى التشريع المغربي لرأينا أن المشرع المغربي- تأثرا منه بالتشريع الفرنسي- قد تبنى في واقع الامر منظور الفقه والتشريع التقليدي لمفهوم المالك. ذلك لانه وسع في نطاق هذا المفهوم وجعله شاملا كلا من الاشياء والحقوق على السواء. بدليل أن الفصل الخامس من ظهير 19

المبدأ السادس

ضرورة احكام المنطق القانوني مع نظر الفقه والتشريع الحديث لمفهوم المال

29) يميز الفقه والتشريع الحديث بين مفهوم المال ومفهوم الاشياء :
* (أ) فالاموال les biens : هي كل حق ذي قيمة مالية ، سواء أكان حقا
عينيا او حقا شخصيا او حقا من حقوق الابتكار ، وسواء اكان واقعا على الاشياء او
على الاعمال .

* (ب) اما الاشياء les choses : فتشمل في نظر الفقه والتشريع الحديث
الامور التالية :
أولا: - كل ماله وجود مادي محسوس في العالم الخارجي، باستثناء الانسان
حيث يعتبر بطبيعته شخصا لاشيئا.

ثانيا: - وبعض الامور التي يمكن تصورهما بشكل تجريدي عقلي. فهذه الامور
بالرغم من أنها لاتدخل في نطاق الوجود الحسي الملموس، فان لها وجودا قائما
بذاته يجعلها محلا صالحا للحقوق التي يقع عليها، وهي حقوق الابتكار.
فاستنادا لهذا التقسيم تعتبر كافة أنواع الجماد والحيوان والنبات من قبيل
الاشياء المادية. كما تعتبر الافكار والمخترعات وكافة أنواع الابتكارات من قبيل
الاشياء المعنوية.

30- على أن ماتجدر ملاحظته هو أن هذا التمييز الحديث بين مفهوم المال
ومفهوم الاشياء، ليس هو المفهوم الذي تأخذ به النظرية التقليدية في الفكر
القانوني. بل أن هذه النظرية الاخيرة تأخذ بالمفهوم الذي استقر عليه الفقه
القانوني في المرحلة اللاحقة لعهد الحقوق الرومانية، والذي توضع في أوائل القرن
التاسع عشر في القانون المدني الفرنسي المعروف باسم قانون نابليون. ويتجلى
هذا المفهوم في نطاق التشريع الفرنسي- والتشريعات المتأثرة به- من خلال
استعمال هذه التشريعات للفظ «المال». فهي تستعمل هذا اللفظ للتعبير به عن
كل من الاشياء نفسها، وعن الحقوق المالية في نفس الوقت. واستنادا لذلك اطلق
القانون الفرنسي على الاشياء القابلة للتملك، والتي لامالك لها اصطلاح: «الاموال

التكليف القانوني ، واستند الى واقع «زمن إبرام العقد» بين البائع والمشتري ، فاعتبر ان المشتري - الفاعل - انما يأخذ في هذه الحالة ، ويخفي ملك نفسه لاملك غيره لانه يعتبر مشتريا الشيء بمجرد تناوله من مكانه ، ذلك ان اختياره للسلعة يعتبر قبولا يقترب بايجاب البيع من قبل البائع ولما كان اقتران القبول بالايجاب يؤدي الى «نعقاد العقد» فان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري بمجرد هذا الانعقاد ، ومن ثم فان المشتري الذي يخرج بالمبيع دون الوفاء بالثمن يعتبر مالكا للمبيع الا انه «امتنع عن الوفاء بالتزام مدني مترتب في ذمته، وليس سارقا يأخذ مالا منقولاً عائدا للغير».

28) وأمام هذا الواقع الذي يبرز موقف بعض الفقه الفرنسي ومعارضته لموقف الاجتهاد القضائي ، وبالرغم من أننا نؤيد موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي لعدة اعتبارات لا مجال لذكرها هذا (18) لأننا لسنا في معرض التبرير والانتصار لاحد الموقفين - بالرغم من ذلك نقول : ان هذا الانقسام في الفكر القانوني الفرنسي يمكن ان ينعكس في نطاق الفكر القانوني المغربي ، ويمكن ان يؤدي الى تعارض الاجتهاد القضائي فيما بين المحاكم المغربية من ناحية ، وفيما بين هذه المحاكم وبين الفقه المغربي من ناحية ثانية، خاصة وأن أحكام الفصل 488 والفصل 491 من قانون الالتزامات والعقود تتيح المجال إلى ذلك بشكل كبير. فالفصل 488 يقضي بأن «يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وبتأقافهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى». كما أن الفصل 491 يقضي بأن «يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه» فدفعنا لهذا الانقسام المحتمل، وتوقيا لما يمكن أن تترتب عليه من آثار وحماية لحقوق الافراد في المجتمع. ونظرا لأن هذا النوع من البيوع قد أخذ في الانتشار في حياة المجتمع المغربي. لك هذه الأسباب نرى ضرورة تدخل المشرع المغربي لتنظيم هذه البيوع وأفراد أحكام خاصة بها على غرار ما أفرده من أحكام بعض أنواع خاصة من البيوع في نطاق الباب الثالث من القسم الأول للكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود .

(18) راجع ذلك في كتابنا. أحكام العقود المسماة. المرجع السابق. ص 227 وما بعد. نبتة 296.

«بيع معجل الوفاء» انتقلت ملكية المبيع بموجبه إلى المشتري بمجرد العقد، أما وفاء الثمن فتأخر بعض اللحظات، هذا بالنسبة للمطاعم، أما في المتاجر فيلاحظ أن البيع هو أيضاً - معجل الوفاء ويكون البيع، في الأصل، منعقداً مبدئياً بمجرد اختيار الزبون للسلعة التي يريدتها بعد معاينتها وفحصها، ذلك لأن الأصل هو أن عرض السلعة مع بطاقة السعر الخاص بها يشكل إيجاب البائع في عقد البيع، واختيار الزبون لها بعد معاينتها يشكل قبول المشتري متطابقاً مع إيجاب البائع فينعقد البيع، إلا أن أداء الثمن يتأخر بعض اللحظات تنحصر بين وجود الزبون في المتجر وبين مثوله أمام صندوق الحساب لدفع ثمن ما اختاره من مواد، ومن ثم، إذا كان البيع في نطاق المطاعم يؤدي إلى انتقال ملكية المبيع - باستهلاك الطعام قبل أداء الثمن فالأمر خلاف ذلك في نطاق المتاجر، ذلك أنه بالرغم من أن البيع يعتبر منعقداً - مبدئياً - بين البائع والمشتري بمجرد اختيار الزبون للسلعة، إلا أن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا في لحظة دفع الثمن عند مثول هذا الأخير - أمام صندوق البيع. ذلك لأن ركن إيجاب البائع - في هذا البيع - مشروط في حقيقة الأمر بمبدأ حسن نية المشتري، وبدفع الثمن حالا وقبل مغادرة المتجر. وعليه لا يستطيع المشتري أن يتصرف بالشيء المبيع - في هذه الحالة - قبل وفاء الثمن، سواء بإتلافه لهذا الشيء أو إخفائه إياه عن رقابة المسؤول عند قبض ثمنه على صندوق البيع - فإذا تصرف به قبل وفاء الثمن اعتبر سارقاً وأمكن عندئذ فرض عقوبة السرقة عليه لأخذه مال الغير المنقول بدون رضاه.

(26) ونظراً لسهولة السرقة في هذه المتاجر فإن ملفات القضاء في فرنسا تثبت أن الحف العام قد عمد فعلاً إلى ملاحقة بعض رواد هذه المتاجر ممن يقومون بإخفاء ما يأخذونه عنها دون تقديمه إلى صندوق البيع بجرم السرقة، كما تثبت أن القضاء الفرنسي قد قضى فعلاً بعقوبة جرم السرقة على هؤلاء (17)

(27) على أن ما تجدر ملاحظته هو أن الفكر القانوني الفرنسي غير متفق على تكييف هذه الواقعة مع جرم السرقة. فإذ كان هذا التكييف يمثل موقف الاجتهاد القضائي حول هذه الظاهرة، فإن موقف « بعض » الفقه الفرنسي قد انتقد هذا

(17) راجع: - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1918/7/4. منشور في مجلة سيرى الدورية Recueil Sirey سنة 1918. الجزء الأول. ص 225 وشرح « رو Rau ».

والاحكام العامة التي يقوم على أساسها تنظيم الاهلية القانونية للشخص رجلا كان أو امرأة ، أما نص القانون التجاري فيعتبر « استثناء مؤقتا » لهذا الاصل تطبيقا للمبادئ العامة التي تحكم تفسير الاوضاع القانونية عند التعارض بين نص يشكل مبدأ عاما وبين نص يتضمن حكما خاصا بنشاط معين ، حيث يبقى المبدأ العام هو الاصل ويعمل بالنص الخاص في نطاق ميدانه المحدود الى ان يتدخل المشرع فيزيك التناقض والتعارض ما بين النصين ، ونعتقد أنه آن الوقت لتدخل المشرع المغربي لازالة هذا التناقض والتعارض وليعيد الامور الى توازنها الطبيعي، ومنطقها القانوني المستمد من صميم التصور الاسلامي للمركز القانوني الخاص بالمرأة المغربية ومنحها الشخصية القانونية ، المستقلة والكاملة في كافة ميادين النشاط الانساني ، متزوجة كانت أو غير متزوجة، بالغاء الاحكام الخاصة بالفصل الخامس من قانون التجارة المغربي.

المبدأ الخامس

ضرورة تنظيم الاوضاع القانونية

الناشئة عن طبيعة الحياة الحضارية المعاصرة

(24) من أهم الامثلة التي يمكن ان نقدمها في هذا النطاق، هو الوضع القانوني الخاص ببيع « الخدمة الحرة - Vente au libre service - Self service » . فقد شاع هذا البيع في ظل الحضارة المعاصرة على نطاق واسع في المدن الكبرى ويلاحظ في المتاجر والمطاعم على وجه خاص . فبموجب هذا البيع تعطي هذه المتاجر والمطاعم لزبائنها ، حرية التجول في ارجاء المتجر أو المطعم، يأخذون ما يشاءون من موجوداتها لمعاينتها وشرائها ، أو اعادتها الى مكانها ، فاذا عزموا على الشراء وجب عليهم تقديم ما أخذوا الى الصندوق الموضوع في مخرج المتجر او المطعم لدفع ثمن ما تناولوه من طعام ، أو لاداء ثمن ما أخذوه من سلع اختاروها بمكء حريتهم عند تجوالهم في ارجاء المتجر فيتملكون هذه السلع ويغادرون المحل.

(25) ففي نطاق هذا النوع من البيوع ، يلاحظ أن ملكية المبيع - بالنسبة للمطاعم - تنتقل الى المشتري ، وهو الزبون ، بمجرد اختياره للطعام فيستطيع أن يستهلكه داخل المطعم وقبل خروجه منه، إلا ان الوفاء بالثمن يتأخر لحظات معدودات حتى الانتهاء من وجبة الطعام ومغادرة المطعم، فيكون العقد اذن هو

، حيث نصت أحكام المادة 135 من هذه المدونة على أن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها يكون ناقص الأهلية». (21) ويترتب على هذا أن الاصل في التشريع المغربي هو أن المرأة المغربية تعتبر - كالرجل المغربي - كاملة أهلية الاداء ، ومن ثم ، فهي لا تكون عديمة الأهلية الا في سن طفولتها وعدم تمييزها استنادا لاحكام المادة 138 مدونة الاحوال الشخصية، والا في حالة جنونها استنادا لاحكام المادة 144 من نفس المدونة ، كما أنها لا تكون ناقصة الأهلية الا في سني تمييزها او اذا بلغت سن الرشد وكانت سفيهة استنادا لاحكام المادة 135 من المدونة ، ومن ثم ، فإن الاصل هو أن المرأة المغربية لا يمكن ان تعود عديمة الأهلية أو ناقصتها بعد ان تبلغ سن الرشد الا لجنون او سفه شأنها في ذلك شأن الرجل المغربي.

(22) على أن هذا الاصل يجرحه في حيز الواقع نص الفصل الخامس من قانون التجارة المغربي . ذلك أن المرأة المغربية لا تستطيع أن تمارس الاعمال التجارية الا بعد اذن زوجها ، ومهما قضى قانون احوالها الشخصية في هذا المضمار ، بل حتى ولو كانت قد بلغت سن الرشد قبل زواجها . فهي في كافة هذه الحالات تعود بعد زواجها قاصرة - في الميدان التجاري - وتخضع في أحكامها هذه لنفس الاحكام الخاصة بالصغير المميز المأذون ، ومن ثم ، فهي تبقى عرضة لسحب هذا الاذن لها في كل وقت وحين ، ويعني هذا ، أن المرأة المغربية المتزوجة تعتبر قاصرة الأهلية التجارية في نطاق التشريع المغربي ، وهذا امر يتعارض كلياً مع منطوق الشريعة الاسلامية ومبادئها العامة التي تقوم على أساس الفضل بين أموال الزوجين من ناحية واعتبار المرأة ذات شخصية قانونية مستقلة سواء أكانت متزوجة أو غير متزوجة من ناحية أخرى ، وهذا الوضع في التشريع المغربي ليس سوى أثر من آثار الارادة الدخيلة التي فرضت ذاتها على المشرع المغربي في ظل مبدأ الحماية والقهر الاستعماري وتحت ستار «القوانين المتمدنة» وشعارات «التقدم والحرية» ومبادئ «المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة» وضرورة «الأخذ بيد الشعوب المتخلفة للنهوض بها في معارج التقدم والتمدن والرفق».

(23) وأمام هذا الوضع ، لانستطيع الا أن نقول : ان المرأة المغربية المتزوجة تعتبر من حيث الاصل كاملة أهلية الاداء استنادا لمنظور المشرع المغربي لها في نطاق مدونة الاحوال الشخصية باعتبار أن أحكام هذه المدونة تشكل المبادئ

المجنون لمباشرة حقوقه المدنية عندما نص بصراحة على أنه « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو جنون » مما يقتضي اعتبار التصرفات التي يجريها المجنون، بعد ثبوت جنونه والحجر عليه ، تصرفات باطلة - شأنها في ذلك شأن تصرفات الصغير غير المميز - فانه عاد واتخذ موقفا اخر مخالفا للاصل عندما قرر في المادة 146 من نفس المدونة بأن « تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون أو السفه ». فالعبرة بعدم النفاذ في نطاق هذه المادة يعني - في منطقتي الفقه الاسلامي الذي اخذ به المشرع المغربي في نطاق مدونة الاحوال الشخصية - وقف التصرف لابطلانه. ويتأكد هذا من خلال اقتزان حكم المجنون بحكم السفيه بموجب هذا النص. ومن ثم ، فهو يتناقض كلياً مع التعبير « بعدم الاهلية » لوارد في أحكام المادة 134. ذلك لان عدم النفاذ انما يعني وقف التصرف الذي يجريه ناقص الاهلية لاعديم الاهلية. إما على تصديق الولي او على اجازته من قبل المتصرف بعد زوال المانع عنه. ويعني هذا أن التصرف يصبح تصرفاً موقوفاً وليس تصرفاً باطلاً كما يجب ان يكون استناداً لحكم الاصل. ويلاحظ أن هذا الاعتبار ينطبق على تصرفات المجنون سواء اكان جنونه جنوناً مطبقاً او متقطعاً ، ذلك لان المجنون في نظر المشرع المغربي يعتبر: « فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته او متقطعاً بحيث يعتريه فترات يثوب اليه عقله فيها » استناداً لاحكام المادة 144 من مدونة الاحوال الشخصية ، فاستناداً لذلك وازاء هذا النص الصريح الذي اورده المشرع المغربي في أحكام المادة 146 تصبح تصرفات المجنون - خلافاً للاصل - تصرفات موقوفة لاتصرفات باطلة اذا ما قام بها بعد ثبوت الجنون فيه والقضاء بحجره. ومن ثم يقتضي هذا التناقض في أحكام النصوص ضرورة اعادة النظر بتنظيم اهلية المجنون في ضوء المنطق القانوني وأحكام الفقه الاسلامي على السواء

ثانياً : - التناقض في احكام أهلية المرأة المغربية

(20) لم يميز المشرع المغربي بين اهلية المرأة والرجل بموجب أحكام الفقرة الثانية من الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود ، بل قرر أن : « كل شخص أهل للالزام والالتزام مالم يصح قانون احواله الشخصية بغير ذلك ». وبالرجوع الى أحكام مدونة الاحوال الشخصية يلاحظ أن المشرع المغربي لم يأخذ الا بحالتين اثنتين من حالات نقص الاهلية. هاتان الحالتان هما : حالة الصغير المميز و حالة السفيه

* - والسبب الثاني : ويتجلى بأن مصطلحات الفقه الاسلامي تشكل ينبوعا ثرا يتيح للمشرع بالذات أن يجد فيه الميدان الخصب الذي يمكنه من احكام المنطق القانوني عند صياغة النصوص المنظمة لمختلف الاوضاع القانونية والعلاقات الانسانية في نفس الوقت، ذلك أنه لا يكفي أن يحيط المشرع بمضمون القاعدة القانونية التي تمثل « فكرة القانون » بل إن الأهم من ذلك هو ان يتمكن من اخراج هذه الفكرة او المضمون الى حيز الواقع بشكل ينسجم مع المنطق القانوني . ويتوافق ويتناسق مع منطوق العدالة ومقاصد التشريع فهذا الجانب الفني هو الذي يحكم اخراج الجانب العملي ويجعله منسجما ومتكاملا مع طبيعة العلاقات في حيز الواقع العملي وحركية الحياة الاجتماعية في مختلف ميادين النشاط الانساني / الحي.

المبدأ الرابع

ضرورة الغاء التناقض والتعارض بين النصوص القانونية الخاصة بالنظام العام

18) من أبرز الخصائص التي تبرز تكامل وانسجام المنطق القانوني انما يتجلى بوحدة الاحكام وعدم تناقضها وتعارضها بين مختلف فروع القانون بشكل عام ، ووحدة الاحكام المرتبطة بالنظام العام بشكل خاص ، وهذا المبدأ كثيرا ما نرى المشرع المغربي قد انحرف عنه ايضا فجاءت النصوص متعارضة ومتناقضة في أحكامها أحيانا ، مما يطرح بالحاح ضرورة اعادة النظر في صياغتها ، ولعل من ابرز الامثلة التي يمكن تقديمها في هذا النطاق هو التعارض والتناقض في نطاق تنظيم الاهلية بين الاحكام الخاصة بأهلية المجنون في نطاق مدونة الأحوال الشخصية ، وبين الاحكام الخاصة بأهلية المرأة وتناقضها وتعارضها بين احكام هذه المدونة وأحكام القانون التجاري المغربي.

أولا : - التناقض في أحكام أهلية المجنون

19) يلاحظ ان المشرع المغربي قد اعتبر أن الاصل في الشخص هو كمال الاهلية مالم يصرح قانون احواله الشخصية بغير ذلك. بموجب أحكام الفقرة الثانية من الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود. وبالرجوع الى احكام مدونة الاحوال الشخصية نرى أن المشرع المغربي بعد ان قرر في المادة 134 انعدام أهلية

16. وقد وضعنا هذا الفصل في موقف حرج ، عند شرحنا للموقف القانوني الوصف القانوني لهذا البيع (16) ،ومن ثم، فإننا لم نتمكن من تحديد موقفنا في ضوء الفصول 62، 63، 64، 65، من قانون الالتزامات والعقود فوفقاً لما ذهبنا إليه بأنه : « عقد غير مسبب» تطبيقاً لأحكام الفصل 64 والفصل 65 من القانون المذكور ذلك لاننا لانعتقد بما يراه بعض الفقه بأن هذا البيع هو « عقد تأجيل البيع» في ضوء الفقرة الثانية من نص الفصل 485 التي منحت المشتري حصة من الثمن ويلاحظ ان هذا الموقف الحرج لم يكن في واقع الامر الا بسبب ارتباكنا في استعمالنا لأحكام هذا البيع نظراً لضيق المصطلحات القانونية في هذا النطاق ، فالتوجه المغربي خرج عن هذا الوضع ولجأ الى توسيع نطاق هذه المصطلحات باستخدامها بمصطلحات الفقه الاسلامي لتمكن عندئذ من رقد الفكر القانوني بهذا الشأن ، «العقد الموقوف» الى جانب نظرية العقد الباطل ونظرية العقد الموقوف للابطال. ولو عدنا الى نفس المثال المتقدم في بيع ملك الغير، نرى ان هذا الموقف يستقيم في منطق القانوني وفقاً لنظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي اعادة الصياغة الفنية للفقرة الاولى من هذا النص بحيث تصبح كالآتي :
« بيع ملك الغير لا يقع نافذا الا :

1- اذا قره المالك .

2 - او اذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء .

(17) . فاستناداً لما تقدم، نرى ضرورة اغناء المصطلحات القانونية

الفقه الاسلامي لسببين اثنين:

* - السبب الاول : ويتجلى بأن هذه المصطلحات هي من صميم المصطلحات القانونية الاسلامي، وهي تتوافق وتتلاءم بطبيعتها ومنطقها مع طبيعتها الشرعية والانساني ، فمن خلال هذه المصطلحات بالذات نستطيع أن نؤكد على مساهماتنا الفعالة في تطوير الفكر القانوني المعاصر، ودفعه نحو تفتح الفكر الانسانية ، وفي شتى ميادين الحياة ، على أسس الايمان بمبدأ التكامل بين الحقوق والواجبات.

(16) راجع كتابنا. احكام العقود المسماة وفقاً لأحكام قانون الالتزامات والعقود المعبر عن عقد البيع. ص 169 وما بعد نبذة 222 وما بعد.

« لا » ابطال العقد « فوفقا للمبادئ العامة والمنطق القانوني يلاحظ ان « فسخ العقد » لا يقع بطبيعته على عقد باطل او قابل للابطال ، بل يقع على عقد قائم وملزم للطرفين ويقرره القانون لاحد المتعاقدين في نطاق العقود التبادلية - كالبيع ليتمكن هذا المتعاقد من التحل من التزامه عندما يجد ان التمسك بالعقد لم يعد نافعا له لان التزامه به أصبح مجردا عن سببه بعد أن أخل المتعاقد الاخر بالتزامه العقدي بشكك عام ، أو بعد ان أصبح التزام هذا الاخير يأبى بطبيعته التنفيذ العيني بطريق الاجبار القضائي لاستحالة محله بشكك خاص ، ويؤكد ذلك ما قرره المشرع المغربي في الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أنه : « اذا كان المدين في حالة مطلق كان للدائن الحق في اجباره على تنفيذ الالتزام مادام تنفيذه ممكنا . فان لم يكن ممكنا جاز للدائن ان يطلب فسخ العقد ، وله الحق في التعويض في الحالتين » فحق المشتري في فسخ العقد يعني اذن ان هذا العقد قائم لا باطل او قابل للابطال، ذلك أنه لو كان مؤيد هذا العقد هو « البطلان او الابطال » لما جاز للمشتري ان يطلب « بفسخ العقد » بل تخضع هذه العلاقة عندئذ لاحكام « ابطال العقد » لافسخ العقد وفقا لما قرره احكام الفقرة الثانية من هذا الفصل ولا يقدح من هذا الاعتبار في نظرنا ان يكون المشرع المغربي قد وصف هذا البيع بالبطلان في الفقرة الثالثة من الفصل 485. ذلك لان هذا الوصف انما جاء في صدد الحكم القاضي « بمنع البائع » من الادعاء به تطبيقا للقاعدة الاصولية التي تقضي بأنه : « لا يجوز لشخص أن يدعي بفسخه المشيـن *Nemo aditur propriumtur pitudinem allegans* فالبايع إما أن يكون عالما بأن المبيع غير داخل في ملكيته ، وبالرغم من ذلك ، اقدم على البيع فيكون سيء النية ، ويكون خطؤه بالتالي خطأ مقصودا ، بل قد يشكل جرم الاحتيال اذا ما توافرت شرائطه، او أن يكون حسن النية كما لو كان يجهل انه غير مالك للمبيع ، كأن يكون معتقدا انه الوارث الوحيد لمالك الشيء المتوفي في حين ان ثمة وارث اخر يزاومه او يحجبه ، أو كأن يشتري مالا مسروقا او ضائعا وهو يجهل مصدره فيكون خطؤه عندئذ غير مقصود، الا أنه مع ذلك، يعتبر مهنلا ومقصرا في تقصى حقيقة ملكيته للمبيع ، ويعتبر بالتالي مخطئا في كلتا الحالتين وعليه أن يتحمل وزر إهماله وتقصيره.

المبدأ الثالث

ضرورة اغناء الصياغة الفنية للنصوص بمصطلحات الفقه الاسلامي الى جانب المصطلحات القانونية

14. مما يلفت النظر في أحكام قانون الالتزامات والعقود هو أن ضيق المصطلحات القانونية، وعدم استيعابها لتصور مختلف الأوضاع الواقعية لطبيعة العلاقات الناشئة من ظروف الحياة، أدت في واقع الأمر الى تشويش واضطراب خطيرين في نطاق الصياغة الفنية للنصوص ، ودفعت بها الى الابتعاد عن المنطق القانوني بالذات ، ولعل أهم مثال نستطيع أن نقدمه في هذا النطاق هو الاحكام الخاصة « ببيع ملك الغير » فقد تناول المشرع المغربي تنظيم هذا البيع بمقتضى أحكام الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود حيث قضت بما يلي :

– « بيع ملك الغير يقع صحيحا :

1. اذا اقره المالك

2. اذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

– واذا رفض المالك الاقرار ، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ، وزيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض اذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير.»

ولا يجوز اطلاقا للبائع ان يتمسك ببطلان البيع بحجة ان الشيء مملوك

للغير.

15. فاذا أمعنا النظر في الصياغة الفنية لاحكام هذا النص لاتضح لنا

التشويش والاضطراب ، بالاضافة الى مجافاة المنطق القانوني بالذات بما يلي :

* اولا : – ان أحكام الفقرة الاولى من هذا الفصل تفيد بمفهوم المخالفة أن بيع

ملك الغير يقع « باطلا » او على الاقل « قابلا لابطال » إذا لم يقره المالك ، أو اذا

لم تنتقل ملكية المبيع للبائع. والبطان او قابلية الابطال في هذه الحالة أمر منطقي

لافتقار التزام البائع الى محل تطبيقا لاحكام الفصل 59 من قانون الالتزامات والعقود

ولا فتقار التزام المشتري الى سبب تطبيقا لاحكام الفصل 62 من نفس القانون.

* ثانيا : – على أن أحكام الفقرة الثانية من هذا الفصل توقفت هذا البطان أو

الابطال ودرأت البيع عندما قررت اعطاء المشتري الحق في ان يطلب « فسخ العقد

التمن الحقيقي الذي قبضه، ويكون الفرق مابين التمن الواقعي والتمن المشتراط هو المعدل الربوي الفاحش.

★ أما الفرضية الثانية:- فهي أن يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط تملك الشيء المرهون من قبل الدائن إذا لم يوف الراهن بالدين عند حلول أجل الوفاء به. ذلك لان المشرع المغربي قد نص صراحة على بطلان أي شرط يسمح للدائن المرتهن بتملك المرهون عند حلول أجل الدين وعدم قيام المدين بدفعه في الاستحقاق، سواء ورد هذا الشرط في صلب عقد الرهن، أو ورد في عقد لاحق استنادا للفقرة الاولى من أحكام الفصل 1226 من قانون الالتزامات والعقود. وعلى هذا، قد يلجأ المتعاقدان الى ابرام «بيع ثنيا» بينهما، يتمكن المشتري بموجبه من تملك المبيع في نهاية المدة المحددة للاسترداد، اذا لم يتمكن البائع من دفع التمن ليباشر حقه في الاسترداد. وهكذا يتمكن المقرض، أو الدائن المرتهن، من أن يتخذ لنفسه صفة المشتري فيستطيع أن يملك الشيء المرهون بصفته كمبيع، اذا لم يتمكن المدين المقرض- وهو البائع- من رد ما اقترضه وسماه «ثمنا» في نطاق «بيع الثنيا».

13) فأمام هذا الواقع الذي يمكن أن يعمد اليه المرابون ليستغلوا حاجة المدينين الضعفاء للاموال، يفرض المعدل الربوي الفاحش. أو تملك الاشياء المرهونة في مقابل مبالغ الديون، والتي كثيرا وغالبا مالاتكافأ مع القيمة الحقيقية لهذه الاشياء، نرى ضرورة اعادة النظر والغاء الاحكام الخاصة بهذا البيع من نطاق قانون الالتزامات والعقود، والاكتفاء بأحكام الرهن الحيازي والرهن الرسمي في مثل هذه الاوضاع. كما نرى اعادة النظر في كافة الاحكام التي يمكن أن تؤدي الى استغلال الانسان لحاجة أخيه الانسان من خلال ماتتضمنه من ثغرات تفسح المجال للتحايل على غايات التشريع ومقاصده، أخذا ببدأ سد الذرائع وأصوله الشرعية التي تثبت ضرورة الاخذ به عند صياغة الاحكام.

مسلم « قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحلال بين والحرام بين.. وبينهما أمور متشابهات. فمن اتقى الشبهات استنبأ لدينه ورضه. ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه».

11) فاستنادا الى الاصول الشرعية التي تثبت ضرورة الاخذ بهذا المبدأ، ترى ضرورة اعادة النظر في كل نص قانوني يمكن أن يتخذ ذريعة يتوسل بها لتحقيق أهداف وغايات تتناقض مع النظام الشرعي/ الاجتماعي العام، وتؤدي الى الانحراف عن غايات ومقاصد التشريع، وتتناقض مع مبادئ العدالة الاجتماعية في منظور العقيدة الاسلامية الغراء.

12) ولعل من أهم النصوص التي تفرض ضرورة اعادة النظر في أحكام قانون الالتزامات والعقود بالاستناد الى مبدأ سد الذرائع الاسلامي. كافة الاحكام الواردة في نطاق الباب الثالث من القسم الاول للكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود المنظمة لبيع «الثنيا». ذلك لان الصورة العملية لهذا البيع غالبا ماتت في نطاق الواقع عندما تكون ظروف البائع المالية ظروفًا سيئة تدفعه الى ابرام هذا البيع بقصد الحصول على مبلغ مالي هو «ثمن المبيع» املا في نفس الوقت ان تتحسن ظروفه المالية فيتمكن من اعادة هذا المبلغ الى المشتري ويسترد ملكيته للمبيع الذي يود الاحتفاظ فيه. ومن هنا، كثيرا مايقع ان يتخذ المتبايعان من «بيع الثنيا» ستارا يخفي رهنا حيازيا يكون في واقعه غير مشروع. ويمكن ان نتصور هذا الواقع في نطاق الفرضيتين التاليتين:

★ الفرضية الاولى:- وهي أن يقدم المتعاقدان على ابرام عقد قرض بربا فاحش مضمون برهن حيازي، فلايكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته استنادا الى الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أن «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يضمنه ، سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكلا هدية أو أي نفع آخر للمقرض ، أو لاي شخص غيره يتخذ وسيطا له» وعلى هذا بلجا المتعاقدان إلى «بيع ثنيا». فيضع المقرض في يد المقرض عينا معينة، وينفقان على أن العقد هو «بيع ثنيا». ثم، يعود المقرض فيكترى العين من المقرض فيدفع كراء العين، ويكون هذا الكراء هو المعدل الربوي الذي يشكل في واقع الأمر الربا الفاحش لعقد القرض. أو أن يشترط المشتري - وهو الدائن المقرض - على البائع - وهو المدين المقرض - أن يدفع عند الاسترداد ثمنا يكون في الواقع أكثر من

المبيع ظاهر، كما يتم «قبض المبيع» من قبل المشتري. ومن ثم، لا يخفى ما في هذه القاعدة التي تبناها المشرع المغربي واستمدها من القانون المدني الفرنسي من مخاطر منة قضي مع مبدأ العدل بالنسبة للمشتري. ذلك لأنه يصبح مسؤولاً عن شيء لم يدخل في حيازته المادية من الناحية العملية بعد، ولهذا السبب نرى أن معظم التشريعات الحديثة قد خرجت عن هذا المبدأ المعتمد في القانون المدني الفرنسي. لذلك بالمبدأ القاضي بأن «العين تهلك على الحائز لاعلى المالك» (12) أخذ بهذه القاعدة الاخيرة مشروع القانون الدولي لبيع المنقولات العينية بمقتضى أحكام المادة 109 والمادة 110 منه. فهذا المبدأ هو المبدأ الأدنى الى مختلف المذاهب، والمبدأ الارحم للمشتري. وهو بطبيعته مبدأ سبق الفقه الاسلامي كافة التشريعات الحديثة في الاخذ به. ومن ثم، يعتبر المبدأ الذي يجدر بالمشرع المغربي أن يأخذ به ويراعيه.

المبدأ الثاني

ضرورة التنسيق بين واقع النصوص ومبدأ سد الذرائع

110 الذريعة تعني «الوسيلة، أما حقيقتها في اصطلاح الفقه الاسلامي فهي: الترسية على من هو مصلحة الى مفسدة (13). ومن ثم ، يقصد بمبدأ سد الذرائع في الفقه الاسلامي «منع المباحات التي يتذرع بها الى مفساد ومحظورات» (14) ، كما يعقد النكاح قاصدا به التحليك أو كمن البيع قاصدا به الربا. هذا، وقد ورد الاءاد في قيم الحوزية تسعة وتسعين دليلا يؤكد ثبوت هذا المبدأ في أصول الشريعة الاسلامية الغراء (15) ونكتفي هنا بحديث النعمان بن بشير فيما رواه

(12) المادة 109 من القانون المدني المصري، والمادة 405 من القانون المدني السوري، والمادة 109 من القانون المدني الليبي، والمادة 547 من القانون المدني العراقي.

(13) الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، ص 199

(14) الفقه الاسلامي، السياسة الشرعية، ص 73

(15) الفقه الاسلامي، الجزء الثالث، ص 126 وما بعدها وقران فتاوى ابن تيمية. الجزء الثالث، ص 126 وما بعدها.

يدرأ الدائن هذا الفسخ بعرضه تعديلا لشروط العقد. يتفق مع مبدأ العدالة. ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.

★ **ثالثا:** - وأن يعمد المشرع المغربي الى تخصيص باب تمهيدي يوضح فيه الاحكام العامة والمبادئ الاساسية التي تبين طبيعة الحق ونطاق ومدى استعماله بالاضافة الى احكام القانون وأسس تطبيقه في الزمان والمكان، وأن يضمن أحكام هذا الباب حالات التعسف في استعمال الحق في ضوء منظور الفقه الاسلامي لطبيعة الحق من ناحية وفي ضوء تحديد التشريعات الحديثة لاسس هذا التعسف من ناحية ثانية (11).

(9) على أن ماتجدر ملاحظته هو أن تخلف أحكام قانون الالتزامات والعقود عن منطق العدل، لاينحصر في نطاق انعدام الاحكام الخاصة بهذه النظريات الثلاث، نتيجة صياغة أحكام هذا القانون في ظل مبدأ الحماية والقهر والاستعمار. بل يتجاوز ذلك ليتضح من خلال نصوص متعددة لعل أهمها هو نص الفصل 493 من هذا القانون، حيث قرر المشرع المغربي أن «يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم، مالم يتفق على غير ذلك». فهذا الموقف يعتبر بطبيعته خروجاً على مبادئ العدل والمنطق، وانحرافاً عن منظور الفقه الاسلامي، وتأثراً واضحاً بأحكام القانون المدني الفرنسي ذلك أن هذا المبدأ مستمد بطبيعته من أحكام المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي. فهذه المادة تحمل المالك - أي المشتري - تبعة الهلاك عملاً بالمبدأ الروماني القديم القاضي بأن العين تهلك على مالكاها «Res perit domino» وهذا بخلاف الفقه الاسلامي. ذلك لان هذا الفقه، بالرغم من تقريره لمبدأ انتقال ملكية البديلين في الحاك بمجرد ابرام البيع - وفقاً لما أخذ به المشرع المغربي في الفصل 491 من قانون الالتزامات والعقود - الا انه لاينحرف في ذلك عن مبدأ العدل ومنطق الامور وطبائع الاشياء. بل بالرغم من انتقال ملكية المبيع الى المشتري بمجرد ابرام العقد فان يدالبائع تبقى في نظر الفقه الاسلامي «يد ضمان» لا «يد أمانة» فيبقى البائع متحملاً تبعة هلاك

(11) راجع أحكام المادة 135 من القانون البولوني، والمادة 226 من القانون المدني الألماني والمادة 74 من مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي. والمادة الثانية من قانون الالتزامات والعقود السويسري، والمادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادتين الخامسة والسادسة من القانون المدني السوري. والمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني المصري.

النصوص وفقا لما نلمسه من ارادة المشرع المغربي في ضوء احكام الدساتير المتعاقبة منذ فجر الاستقلال. وقد آن الوقت - على ما نعتقد - لازالة هذا التخلف بأن يعمد المشرع المغربي الى القيام بالاجراءات التالية:

★ أولا: اعادة النظر في أحكام الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود، والخاص بأسباب ابطال الالتزامات المبنية على حالة المرض والحالات المشابهة، واعادة صياغة أحكام هذا النص في ضوء معايير النظرية الحديثة للغبن الاستغلالي وفقا لما أخذت به التشريعات الحديثة من ناحية (9) ، وقياساً على أحكام الغبن في «بيع المسترسل» وفي حالة «تلقي الركبان» في الفقه الإسلامي، واستنادا الى الحديث الشريف القاضي بأن «غبن المسترسل ظلم» من ناحية ثانية.

★ ثانيا: - واعادة النظر في أحكام الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود وبشكل يؤدي الى التخفيف من حدة وصلابة «القوة الملزمة للعقد» في الحالات التي تطرأ فيها ظروف لم يكن بإمكان المدين توقعها عند ابرام العقد، وتؤدي الى ارهاقه وتهديده بخسارة جسيمة ليس من العدل أن يتحملها. ونقترح أن يكون تعديل هذا النص منطلقا من موقف اصطفايي يوقف بين معايير نظرية العذر والجوائح في الفقه الاسلامي، وبين أحكام نظرية «الظروف الطارئة» التي أخذت بها التشريعات الحديثة (10) وبشكل تصبح فيه أحكام هذا الفصل كالآتي:

+ الفصل 230: (أ). الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئها، ولايجوز الغاؤها الا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

(ب). ومع ذلك، اذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن بإمكان المتعاقدين توقعها عند إبرام العقد، وبحيث يصبح تنفيذ الالتزام بسببها يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، جاز للمحكمة عندئذ ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو أن تقضي بفسخ العقد مالم

(9) راجع أحكام المادة 138 من القانون المدني الالمانى، والمادة 21 من قانون الالتزامات والعقود السويسري، والمادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 130 من القانون المدني السوري، والمادة 129 من القانون المدني المصري.

(10) راجع أحكام المادة 269 من قانون الالتزامات البولوني، والمادة 1467 من القانون المدني الايطالي، والمادة 148 من القانون المدني السوري، والمادة 147 من القانون المدني المصري.

السلبى ويهدف إلى منع «كافة الناس» من الاعتداء على الحق. والمنع الإيجابي ويهدف إلى منع صاحب الحق بالذات من أن يتخذ من الحق وسيلة يعبث بها بمصالح الجماعة أو مصالح الأعيان.

ويعنى هذا أن أسس العدالة ومنطقها السليم يفرضان بالضرورة، أن يكون مبدأ «احترام الإرادة» مقيدا أصلا بعدة مبادئ يفرضها أصلا مبدأ العدل في ذاته، والذي قامت بالاستناد إليه هذه النظريات الثلاث. ومن أهم هذه المبادئ، المبادئ التالية:

★ أولا: - مبدأ طهارة الباعث كقيد نفسي، أخلاقي يضمن حماية التوازن بين الحقوق والواجبات من عبث الانانيات الفردية بقوة القانون.

★ ثانيا: - ومبدأ الأخذ بعين الاعتبار لمدى قدرة الانسان على أن يتوقع ويدرك النتائج المترتبة على مايقدم عليه من التزامات يريدها بماء حريته واختياره ورضاه، عند إبرامه للعقود المنشئة لهذه الالتزامات. ويعنى هذا أن يكون مبدأ «احترام القوة الملزمة للعقد» مقيدا بشرط بقاء الظروف التي نشأت في ظلها هذه الالتزامات الى الوقت الذي يتم فيه تنفيذ هذه الالتزامات.

★ ثالثا: - ومبدأ «منع الإرادة» من أن يعتسف غاية الحق ، بحيث تتخذ من مبدأ الاعتداد بحقها وسيلة للاضرار بمصالح المجتمع أو مصالح الغير.

★ رابعا: - ومبدأ تفسير الشك في مصلحة الطرف الضعيف في كل عقد تقوم العلاقة فيه بين سيد ومسود، أو بين قوى وضعيف، وسواء أكان العقد عقد بيع أو عقد كراء أو عقد عمل أو قرض.

★ خامسا: - ومبدأ شرعية الآثار حماية للمصالح العام.

8) وبالرغم من أن هذه النظريات الثلاث قد توضحت في صلب التشريعات الحديثة بالاستناد الى مبدأ العدل المطلق. وبالرغم من أن هذا المبدأ هو بطبيعته مبدأ إسلامي - على نحو ماتقدم - فاننا لانرى لهذه النظريات مكانا بين أحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي. وهذا - في اعتقادنا - ليس وليد الإرادة المغربية الحرة. بل هو دليل عسف الإرادة الدخيلة على هذا المجتمع في أوائل هذا القرن العشرين، وفي ظل ظروف الحماية والقهر والاستعمار. أما بقاء هذا التخلف في أحكام هذا القانون عن مبدأ العدل بعد مرور ربع قرن من الزمان بعد الاستقلال فأمر لا يبرره الا ضرورة التروى والتعقل في نطاق ضرورة اعادة النظر في صياغة أحكام هذه

التسلط والاقتضاء تتيح لصاحب الحق - عدلا - أن يتمتع بما يمنحه هذا الحق له من سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، وتمكنه من أن يلزم كافة الناس باحترام حقه والامتناع عن كل ما يؤدي الى المساس به، فان هذه المكناات مشروطة أصلا بأن، يتوافر الحق على ركنه الذاتي وشرطيه وفقا لما نراه:

★ فالركن الذاتي للحق: انما يتمثل - في نظرنا واعتقادنا - بالعلاقة الاختصاصية بين المختص، صاحب الحق، وبين المختص به، موضوع الحق، والقائمة أصلا بالاستناد الى مبدأ العدل. ذلك لأن الحق بطبيعته انما يمثل - في نظرنا وفي حقيقة أمره - الجزاء المتكافئ مع الجهد المبذول في نطاق السعي الاكتسابي المشروع. ومن هنا، لا يمكن - عدلا - الادعاء بحق اكتسبه الشخص بطريق غير مشروع.

★ أما الشرط الأول للحق: - فهو شرط الغاية الاجتماعية له. ذلك أن الحق هو بطبيعته ظاهرة اجتماعية. فهو لا يمكن أن يقوم الا من خلال الروابط الاجتماعية والعلاقات الانسانية. ويعني هذا أنه: إذا كان الركن الذاتي للحق انما يقوم على أسس العلاقة الاختصاصية المستندة الى مبدأ العدل، فإن مبدأ العدل المطلق يقتضى أن لا يكون الحق غاية في ذاته - بل أن يكون وسيلة لغاية شرع الحق ابتداء من أجلها. وهذه الغاية هي مصلحة مقصودة قانونا باستعمال الحق. فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة أخرى هي أولى بالرعاية في نظر القانون، فان مشروعية المصلحة المقصودة بالحق لاتعصمها عندئذ من أن تصبح غير مشروعة. كما لو اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالغير، أو كما لو تعارضت المصلحة الفردية المشروعة مع المصلحة العامة. مما يعنى في النتيجة: ضرورة أن تكون المصلحة التي تشكل موضوع الحق الفردي أو غايته هي بطبيعتها مصلحة ذات « صبغة إجتماعية» وليست مصلحة فردية «خالصة».

★ وأما الشرط الثاني للحق: - فهو شرط الحماية القانونية له. وتتمثل هذه الحماية - في نظرنا - بتأطير الأحكام القانونية وتحديد لها لنطاق الحق ومداه، تأطيرا وتحديدًا يمنع كافة الناس من الاعتداء عليه. ويكبح - في نفس الوقت - جماح صاحب الحق بالذات من أن يتخذ من الحق الممنوح له قانونًا وسيلة للاضرار بحقوق المجتمع والغير. ومن هنا، يصبح مفهوم الحماية القانونية - في ضوء مبدأ العدل في ذاته - مفهوما يستهدف تحقيق «المنع القانوني» بجانبية: المنع

7) أما انعدام هذا التلازم والتكامل بين هاتين القاعدتين فيشكل - في نظرنا واعتقادنا - الخلفية التاريخية = الحقيقية للمأساة الانسانية، وأزمتها الأخلاقية والتشريعية، منذ عهد الرق والعبودية، الى عهد المشكلة العمالية في عصرنا الحديث مرورا بعهد الاقطاع في العصور الوسطى. ومن هنا . لم يتمكن الفكر القانوني - في نظرنا - من أن يعيد التوازن الطبيعي بين المراكز الحقوقية بموجب أحكام التشريع الا بعد أن أمن بأن مبدأ «الارادة الحرة» لايمكن أن يكون مبدأ محترماً مالم يكن مقيدا ابتداء بمبدأ العدل المطلق وبمدى وعي هذه الارادة بمسؤوليتها الاخلاقية والقانونية حيال الصالح الاجتماعي العام. وهكذا . تمكن هذا الفكر أخيرا . ومنذ النصف الأول من هذا القرن العشرين، من أن يعيد النظر في أحكام بعض التشريعات الحديثة، كالتشريع الالماني والبولوني والسويسرى . بالاضافة إلى التشريع اللبناني والمصرى والسورى، وفي ضوء بعض النظريات التي تمكن من وضعها بعد أن ثبت له - بحكم الواقع - مدى انحراف «الارادة الحرة» عن أسس المعايير الأخلاقية/ الانسانية لأن «النفوس أمارة بالسوء». وبعد أن اتضح له أن «حرية الانسان وكرامته هي التي تستعبد، وفي ظل أحكام القانون، في كل علاقة انسانية، قانونية، تقوم بين سيد ومسود، وبين غني وفقير، أو بين قوى وضعيف، ولعل أهم هذه النظريات التي صاغها الفكر القانوني الحديث، لتطويق التصرف الارادى الحر بمبدأ العدل والصالح الاجتماعي العام، انما تتجلى بك من: نظرية الغبن الاستغلالي، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية التعسف في استعمال الحق. فهذه النظريات الثلاث انما تنطلق أصلا من نظرة انسانية، عقلانية وواقعية، تهدف إبتداء إلى كبح جماح الأنايات الفردية، كي لاتتخذ من مفهوم الحق معقلا تتحصن فيه لتعبت بمصالح الناس. فاذا كان المبدأ القائل بأن «العقد شريعة المتعاقدين» يستند ابتداء إلى قاعدة «الالتزام باحترام المواثيق والعهود» في نطاق مبدأ العدل، ويستتبع بالتالي: وجوب احترام وتنفيذ الالتزامات الناشئة به كاحترام وتنفيذ مايفرضه القانون من التزامات فان هذه القاعدة لاتكفى بمفردها لاقامة موازين التكافؤ العادل بين الالتزامات الناشئة، بالعقد، بل لابد من أن تتلازم وتتكامل ابتداء مع قاعدة «الالتزام بعدم الاضرار بالغير» لتحقيق الرقابة الذاتية الاخلاقية. وإحكام الرقابة التشريعية، التنظيمية التي تضمن استمرار التكافؤ الاقتصادي والتوازن التام بين المراكز العقدية في نفس الوقت. واذا كانت مكنة

قاعدة من هاتين القاعدتين يؤدي بالضرورة الى أن يصبح مبدأ العدل «مبدأ أعرج» لا يمكن أن تستقيم عليه موازين التعامل الاجتماعي في مختلف ميادين النشاط الانساني.

وهذا التلازم والتكامل بين هاتين القاعدتين هو - في اعتقادنا - وليد النظرة الاسلامية الأصيلة لمفهوم العدل في ذاته. بدليل أن الله - عز وجل - اذ أوحى لرسوله الكريم، في كتابه العزيز قوله تعالى: «ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (5). «وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولاً» (6)، «وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً» (7). عاد فأوحى له في الحديث الشريف قوله صلوات الله وسلامه عليه: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام». ومن هنا كانت كل صياغة فنية، لكل حكم شرعي اسلامي يهدف إلى تنظيم أية علاقة إنسانية، في أي ميدان من ميادين النشاط الانساني انما ترتد أصلاً إلى هاتين القاعدتين لضمان مبدأ العدل من حيث المضمون، وتستند ابتداءً إلى مبدأ التنسيق بين أصليين اثنين من حيث الشكل والصياغة الفنية للأحكام. وهذان الأصلان هما:

★ أصل ذاتي: - وهو أصل الأمور بمقاصدها. ويهدف إلى تأكيد طهارة الباعث المحرك لتوجهات الارادة الحرة عند اقدامها على القيام بأى تصرف من التصرفات ويستند إلى الحديث الشريف: «انما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» (8).

★ وأصل موضوعي: - وهو أصل النظر إلى مآلات الأفعال ونتائجها. ويستند الى الحديث الشريف: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام». ويهدف إلى تحقيق الرقابة الذاتية بين المراكز الحقوقية، في كل علاقة شرعية. سواء أكانت هذه العلاقة، علاقة قائمة على أساس التصرف الارادي المدرك المختار، أو كانت علاقة قائمة على أساس مجرد الوقائع المادية النافع منها أو الضار.

(5) المائدة / 1

(2) الاسراء / 34

(7) النحل / 91

(8) روى الحديث الشريف البخارى ومسلم وراجع في سند الحديث وشرحه زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي. جامع العلوم والحكم. الطبعة الثانية. مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1369 هـ : 1950 م . ص 10.5

المبدأ الأول

ضرورة التنسيق بين واقع النصوص ومبدأ العدل في ذاته

5) إذا كان « فن العدل » يعنى في الواقع: « حمل النفس على إيتاء كل ذى حق حقه والالتزام بذلك على وجه الثبات والاستمرار » (1)، فإن «مبدأ العدل في ذاته» انما يترد - في نظرنا - إلى قاعدتين أساسيتين تشكلان حجر الزاوية في بناء كافة المعايير القيمية الاخلاقية التى تتلاءم مع الطبيعة الانسانية التى كرمها الله بالعقل. كما تنتظم بالاستناد إليهما كافة أحكام التشريع في مختلف فروع القانون المنظمة للعلاقات الانسانية في كافة ميادين الحياة الخاصة منها والعمامة على السواء. وهاتان القاعدتان هما:

★ قاعدة الالتزام باحترام العهود والمواثيق.

★ وقاعدة الالتزام بعدم الاضرار بالغير.

فبالاستناد إلى هاتين القاعدتين، كان مبدأ العدل في ذاته مبدأ اخلاقياً وتشريعياً بشكل عام، كما كان مبدأ اسلامياً بشكل خاص. ذلك أن كافة الاحكام الشرعية المتفرعة عن اصول العقيدة الاسلامية، والمنظمة لمختلف العلاقات في مختلف ميادين النشاط الانساني انما تستند إليه ابتداءً. بدليل أن الله سبحانه وتعالى «لم يرسل رسله، ولم ينزل كتبه الا ليقوم الناس بالقسط وهو: العدل. فاذا ظهرت امارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله ودينه» (2) يؤكد ذلك قوله تعالى: «لقد أرسلنا رسلنا بالبينات، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس بالقسط» (3) وقوله تعالى: «ان الله يأمر بالعدل والاحسان» (4).

6) والتلازم والتكامل بين هاتين القاعدتين، يعتبر - في نظرنا - شرطاً أساسياً، ضرورياً وحتمياً. لتكامل مبدأ العدل في مفهومه «المطلق» أى في مفهومه الخاص / التبادلي، وفي مفهومه العام / التوزيعي والاجتماعي. ومن ثم، فإن تخلف أى

(1) مدونة جوستينيان في الفقه الروماني. تعريب عبد العزيز فهمي. القاهرة. دار الكتاب المصرى 1946 ص5

(2) الامام ابن قيم الحوزية. الطرق الحكمة

(3) الحديد / 25

(4) النحل / 90

قضت بأن الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية والمجالس الجماعية والفرق المهنية، تساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم، وأن «نظام الحزب الوحيد غير مشروع». فان كان رأى الحزب الوحيد رأيا غير مشروع كان من باب أولى اذن أن يكون رأى الفرد الواحد رأيا غير مشروع. ومن هذا الاعتقاد كانت مساهمتنا هذه تقتصر على تسليط بعض الأضواء على التناقضات القائمة بين واقع المجتمع المغربي وتطلعاته وفقا لما حددته أحكام الدساتير المغربية المتعاقبة منذ فجر الاستقلال وبين واقع قانون الالتزامات والعقود وما يشتمل عليه من ثغرات تجعله قاصرا ومتخلفا في أحكامه اذا ما قيس مع واقع هذا المجتمع، وواقع الفقه الاسلامي المنفرع عن أصول العقيدة الاسلامية ومقاصدها الغائية.

4) فاستنادا الى ماتقدم، نعرض هذه التأملات على شكل أمثلة مختارة من أحكام قانون الالتزامات والعقود، والتي وقع اختيارنا عليها لتكون دليلا يوضح ضرورة إعادة النظر في هذه الأحكام بالاستناد الى المبادئ التالية:

★ المبدأ الأول: - ضرورة التنسيق بين واقع النصوص ومبدأ العدل في ذاته.

★ المبدأ الثاني: - ضرورة التنسيق بين واقع النصوص ومبدأ سد الذرائع.

★ المبدأ الثالث: - ضرورة اغناء الصياغة الفنية للنصوص بمصطلحات الفقه الإسلامي إلى جانب المصطلحات القانونية.

★ المبدأ الرابع: - ضرورة إلغاء التناقض والتعارض بين النصوص القانونية الخاصة بالنظام العام.

★ المبدأ الخامس: ضرورة تنظيم الأوضاع القانونية الناشئة عن طبيعة الحياة الحضارية المعاصرة.

★ المبدأ السادس: - ضرورة إحكام المنطق القانوني مع نظرة الفقه والتشريع الحديث لمفهوم المال.

★ المبدأ السابع: - ضرورة مراعاة الوحدة التشريعية في تنظيم العلاقات الانسانية الخاصة بالنشاط الانساني الواحد.

- ففي ضوء هذه المبادئ السبع نتناول بيان هذه التأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود بما يلي:

الإسلامية، والمنطلق إلى مستقبل إنساني شامل، يحقق ذاته فيه، من خلال إسهامه الفعال في تطوير الفكر القانوني، ودفعه نحو تنظيم العلاقات الانسانية، وفي شتى ميادين الحياة، على أسس الايمان بقيمة الانسان ومبدأ التكافؤ العادل بين الحقوق والواجبات، واستنادا الى نظرة تكاملية تحقق التوازن الفعال بين مختلف المصالح المتعارضة في نطاق المجتمع التعددى الحديث. فاستنادا الى هذه المنطلقات نرى الجانب الايجابي من هذه الندوة العلمية التي خططت لها وحققتها كلية الحقوق في جامعة محمد الخامس. بل إن فهمنا لهذا الجانب الايجابي، على هذا النحو، وفي نطاق هذه المؤسسة الغراء بالذات، لا يكون من قبيل الصدفة، بل من قبيل الواقع الحركي - الحي الذي يشكل امتدادا للنظرة التاريخية لبطل الاستقلال محمد الخامس رضوان الله عليه. وعلى هذا الأساس، تصبح هذه الندوة العلمية، وفقه تأمل هادف، يرسى من خلال تخطيطه العام، وتأملاته العقلانية في نطاق النصوص، قواعد الأساس لبناء قانوني جديد، يستلهم احكامه من واقع الأصالّة المغربية، وإيمانها بالقدرات الانسانية المتفتحة على معالم الحياة في ظل حضارة القرن العشرين.

3) وعلى أساس هذا الفهم المستند إلى هذا الواقع الدستوري المعبر عن تطلعات المشرع المغربي منذ فجر الإستقلال، رأينا أن نبني مساهمتنا المتواضعة هذه، في نطاق هذه الندوة العلمية الغراء، من خلال بعض التأملات المحصورة في حدود قانون الالتزامات والعقود. ذلك لأننا نؤمن بالنظرة التكاملية القائمة أصلا على أساس البحث العلمي المتخصص والمستند الى واقع الممارسة العملية لمختلف فروع القانون. ثم، ان مساهمتنا - في نطاق هذه التأملات - لن تكون أصلا على أساس النظرة التفصيلية التي تتناول بحث الأحكام القانونية في جزئياتها. ذلك أن مساهمة من هذا القبيل تخرج - في نظرنا - عن نطاق قدرة الفرد، وتدخل في نطاق عمل اللجان التشريعية الممثلة لكافة العمليات الكامنة في صلب حضارة المجتمع التعددى الحديث، والتي تفرض ذاتها بحدّة، كلما توسع المجتمع، وتعددت المعطيات الحضارية، وتنوعت المصالح فيه. وهذا النظر يستند أصلا إلى إيماننا بضرورة تعميق الشعور الفردي للانسان بانتمائه الى «الك» لابانتمائه وولائه الى «الجزء» من هذا «الك». كما ينطبق - على ما نعتقد - مع أحكام الفصل الثالث من الدستور حيث

يستمد كافة الوسائل التنظيمية والادارية في مختلف ميادين الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية من أصول التشريع الوضعي الحديث. وقد أكد هذا الواقع دستور 1972، بالاضافة إلى الدساتير السابقة، حيث نص الفصل الأول منه على أن «نظام الحكم بالمغرب بنظام ملكية دستورية ديمقراطية واجتماعية». كما نص الفصل الثاني منه على أن «السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء وبصفة غير مباشرة بواسطة المؤسسات الدستورية». أما الفصل الثالث منه فقد قرر أن «الاحزاب السياسية والمنظمات النقابية والمجالس الجماعية والفرق المهنية، تساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم» وأن «نظام الحزب الوحيد نظام غير مشروع».

★ ثالثاً: - وبأن المجتمع المغربي مجتمع مستقل وحديث يعانى وطأة مختلف المشاكل الثقافية والاقتصادية والاجتماعية التى خلفتها ظروف التدخلات الأجنبية، ومهدت لدخوله في عهد الحماية وتقطيع أوصاله منذ مطلع هذا القرن، والتي حاولت أسر وتقييد كافة الخصائص الذاتية التى يتمتع بها طيلة فترة تقارب نصف قرن من الزمان، بالاضافة إلى مشاكله الاجتماعية الذاتية التى تتجلى في وطأة تزايد السكان، وضرورة مواجهة هذه المشاكل المختلفة بالأساليب العلمية والتشريعية، التنظيمية الحديثة. واستناداً لذلك اتخذ المشرع المغربي من أسلوب التخطيط المنظم وسيلة أساسية لانماء الاقتصادي والاجتماعي فيه، واعتبر هذا الأسلوب أسلوباً دستورياً عندما خصص الباب التاسع من دستور 1972 لتأسيس مجلس أعلى للانعاش الوطني والتخطيط، وحدد أسس تنظيم وعمل هذا المجلس في الفصول: 92،91،90 من أحكام الدستور. وتتأكد لنا ارادة المشرع المغربي وتوجهها نحو هذا الأسلوب التنظيمي، وشعورها بوطأة هذه المشكلات، وضرورة وضع الحلول العلمية والتشريعية لها من خلال شعوره المبكر بوطأة هذه المشكلات. ذلك لأنه لم يقتصر في التنصيص على هذا التنظيم بموجب الأحكام الخاصة بدستور 1972. بل نصت عليه كافة الدساتير السابقة منذ فجر الاستقلال.

(2) ففي ضوء هذا الواقع الدستوري، الذي يكشف عن طبيعة تصور المشرع المغربي لمفاهيم العدالة الاجتماعية، والناجعة من طبيعة تصور لواقع المجتمع المغربي بعد الاستقلال نرى ضرورة اعادة النظر، وعلى أسس علمية، وروح بناءة ومنتفحة، بكافة النصوص التشريعية التى فرضت على المجتمع المغربي، من خلال ظروف الحماية، والتي لاتتلاءم أصلاً مع واقع هذا المجتمع المؤمن بعقيدته

تأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود

خالد عيد *

الحمد لله نستعينه ونستغفره. ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلك فلا هادي له. ونشهد أن لا إله الا الله، ونشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً
أما بعد:

1) فبالعودة إلى أحكام الدستور المغربي، نلاحظ أن المشرع المغربي يستمد منظوره للعدالة الاجتماعية من عدة معطيات واقعية وموضوعية، ترتبط ارتباطاً مباشراً بطبيعة المجتمع المغربي بالذات. فهو يؤمن:

★ أولاً: - بأن المجتمع المغربي مجتمع مسلم، يؤمن بالعقيدة الاسلامية، ويستمد منها أصول تصوره العام لمفهوم العدالة الاجتماعية. ونلمس هذا الموقف بوضوح من نصوص الدساتير المغربية المتعاقبة. فقد أكد هذا الواقع كل من دستور 1962 و 1970، ثم أخيراً دستور 1972 حيث ورد في تصدير كل منها أن «المملكة المغربية دولة اسلامية ذات سيادة كاملة». كما اعتبرت دين الدولة الاسلام حيث نص الفصل السادس من باب الأحكام العامة والمبادئ الأساسية على أن «الاسلام دين الدولة. والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية».

★ ثانياً: - وبأن المجتمع المغربي مجتمع تقدمي ومتفتح، يؤمن بالمبادئ الديمقراطية السياسية والاجتماعية فى الحياة الحضارية المعاصرة. ومن ثم، فهو

* أستاذ بكلية الحقوق بالرباط .

ذلك في اي اصلاح والسبب يرجع الى ما سبق ان تحدثنا عنه من الازدواجية في التكوين التربوي والثقافي للمواطنين، والى الفروق الكبيرة التي تفصل المجتمع الحضري على المجتمع القروي، الامر الذي تنعدم معه وحدة الرؤيا الاجتماعية لمشاكل الاسرة وحدودها.

فلو بحثنا من الوجة الاجتماعية عن نموذج الاسرة المغربية لوجدنا في الواقع نماذج متعددة : الاسرة العتيقة التي تراكمت في نظامها التقاليد وتحكم القوي في الضعيف والاسرة المهجنة التي تحاول تمثيل نموذج الاسرة الغربية وبين هذين النوعين نماذج أخرى بين بين.

وأمام التفاوت الكبير في تطور نموذج الاسرة المغربية يصعب عمليا صياغة قواعد قانونية موحدة لان القانون ينبغي ان يصاغ اساسا لهذا النموذج المثالي المرغوب في تعميمه، ولكن كما يقال لا يترك الميسور بالمعسور ، والامل معقود اكثر على القضاء الذي نأمل أن توفر له امكانيات التكوين والثقة والصلاحيات حتى يجعل من العدالة رائدا لتفسير النص وتطبيقه وهدفا في اصدار حكمه وهاديا له في استقصاء وقائع كل قضية تعرض عليه.

ومهما يكن من امر، فاننا نرى في الوقت الحاضر أن أفضل اسلوب لاصلاح م. ح. ش هو عدم الاكتفاء باسناد الامر نهائيا الى لجنة مهما يكن حسن الاختيار للاعضاء وتمثيلهم لمختلف اتجاهات الرأي.

واذا كان من الضروري تهيين مشروع الاصلاح عن طريق لجنة محددة الاعضاء، فانه ينبغي نشر المشروع على الرأي العام ، بقصد افساح المجال لتدارس وابداء الاراء في فترة زمنية لا تقل عن سنة اشهر ، ثم تعاد صياغة نصوص المشروع على ضوء الاراء والملاحظات الجدية ، مع السعي الى التوفيق بقدر الامكان بين اتجاهات الرأي العام المختلفة وبذلك تأتي مقتضيات قانون الاحوال الشخصية اكثر استجابة لرغبات المواطنين واقرب الى آمالهم ورؤيتهم المشتركة لمشاكل الاسرة المغربية والله المستعان.

وإذا رجعنا الى اصلاح قانون الاسرة الذي يهمننا في هذا العرض نستطيع القول بأنه مهما يكن من اختلاف الاراء وتعارضها أحيانا ، فمن الضروري ان يسعى بقدر الامكان الى تحقيق هدفين أساسيين.

الاول : الحد الأدنى على الاقل من مبادئ العدالة وما تتطلبه من اقرار توازن معقول في الحقوق والتبعات.

الثاني : الاستجابة للسلوك الاجتماعي العفوي وتصورات الفرد العادي للعدل والمثل العليا لان العدالة بقدر ما تعتبر قانونا طبيعيا هي كذلك نسبية يتأثر مفهومها بتقاليد الناس ومعتقداتهم وتفسيرهم للحياة الاجتماعية المثالية (50).

فالقانون كلما كان اقرب الى طبائع الافراد اللذين يسن لهم ولميولهم وطموحاتهم الفطرية سهل تطبيقه واستجاب الناس لاحكامه بتلقائية وعفوية وعلى العكس من ذلك القانون غير النابع من واقع المجتمع وحياته اليومية المعاشة.

اذا كان تحقيق الهدفين السالفين، هو الذي ينبغي ان يسعى اليه اصلاح مدونة الاحوال الشخصية، فان ذلك يتفق مع مبادئ الشريعة وما أمر الله به في القرآن قال تعالى « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (51) وقال على الزوجات « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » (52) .

وقال: «لا يكلف الله نفسا الا وسعها» (53) « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (54) .

أما من الناحية العملية وفي الواقع الاجتماعي الحالي، فمن الصعب تحقيق

(50) ليس معنى هذا مسابرة الواقع الاجتماعي ولو كان هذا الواقع فاسدا ، لان مراعاة ما ألفه الناس ودأبوا عليه اعتقادا وسلوكا مشروط بتوافر الهدف الاول وهو العدالة وعدم التفریط أو الافراط في حقوق الفرد والتزامه لذلك يبقى اختيار الاحكام والحلول الملائمة لاعراف المجتمع وتصوره لاسرة المثالية - قاصرا على الحالات التي لا يكون فيها حيف ظاهر على احد افراد الاسرة ولا سيما المرأة حيث نجد الكثير من القواعد التي ألف المجتمع السير عليها تلحف ظلما صارخا بها سواء كانت بنتا أو أختا أو زوجة.

(51) من الآية 90 - سورة النحل

(52) من الآية 226 - سورة البقرة

(53) من الآية 285 - سورة البقرة

(54) من الآية 184 - سورة البقرة.

ب - اصلاح الجوانب الاخرى للحياة الاجتماعية فلا يكفي العناية بمحتوى قانون الاحوال الشخصية وانما يتعين أن تمتد يد الاصلاح في نفس الوقت الى مختلف الانظمة والهيكل الاجتماعية الاخرى من سياسية واقتصادية وصحية وقضائية وغيرها .

ان الكثير من مشاكل الاسرة المغربية نابعة بالاساس من الواقع الاقتصادي الذي تعيشه الاسرة ككل، ويعيشه الاب ، وتتن تحت وطأته بصورة اقسى واشد المرأة قبل زواجها ، واثناءه ، وبعد ان يبلغ اليها قرار انهاءه!

ج : نشر التعليم وتعميمه حتى يصبح الفرد - رجلا أو امرأة - قادرا على استيعاب افكار الاخرين وبالتالي اتساع افق تفكيره الذي يجعله اكثر تقديرا لتصرفاته وعواقبها واستعدادا لتحمل مسؤوليته الاسرورية والاجتماعية فالدور الاساسي لاستقرار الاسرة يرجع الى سلوك افرادها وتقديرهم لواجباتهم قبل نصوص القانون مهما بلغت من الدقة في صياغتها واذا كانت هذه الشروط الموضوعية التي اشرفنا اليها تبدو بعيدة المنال (49) فان من الضروري السعي الى تحقيقها ، ولم يخلف الانسان الا ليسعى دوما الى ادراك الافضل مهما تكن العراقق والعقبات ، واملنا يزداد انتعاشا بعد ان ظهرت بوادر العمل الجماعي للشعوب الاسلامية ، فالسيطرة الغربية بحجمها الحالي تصعب ان لم نقل تستحيك مقاومتها بالوسائل المحدودة جدا لكل دولة مسلمة.

2 - ما هو الاصلاح المرغوب فيه ؟

لعل من نافلة القول التأكيد بأن قانون الاسرة جانب من التنظيم الاجتماعي فهو جزء من كل مرتبط بهذا الكك صلاحا وفسادا .
وقد سبق ان اكدنا على هذه الحقيقة البديهية عند الاشارة الى الشروط الموضوعية لكل اصلاح جدي وعميق.

49) سيما اذا لاحظنا موقعنا من المسيرة الحضارية الذي يدفعا دفعا الى التبعية الفكرية والسلوكية فمن جهة المقومات الوطنية للاستقلال الفكري ما تراك هزيلة : الفقر والمرض والجهل ، (قراء الصحف من كل اتجاهاتها ولغاتها لايتجاوز 100 الف) بما يتبعها من قلة الانتاج وانخفاض مستواه في مختلف مجالات الانتاج في العلوم الانسانية والعلوم التجريبية على السواء. ومن جهة ثانية سيطرة الثقافة الاجنبية والتصور الايديولوجي الغربي للحياة ، وربما ستزيد هذه السيطرة عندما نربط - بدون اختيار منا - بالشبكات التلفزيونية لدول السوق الاوروبية المشتركة عندما ترتبط هذه فيما بينها بقمر اصطناعي لهذا الغرض في السنوات القليلة القادمة.

كما اشرنا الى العوائق التي حالت دون تطوير احكامها عن طريق التشريع او الاجتهاد القضائي ، وأن تغيير أو اصلاح مقتضيات م. ح. ش وان كان رغبة عامة الا أننا نلاحظ تباينا كبيرا بين فئات الرأي المختلفة.

ونرى من الضروري ان نثير سؤالين ثم نحاول الجواب عنهما.

1 - ما هي الشروط الموضوعية او مقومات انجاز اصلاح المرتقب ؟

2 - ما هو اصلاح المرغوب فيه لقانون الاحوال الشخصية ؟

1 - الشروط الموضوعية او مقومات انجاز اصلاح المرتقب:

يبدو أن اي اصلاح جدي وجذري لقانون الاسرة يتطلب توفير شروط موضوعية يمكن تلخيصها في نظرتنا فيما يلي :

أ- توحيد التكوين التربوي والثقافي للمواطنين وذلك بخلف مدرسة وطنية تزود الفرد بالمقومات الاساسية للشخصية الوطنية تمكنه من التفكير السوي وتعصمه من الانزلاق العشوائي الى الافكار الجاهزة التي قد يصادفها في دراسته الجامعية أو قراءاته الشخصية ووسائل الثقافة والاتصال الأخرى.

والمدرسة الوطنية تتركز بالاساس في التعليم الابتدائي والثانوي وتدعم بوسائل التربية الاخرى من صحافة واذاعة وتلفزة ومسرح وكتابة بمختلف اشكالها...

ان من شأن وجود هذه المدرسة القضاء على الازدواجية الخطيرة القائمة حاليا والتي تتمثل في مدرسة تقليدية لاتساير الواقع ، وأخرى غربية تتجاوز هذا الواقع وتنطلق من مناخ وأفكار نبتت وترعرعت في بيئات تختلف كثيرا عن بيئتنا الاجتماعية.

وإذا كان خلق المدرسة الوطنية لا يؤدي الى وحدة كاملة للأراء والافكار فانه يحقق التقارب في هذه الافكار كما يجعل المناقشة مقبولة رغم الاختلاف في الرأي او الاتجاه (48) .

48) ولا يقتصر تأثير خلق المدونة الوطنية على تقارب اتجاهات الرأي العام والتصاقها بالواقع المغربي . وانما يؤثر كذلك على التطبيق القضائي للنصوص وهو - في نظرنا - لا يقل أهمية عن وضع النصوص نفسها.

وقد اشرنا الى الأثر السلبي الذي ينجم عن اختلاف التكوين لدى القضاة فمن الضروري اذن العناية بتكوين القاضي حتى يؤدي وظيفته الاجتماعية الخطيرة احسن اداء ولا يتحقق ذلك بغير تكوينه في « مدرسة وطنية » يتعرف من خلالها على مقومات مجتمعة، وينضج معه في احساسه ومنطلقات تفكيره.

الاحوال الشخصية، ويبقى بعد ذلك ربط هذا القانون بنصوص الشريعة ومبادئها أمرا غير متعذر نظرا لقبول اغلبيه النصوص للتأويل ، ولمرونة مفهوم المبادئ العامة للشريعة التي ينبغي ان تكون الاحكام الجزئية منسجمة معها. وسبب تعذر التصنيف الدقيق لمواقف فئات الرأي العام المختلفة هو ما تتسم به هذه المواقف من ابهام وعموم.

فلاحزاب السياسية مثلا اذا كانت تتفق جميعها على المطالبة بمراجعة مدونة الاحوال الشخصية الا انها من ناحية تركز على موضوعات خاصة مثل الولاية في عقد الزواج والسن ، وتعدد الزوجات والطلاق ، ومن ناحية ثانية تتناول هذه الموضوعات غالبا دون تحديد دقيق للبديك او مناقشة لمدى او مخالفة البديك لاحكام الشريعة ومبادئها (46).

وكذلك الجمعيات النسوية (47) التي تصدر توصيات محددة ولكن دون ان تكون مرفقة بتحليل قانوني يكشف تأصيل الاراء المعبر عنها في التوصيات .

خاتمة

عرضنا بايجاز ظروف اصدار المدونة وتقييم محتواها ، سواء من حيث موقعها من الفقه الاسلامي والقانون المقارن أو من ناحية مدى مساهمتها في وضع حلول ملائمة للمشاكل الاساسية لقانون الاسرة.

(46 راجع مثلا التقرير الاجتماعي للمؤتمر الاستثنائي للاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية (يناير 1975) لقد ورد فيه طلب تغيير بعض النصوص التشريعية كالتي تحدد سن الزواج وشروط القرانة والطلاق، وعدد الزوجات...

وانظر كذلك تقرير مؤتمر حزب التقدم والاشتراكية (فبراير 1975).

- بيان المؤتمر التأسيسي للجمع الوطني للاحرار (اكتوبر 1978 - الدار البيضاء)

- جريدة العلم في 79/1/29 و 11 و 13/2/1979 وجريدة الرأي في 1979/1/28

(47 راجع مثلا توصيات الاتحاد النسائي المغربي في اجتماعاته بتاريخ 13 و 14 و 15 ديسمبر 1974 و 14 و 15 و 16 ابريل 1975.

والجمعية المغربية لتنظيم الاسرة في اللقاءات والندوات التي عقدتها ومنها التي كانت في 1981/3/13 حيث طالبت رفع سن الزواج وادرام العقد من طرف الزوجين مباشرة بمحضر الولي اذا كان الزوجان غير راشدين ، وفرض رقابة القضاء على التعدد ، والتصريح بالطلاق امام القاضي.

والرابطة الوطنية لاطر النسوية لادارات العمومية وشبه العمومية في اجتماعها التأسيسي (27/2/79) والمائدة المستديرة التي عقدتها بتاريخ 14/3/1981 وساهم فيها ممثلون عن كل الاحزاب السياسية (لكن

بأفكار عامة دون تحديد واضح للمواقف بصفة غير رسمية)

من التعرف على الصفة الحقيقية للفقہ وهي انه مجرد اجتهاد في فهم نصوص الشريعة وأنه لذلك يمكن إعادة النظر في جزئياته على ضوء الواقع الاجتماعي المعاش سعياً وراء تحقيق العدل الذي هو المقصد الاسمي لشريعة الله.

والاتجاه الثاني مع تقديسه للفقہ يرى امكانية الخروج على المذهب المالكي الى المذاهب الأخرى وانتقاء الاحكام التي تبدو اكثر ملائمة للحياة الاجتماعية القائمة مع مراعاة سند هذه الاحكام من مصدري الشريعة الاصيلين وهما الكتاب والسنة ولا ينبغي ان يكون الاختيار عشوائياً او قائماً على مجرد مجازاة عادات الناس وميولهم وانما يتعين ان يؤخذ برأي هذا المذهب او ذاك على اساس قوة سنده.

والاتجاه الثالث يذهب الى ابعاد من ذلك فلا يقتصر على التنقل بين المذاهب وانما يدعو الى قراءة جديدة ليس فقط للمذاهب الفقهية ولكن كذلك لمصدري التشريع : الكتاب والسنة.

وهذه القراءة تأخذ في الاعتبار من جهة الواقع الاجتماعي ومختلف الظواهر المكونة لهذا الواقع الاقتصادية منها والثقافية والاخلاقية والسياسية وغيرها . ومن جهة ثانية المبادئ العليا للشريعة من عدل ومساواة واستقرار اجتماعي...

وعلى هذين الامرين السابقين يمكن استخراج احكام لاحوال الشخصية من الكتاب والسنة قد تخالف ما أجمعت عليه المذاهب في السابق واستحداث احكام جديدة لم تدع الحاجة اليها من قبل ولكن الان اصبحت ضرورية لتنظيم الاسرة في الواقع الاجتماعي القائم.

والاتجاهات الثلاث التي تحدثنا عنها يصعب تصنيف الفئات الاجتماعية المختلفة ضمنها تصنيفاً دقيقاً ، لذلك فهي مجرد معالم للرؤى المتفاوتة ازاء ما ينبغي ان يكون عليه قانون الاسرة.

على أنه بصورة عامة يمكن القول أن جمعيات العلماء وكثير من ذوي الثقافة « الاصلية » او التقليدية وكذا الاحزاب اليمينية ، يميلون عموماً الى التقييد بالاحكام الفقهية او التقييد بالسلفية التي تدعو الى الرجوع الى الكتاب والسنة لتنظيم المجتمع الاسلامي الجديد.

في حين نجد الاحزاب اليسارية والجمعيات النسوية ومزدوجي التكوين (ثقافة تقليدية وغربية) أكثر ميلاً الى تقليد المجتمع الغربي وتصوراته الفلسفية ازاء نظام الاسرة، ومن ثم اعتماد الواقع الاجتماعي بالدرجة الاولى لصياغة قانون

تفكيرهم على منهاجها ، وواصلوا نفس المسيرة حتى بعد انتهاء دراساتهم عن طريق وسائل التفكير الغربي المنتشرة من صحافة وكتب وأفلام وإذاعة.

هؤلاء ينطلقون من مبادئ تفكير يسمونها عقلانية مثل كثير من الشباب الغربي في الوقت الحاضر، ولذلك يستبعدون مسبقا التقيد بنماذج السلوك الموروثة سيما اذا كان مصدرها التعاليم الدينية.

وهذه الفئة ما تزال قليلة و لا تجاهر بأفكارها عن طريق الكتب او الصحف والمجلات او التجمعات العمومية وان كان بين الحين والآخر يعبرون عن مشاعرهم عن طريق القصص او نقل فقرات او مقالات اجنبية تسايروهم (44).

وبين الاتجاهين المتطرفين السالفين نجد المسافة عريضة تصطف فيها اتجاهات الرأي الأخرى يمينة ويسرة .

وإذا كان من المتعذر وضع تحديد دقيق لموقف كل اتجاه من النظام القانوني المرغوب فيه في الاحوال الشخصية فاننا اذا استبعدنا التفكير العلماني الصرف الذي لا يعبر عنه صراحة ، يمكن ان نميز بعد ذلك بين اتجاهات ثلاث :

الأول يدعو الى تطبيق الفقه المالكي كما هو مدون في الكتب الفقهية دونما تغيير او تبديل على اعتبار ان الاحكام التي يقررها هذا الفقه هي احكام « شرعية » ومخالفتها تعني الشريعة ذاتها.

وهذا الرأي ما تزال تبثه بشكل ظاهر الدراسات التي تقدم في المدارس والمعاهد والكليات التابعة لجامعة القرويين ، ولكنه مع ذلك يمكن القول أنه اخذ في التقلص نظرا الى أن الكثير من خريجي هذه المدارس يغذي تكوينه بقراءة الكتب الحديثة في الفقه الاسلامي (45) التي تعطي لتفكيره افقا أوسع ، وتمكنه

44 من الأمثلة على ذلك مقال نشر في حلقتين في جريدة اسبوعية منذ أيام مما جاء فيه :

بهذا يعتبر تجاوز مقولتي الأنوثة والذكورة التقليديتين مطلباً من المطالب الأساسية لإعانة التوازن النفسي لكافة أفراد المجتمع ، حيث تسود مبادئ التواصل الحر والصحي لتكون حافزا للتقدم وتكامل الشخصية عند الجنسين وحافزا لتوطيد الديمقراطية هنا وهناك في تربية الأطفال الإصحاء.. ان العلاقات الجنسية بضمونها الانساني الحي !! لا يمكن ان تقوم على أساس حر، الا عندما تلغى الثقافة الذكورية المسيطرة ، وتعم الثقافة التقدمية والعلاقات الاجتماعية الاشتراكية.. بذلك سنتنصر للعلائقية الانسانية الصميمة الشفافة على العلائقية الميكانيكية للمعاشرة الجنسية بين المرأة والرجل. « !!

45 وكذلك كتب اكابر الفقهاء اللذين يدعون الى نبد التقليد وكتبوا عن الفقه بأسلوب علمي رصين مثل ابن حزم وابن تيمياء وابن القيم وغيرهم اضافة الى الحياة الواقعة التي يجدون فيها انفسهم مخالفين فعلا للاحكام الفقهية.

« العتيقة » حتى اننا نلمس لدى كثير من الافراد الشعور بالاستخفاف ازاء قانون الاحوال الشخصية سواء في تدريسه داخل الكليات او اصدار الاحكام فيه بالمحاكم. ولهذا فمن الضروري توحيد الفلسفة التشريعية وأسس بناء المجتمع حتى يتوحد الفكر القضائي ويصبح قادرا على العطاء والانتاج، أما اذا بقيت ظاهرة « الثنائية » (41) قاعدة من قواعد البناء الاجتماعي فلن ننتظر النتائج التي تسر.

ثالثا : - اتجاهات الاصلاح المرغوب فيه :

اذا كان الكك متفق - أو على الاصح كل الذين يكتبون وينشرون (42) - على ضرورة تعديل محتوى قانون الاسرة ، فإنه من الضروري أن نتساءل عن اشكال التعديل أو الاصلاح التي تنادي بها مختلف اتجاهات الرأي.

أشرنا عند الحديث عن الاجتهاد القضائي الى وجود اختلاف في التكوين الثقافي للقضاة ، واذا تجاوزنا القضاة الى المجتمع ككل نجد الامر أدهى وأكثر خطورة . فمن جانب ، هؤلاء الذين تلقوا تعليما دينيا بسيطا ، وبعض اللذين يدعون انهم حماة الشريعة والمدافعون عنها ، لا يقبلون حتى مبدأ المناقشة واذا دعوا الى التغيير فهو في اتجاه التمسك بصورة أكثر بأراء الفقه المالكي وبتطبيقاته المشوهة لهذا الفقه نفسه.

واذا كان بعض هؤلاء يتظاهرون بهذه المواقف لاغراض شخصية او محاولة لاحتكار مراكز اجتماعية معينة ، فان الاخرين يجدون انفسهم في هذه الوضعية دون سابق اختيار ، فاسلوب التعليم الذي تلقوه وعوامل اخرى داخل الاسرة وخارجها هي التي صنفتهم في هذه الزاوية من المسيرة الاجتماعية.

ومن جانب آخر ، اللذين تلقوا تكوينهم في المدرسة الغربية (43) ، وشب

41 يكفي ان نشير الى الثنائية المتعلقة بموضوعنا بالذات حيث نجد الزواج امام العدلين واخر امام ضابط الحالة المدنية ، وتوثيق تقليدي وأخر عصري ، ووكلاء شرعيين الى جانب المحامين والقضايا « الشرعية » بجوار القضايا « غير الشرعية » من مندية وتجارية وادارية وجنائية.

42 نقول اللذين يكتبون وينشرون ، لان انتشار الامية تجعل الاغلبية الكبرى من المجتمع تشكل كما مهمل ، لانساهم في البحث عن الطريق الموصلة الى الهدف وهذه الظاهرة التي ينعدم معها وجود رأي عام حقيقي ، تعتبر المشكلة المزمنة التي تعرق التطور السلمي والسليم للجمعيات المتخلفة.

43 الواقع ان هذا الاتجاد لا ينطبق على كل اللذين تخرجوا من المدرسة الغربية ولا على اغليبيتهم ، وانما لحد الان لايزال سلوك أفراد قلائك جدا.

ومن ناحية ثانية يوجد افراد درسوا في المنارس المغربية واعتنقوا هذا الرأي لعوامل مختلفة جذبهم الى التفكير الغربي الالديني.

وبالمقابل نجد قضاة آخرين تكونوا في مدارس اجنبية أو في المدارس التي تحمل اسم التعليم العمومي وتخرجوا من كليات الحقوق التي تدرس مواد من الشريعة الاسلامية من بين موادها.

هؤلاء على العموم تكوينهم في فهم احكام الشريعة ومبادئها محدود جدا درسوا أو قرأوا عنها قراءة سطحية في مصادر اجنبية او مؤلفات عربية لكن دون تمييز بين المؤلفات الجادة والشروح والتعليق العقيمة.

وبحكم هذا الاتصال البسيط يقف الامر بالدارس غالبا في حدود اعتبار احكام الشريعة مجموعة مذاهب وآراء تغلب عليها الصبغة الدينية والميتافيزيقية ، يتعذر اخضاع تلك الاحكام لمنطق القانون ويعسر فك رموزها بالفكر والعقل.

وهو لذلك يكتفي بالسهل المتيسر وهو تطبيق النصوص والآراء التي يجدها امامه، سيما وان الامر لا يهم الا جانبا جد محدود من مجالات الحياة وهو جانب الاحوال الشخصية والعقار غير المحفظ ، وهذا ما يفسر تهرب كثير من القضاة ذوي « الثقافة العصرية » من الفصل في « القضايا الشرعية » ! فبالاحرى أن يتحمسوا لها أو يطوروا الاحكام المتعلقة بها.

قد يبدو ما قلناه مبالغا فيه او يحتوي على تعريض بهذا او ذاك ، غير انه اذا كان صحيحا أن ما قدمناه ينطبق على كل القضاة كل تكوينهم « تقليديا » أو « عصريا». فمن المؤكد كذلك وجود النموذجين السالفي الذكر وان لذلك تأثيره الى جانب العوامل الاخرى على ما نلاحظه من السير الروتيني للقضاء، وتخلي القاضي عن وظيفته الاجتماعية التي تفرض عليه الالتصاق بالواقع الاجتماعي ومحاولة علاج مشاكله بالعدل والانصاف رغم ما في نصوص القانون من عيوب وجمود (40).

د - الوضعية التشريعية القائمة حيث يقتصر تطبيق الاحكام الفقهية على الاحوال الشخصية والعقار غير المحفظ وهكذا يجد القاضي نفسه في القضايا المدنية والتجارية والادارية والجنائية أمام قوانين تصاغ وتفسر وتطبق وفق المنهاج الغربي « العصري » أو « الحديث » فتستأثر هذه باهتمامه على حساب الاحوال الشخصية

(40) قصرنا الكلام على القضاء لانه الذي يهمنا الحديث عنه ، وما قلناه عنه ينطبق بالضبط على الفقه، اذ هو بدوره يعطيني من نفس الداء، وعلى كل فان الفقه والقضاء يسيران بنفس الخطى ، ومن النادر ان يحدث بينهما تفاوت ولو قليلا.

فهناك المكونون في جامعة القرويين والمدارس والمعاهد التي لها نفس المنهاج وغالب هؤلاء لايجزأ على تجاوز النص او خرق قاعدة فقهية فمن دراسته الابتدائية الى الجامعية - ان وجدت - وهو يلحق ان الاصول العامة للاجتihad قد حصرت وانتهت بموت أئمة المذاهب الاربعة ، وانتهى بذلك الاجتهاد المطلق وان المذهب المالكي هو المطبق في المغرب ولايجوز الخروج عنه، وان استخراج الأحكام او الفتاوى طبق أصول هذا المذهب يحتاج الى توافر السلسلة الطويلة من شروط مجتهد المذهب ، أو مجتهد التخريج وعلى الأقل شروط مجتهد الترخيح والفنينا الذي يسمح له فقط بترخيح هذا الرأي على ذلك دون ان يحق له ابداء رأي مخالف وكل هذه الشروط لا وجود لها الان فلم يبق الا القاضي « المقلد » الذي يلزم بالحكم بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل ، فان وجد امامه رأيين متساويين - والمقلد طبعا لا يملك حق الترخيح - امتنع عليه الحكم ودعا الطرفين الى الصلح (39).

هذه المبادئ المشوهة للفقهاء الاسلامي - عفا الله عن مروجيها - بحكم تكرار تداولها وعدم الانفتاح على الآراء المخالفة داخل الفقه الاسلامي ذاته ،تصبح هي الحق الذي ليس بعده الا الضلال، والصراط المسقيم الذي لايزيغ عنه الاهالك ، ومن الانصاف أن نعترف انه يوجد بين قضائنا كثير من المومنين بهذا الاتجاه بحكم دراستهم وقراءاتهم الخاصة التي لم تخرج عن الترويج لقدسية التقليد، وربط مفهوم الحق والباطل بموافقة او مخالفة الآراء المذهبية الموروثة، الامر الذي يؤدي بكثير من الأشخاص الى رفض مبدأ المناقشة ذاته.

(39) يقول ابن عاصم في التحفة التي تعتبر من المصادر المعتمد في العمل القضائي :

وليس بالجائر للقاضي اذا لم يبد وجه الحكم أن ينفذا.

والصلح يستدعي له ان أشكلا - حكم وان تعين الحق فلا.

ومن حالات اشكال الحكم كما يقول شراحه وجود رأيين متساويين

وقال الشاطبي «اذا وجدت قولين في المذهب فلا افتي في احدهما على التخمين مع اني مقلد، بل

اتحرى ما هو المشهور والمعمول به فهو الذي اذكره للمستفتي ولا تعرض للقول الاخر فاذا اشكل على المشهور

ولم أر أحد من الشيوخ (كذا) في أحد القولين ترجيحا توقفت» - النوازل الكبرى المعيار الونشريسي م .

101 ص 9 .

ويقول التمولي شارح التحفة.. « وقيل اذا تجاذب النازلة أعلان ولم يترجح احدهما عنده (القاضي)

ولا عند غيره من المشاورين، تخير في الحكم بأيهما شاء قياسا على تعارض الحديثين دون تاريخ !!! -

البهجة على شرح التحفة ج 1 ص 35

ولعل العوامل التي وقفت بالقضاء دون تحقيق مسيرته الاصلاحية ما يلي :
أ - الطبيعة الشاذة لقضاء التوثيق الذي احدث بمنشور ، وحدد اختصاصه
بمنشور كذلك (36) فهو ليس قضاء بالمفهوم القانوني لهذه الكلمة ولا هو جهاز
اداري بعيد عن ساحة القضاء.

وإذا كانت المسطرة المدنية قد خولته عند الخطاب على وثيقة الطلاق اصدار
بعض الاوامر المتعلقة بالمتعة والنفقة والسكنى والحضانة وكذلك اوامر اخرى تتعلق
بالنيابة القانونية (باعتبار ان القاضي المكلف بالتوثيق هو نفسه الذي يمارس
اختصاصات القاضي المكلف بشؤون المحاجر) فان الطبيعة الخاصة لهذا القضاء
والتكوين الثقافي لمن يسند اليهم (37) يحولان دون امكانية خروجه في أداء
وظيفته عن القوالب الشكلية المألوفة ويفرضان عليه الارتباط بالشكل دون الجوهر.

ب - الفترة الطويلة التي فرض فيها على ما كان يسمى بالقضاء الشرعي
التقيد في كل أحكامه برأي فقهي معين وحرمانه المطلق من الاجتهاد والخروج من
طوق التقليد .

ولذلك عندما وضعت أمامه نصوص تشريعية مخالفة لبعض القواعد الفقهية أو
تسمح له بالاجتهاد والرأي، تردد كثيرا- ومايزال - في تجاوز مألفه منذ مئات
السنين وهذا مايفسر مثلا كون الكثير من قواعد المسطرة المدنية لا تنطبق الى الان
على قضايا الاحوال الشخصية مثل الاستماع الى الشهود وأداء اليمين وتقدير وسائل
الاثبات واعتبار اللفيف وسيلة اثبات قانونية أو الوسيلة الوحيدة التي يطلق عليها
اسم البينة الشرعية .

ج - التكوين العام للقضاء: لانقصد هنا الحالات الفردية ولا تعميم المبدأ وانما
نهدف الى ابراز حقيقة لايجادل فيها احد ، وهي وجود صنفين من القضاة يختلف
تكوينهما اختلافا كبيرا جدا(38)

(36) احدث قضاء التوثيق بالمنشور عدد 306 تاريخ 22 ماي 1957 وحدد اختصاصه بالمنشور عدد 12894
تاريخ 1959/9/29.

(37) راجع في الموضوع وحول سياسة وضع القانون والازدواجية الثقافية في المغرب : عبد الرزاق مولاي
ارشيد في رسالته، وضعية المرأة في المغرب - الرباط 1981 .

(38) على أن هذا التكوين قد يكون أقل تأثيرا مما يحيط بقضاء التوثيق من نصوص تشريعية ناقصة
ومناشير وزارية ، وجهاز العدول الذي يعمل بجواره الى غير ذلك من العوامل التي تعجل تطوره يكاد يكون
مستحيلا.

قواعد قانون الاحوال الشخصية في اكثر من مجال وعلى سبيل المثال : الفصل في الطعون المثارة بشأن رضائية العقد والشروط الاتفاقية في العقد وتقدير النفقة ونفاذ الطلاق والتطبيق للضرر واستحقاق الحضانة الى غير ذلك من المجالات التي يمكن أن يعيد فيها التوازن الى حقوق وواجبات كل من الزوجين وافراد الاسرة عموماً .

اذا تتبعنا العمل القضائي وعلى الخصوص المنشور منه لانجده قد تخطى

تطبيق النصوص تطبيقاً حرفياً .

وفي مجال الاحكام غير المنصوص عليها في م. ح. ش والمحاکم بشأنها على

المذهب المالكي كان في الامكان ان ينفذ منها القضاء الى كثير من الاصلاحات عن طريق ما يسمى بجريان العمل مثلاً .

ولكن الذي حدث اننا لم نجد حكماً واحداً يقرر عملاً جديداً لم يقل

به السابقون واذ كان قد تجرأ في بعض الحالات على مخالفة الفقه المالكي، فإن

ذلك لم يكن في اتجاه التطوير المرغوب فيه لقانون الأحوال الشخصية ولا بتأثير من

الواقع الاجتماعي المعاش (34) .

وعلى العكس نرى بعض الأحكام تتمسك بقوانين فقهية تعود بالنظام

القانوني الى الوراء (35) .

(34) من ذلك ما قضى به من ان انتقال الولي لا يسقط الحضانة خلافاً للمنصوص عليه في المذهب المالكي (حكم عدد 31 تاريخ 10/12/1971 ق.م.ع. عدد 24 ص40) وبسبب مخالفة القاعدة الفقهية احتفظ للجنة بحق الحضانة وحرم الاب من حضانة ابنته وارفاقها معه الى الكويت حيث يزاول عمله، وقد سبق أن اشرنا الى ان تخويل الحضانة لغير الام وحرمات الاب منها لا يستند الى دليل شرعي وأن تغيير مفهوم الحضانة يفرض تقديم الاب على جميع الاقارب الاخرين غير الام.

فكان ينبغي للقضاء في حالة سقوط حضانة الام ان يسعى بقدر الامكان الى اعادتها الى الاب دون غيره من الواردين في المادة 99 من م.ح.ض لا أن يعزز التطبيق الحرفي لهذا النص ولو عن طريق مخالفة المذهب المكمل لنصوص المدونة .

(35) من الامثلة على ذلك حكم المجلس الاعلى عدد 64 تاريخ 5 يناير 1971 (ق.م.ع عدد 25 ص 162) الذي قرر انه « لايجوز تعجيز القاصر ومن في حكمه» وان اصدار الاحكام على هؤلاء يجب ان لا تكون بائنة وانما يتعين ان تحتفظ لهم بحق الطعن فيها عندما يصبحون قادرين على الدفاع عن أنفسهم « تمشياً مع النظرية الفقهية التي تمنع من تعجيز القاصرين...!

مع أن الامر لا يخلو اما ان ترفع الدعوى على القاصر شخصياً ويتعين في هذه الحالة عدم قبولها (م.ا.م.م) واما ان ترفع عليه في شخص حاجره وهنا يكون للحكم عليه نفس الحجية التي يكتسبها ازاء اطراف الدعوى الكاملي الاهلية (مع امكانية الالتجاء الى م.402 ف 7 من م.م المتعلقة بالطعن باعادة النظر) اما « النظرية الفقهية » التي طبقها الحكم فزيادة على مخالفتها لنصوص القانون، تؤدي الى اضطراب خضير في الاحكام القضائية والتنظيم القضائي ذاته.

المشارب الثقافية يحول في أغلب الاحيان دون الاحتكام الى المناقشة والاقناع وهو ما يجعل الوفاق بين الاراء المختلفة أمرا بعيد المنال (33).

ثانيا : الاجتهاد القضائي

إذا كان النشاط التشريعي قد جمد منذ صدور م. ح. ش وكل محاولات التعديل او التغيير الى الان لم توفق للظهور، فماذا عن دور القضاء ؟ وهل حاول - ولو في بعض الحالات - تجاوز الدلالة الحرفية للنصوص في اتجاه الملائمة بينهما وبين الواقع الاجتماعي المتغير ؟ نستطيع منذ البداية ان نؤكد ان شيئا من ذلك لم يتحقق وأن الالتزام بحرفية النصوص كانت المبدأ الذي صارت عليه أحكام القضاء الى الان.

ان قضاء التوثيق يتدخل مثلا في اقامة عقد الزواج وكتابة الاشهاد على الطلاق عن طريق توقف كتابة ما ذكر على صدور اذن كتابي منه، فكان في امكانه بهذه الوسيلة ان يسهر على رضائية عقد الزواج بالنسبة للفتاة وأن يحول دون تجاوزات الولي ويقلل الى حد كبير من تعدد الزوجات كما يمكنه ان لا يأذن بكتابة الاشهاد على الطلاق في الحالات التي يكون فيها بدعيا - وما أكثرها - اعتمادا للرأي الفقهي القائل بعدم نفاذ الطلاق البدعي، ومنذ صدور قانون المسطرة المدنية أصبح من اختصاصه كذلك تقدير المتعة، وتحديد محل سكنى المطلقة (م. 179) فكان في الامكان ان يراعي في تقدير المتعة دوافع الطلاق والفترة التي قضتها المرأة في خدمة الزوج وبيت الزوجية ومصيرها بعد الطلاق ..وان يفرض سكنى المطلقة في بيت الزوجية ذاته تطبيقا لامر القراني « لاتخرجوهن من بيوتهن » وإذا كان للمطلقة اولاد وكان الزوج متهورا في توقيع الطلاق يقرر بقاء المطلقة في بيت الزوجية ما دامت حاضنة لاولادها.

وبالنسبةلقضاء الحكم فان دوره اكثر اهمية وفعالية فزيادة على انه المرجع في حالة التظلم من أوامر قاضي التوثيق (م. 179 م.م. فقرة اخيرة) يملك تطوير

33) وليس هنا قاصرا على المغرب بل هو داء تعاني منه كل المجتمعات الاسلامية التي اصيبت بانفصام قاصم في تفكيرها نتيجة انعدام المقومات الاساسية لتعايش الأفكار في التعليم الذي تلقته لابنائها. ولعل اصدف مثال على ذلك عشرات محاولات التعديل للقانون المصري التي لم يكتب لاي منها أن ترى النور.

وتعديل 1979 اضطر رئيس الجمهورية الى اصداره بمرسوم بناء على نص في الدستور يخول له اصدار مراسيم ، بقوانين في حالة الاستعجال في الفترات الفاصلة بين دورات البرلمان ...!

ومنشور رقم 14613 تاريخ 1957/11/22 ورقم 6589 تاريخ 15 ماي 1959
اللذان يمنعان الاذن لافراد الجيش بالزواج الا بعد ان يدلوا برخصة من رؤسائهم.
ومنشور رقم 2204 تاريخ 5 مارس 1958 الذي يلزم رجال الدرك بالادلاء
برخصة الزواج للاذن لهم بابرام العقد .

2 - محاولات تعديل م. ح. ش

منذ صدور م. ح. ش جرت عدة محاولات لتعديلها أو تعديل بعض موادها
ومن هذه المحاولات التي اعلن عنها :
- مشروع تعديل هيء عام 1961 من لجنة تتكون على الخصوص من رؤساء
المحاكم.

- مشروع تعديل عقب صدور قانون توحيد القضاء (1965/1/25) (31).
- مشروع تعديل هيأته اللجنة الملكية للتدوين المشكلة في شهر يونيو 1979
وقد اعلن ممثل وزارة العدل امام لجنة منبثقة من مجلس الانعاش الوطني
والتخطيط يوم 5 ماي 1981 ان المشروع قد انجز وانه سيصدر قريبا.
والى جانب هذه المشاريع العامة قدمت اقتراحات تعديل مواد خاصة من م.
ح. ش الى البرلمان ، ولكنها رفضت (32).

هذا، ونعتقد ان فشل محاولات التعديل الى الان راجع الى اسباب سياسية ،
فاتجاهات الرأي المختلفة ازاء تأويل الاحكام الفقهية والاختيارات السياسية
والاقتصادية اصبحت تشكل فئات منظمة في جمعيات وهيئات او غير منظمة، ولكنها
كلها تملك وسائل متباينة للتأثير على الرأي العام. الامر الذي يجعل المسؤولين
السياسيين يتفادون بقدر الامكان اثاره هذه الفئة او تلك وللأسف فان اختلاف

31 راجع اسماء اعضاء اللجنة التي عهد اليها بالتعديل وخطاب وزير العدل عند تدشين عملها في م. ق
ف. ، عدد 72 ص 10 و 37.

32 من اقتراحات التعديل التي رفضت اقتراحات تتعلق برفع سن الزواج ، واخضاع التعدد لرقابة القاضي
، وتوقف نفاذ الطلاق على التصريح به امام القاضي

- توحيد اجراءات المسطرة بين القضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية (29) (م 179 ف 1) وكان المفروض ان يطبق ذلك حتى على وسائل الاثبات واجراءاته ، ولكن القضاء ما يزال الى الآن يتعثر ويميك في كثير من الحالات الى تطبيق القواعد الاجرائية الفقهية بدك قواعد المسطرة المدنية (الاثبات بالشهود مثلا) .

- فرض مسطرة محاولة الصلح في جميع قضايا الأحوال الشخصية (م. 180)
- احداث مقتضيات خاصة بدعوى التطليق (م. 212 - 216) .

- السماح للقاضي في دعاوي النفقة بالحكم بنفقة مؤقتة داخل شهر من تسجيل الدعوى وفي حالة طلاق من الزوج تخويل قاضي التوثيق صلاحية اصدار أمر بمجرد الخطاب على رسم الطلاق ، يحدد فيه نفقة المرأة اثناء العدة ومحل سكنها خلالها والمتعة وأداء كاليء الصداق ، ونفقة الاولاد وتنظيم زيارة الأب لهم ، وينفذ هذا الأمر على الأصل ولا يقبل أي طعن، على أن من يعتبر نفسه قد تضرر منه أن يرفع دعواه الى المحكمة (م 179 معدلة بقانون 1978/5/23) .

- تعيين قاض خاص بشؤون القاصرين في كل محكمة ابتدائية (م. 182) .

- نقل مواد م. ح. ش مع تعديلات واطافات في موضوعات : النيابة القانونية والتحجير ، وبيع اموال القاصرين (م. 181 - 211) ووضع الاختام والاحصاء وتصفية التركة وقسمتها ، والغيبة (م. 221 - 266) .

- وأخيرا ظهور 1977/10/8 المتعلق بتصفية الاحباس المعقبة الذي قرر في م. 5 استحقاق الاوقاف ثلث الاحباس المعقبة كما الغى في م. 6 قواعد الحجب المنصوص عليها في م. ح. ش في حالة انقراض ورثة المحبس .

هذا ، ولا يفوتنا ان نشير الى بعض المناشر اصدرتها وزارة العدل تصيف قيودا جديدة لابرام عقد الزواج .

منها منشور رقم 3501 تاريخ 27 فبراير 1957 الذي يجعل زواج معتنقي الاسلام متوقفا على اذن الوزارة بعد ان يرفع اليها القاضي تقريرا في الموضوع (30) .

29) سبف للمجلس الاعلى أن قرر تطبيق المسطرة المدنية (القديمة) على قضايا الاحوال الشخصية استنادا الى قانون توحيد القضاء (1965/1/25) راجع الحكمين عدد 144 تاريخ 1 فبراير 1970 م. ف. ق. عدد 112 - 113 ص 106 وعدد 113 تاريخ 17 مارس 1970 ق. م. ع عدد 19 ص 55

30) بمقتضى منشور 854 بتاريخ 1979/5/17 أصبح الآن من اختصاص الوكلاء العامين بالمحلكم .

- الموضوعية الواجبة التطبيق وهي قواعد القانون الوطني للاجنبي طبقا لظهير 1913/8/12 المتعلق بالوضعية المدنية للاجانب (26).
- (ج) - ظهير 1959/10/3 (27) الذي قرر عقوبة جنائية لكل زوج امتنع من الرجوع الى بيت الزوجية رغم صدور حكم عليه بذلك قابل للتنفيذ أو امتنع من أداء نفقة محكوم عليه بأدائها .
- (د) - ظهير 1960/3/4 المتعلق بابرام الزواج أمام ضابط الحالة المدنية عند ما يكون احد الزوجين غير مغربي .
- ومما يلاحظ على هذا الظهير انه سكت عن قصد عن مدى حرية الزوجين في الشروط الاتفاقية التي يمكن أن يلتزم بها احدهما ازاء الاخر كما لم يبين الى أي حد يمكنهما أن يخالفا مقتضيات م . ح . ش ولم تنشر احكام قضائية في الموضوع يتأتى منها التعرف على الاتجاه القضائي في تطبيق الظهير(28)
- (هـ) - ظهير 1962/10/29 الذي قرر تنازل بيت المال (الخزينة العامة) عن حقوقها في الارث بالتعصيب متى وجد وارث أو ورثة فرضيون.
- (و) - قانون المسطرة المدنية الصادر في 1974/9/28، وأهم مقتضياته المتعلقة بالأحوال الشخصية هي :

(26) راجع مقال السبد دوكرو : بعنوان وقائع الاجتهاد القضائي المغربي - مجلة القانون الدولي السنة 105 عدد 3 - يوليوز - سبتمبر 1978 ص 664 - 684

(27) العي هذا الظهير بالمادة الثانية من ظهير اصدار القانون الجنائي وعوضت مقتضياته بالمواد 479 - 481 ف . ج .

(28) أما من الناحية الفقهية الصرف فان قواعد الاحوال الشخصية ، تعتبر كمبدأ عام قواعد أمرة لاتجوز مخالفتها ، اضافة الى أن م . ح . ش . تقضي بأنه « اذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي او ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا » كما ان الظهير يشترط اشهاد العدلين على هذا الزواج وموافقة الاشهاد للشروط الجوهرية والشكلية المنصوص عليها في م . ح . ش .

غير أن كل هذا لا يكفي لعدم سريان كل شرط اتفاقي مخالف لمقتضيات م . ح . ش ولو كان ذلك هو غاية المشرع لما كان في حاجة الى اصدار هذا الظهير .

ولذلك يمكن القول بأن الشروط التي تكون صحيحة هي التي لاتخالف النظام العام لاحوال الشخصية المغربية ، ومعلوم ان للنظام العام مفهوما مرنا جدا ، الامر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع صيغة أكثر دقة في تحديد الشروط التي يحق للمتعاقدين وضعها في العقد .

لها علاقة ببعض موضوعات قانون الاحوال الشخصية كما حاول عدة مرات تعديل نصوص م . ح . ش ذاتها .

1 - النصوص ذات العلاقة بالاحوال الشخصية :

أهم النصوص التي صدرت بعد مدونة الاحوال الشخصية والتي لها علاقة بقانون الاسرة هي الاتية مرتبة حسب تاريخ صدورها :

أ- قانون 1958/9/6 المتعلق بالجنسية وقد نصت مادته الثالثة على أن م . ح . ش تطبق على جميع المغاربة غير اليهود، المسلمين وغير المسلمين الا أن هؤلاء الاخرين يخضعون لما يلي :

1 - يحرم عليهم تعدد الزوجات.

2 - لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع.

3 - يجب أن يصرح بتطبيقهم بطريقة قضائية بعد اخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين واجراء بحث حول أسباب الفراق (25) .

كما تعرض في م . 6 و 8 لنسب الولد واثباته بالنسبة لام طبقا لاحكام قانون الاحوال الشخصية والحال ان م . ح . ش لم تتعرض لوسائل اثبات النسب الى الام .
ب) ظهير 24 ابريل 1959 الذي مدد اختصاص محاكم القضاة التي كانت قائمة اذ ذاك الى قضايا الاحوال الشخصية للاجانب المسلمين القاطنين بالمغرب وقد فسر ذلك بأنه تمديد لتطبيق مدونة الاحوال الشخصية على المسلمين الاجانب باعتبار أن محاكم القضاة لم يكن أمامها غير هذه المدونة، على أن القضاء لم يستقر على هذا التفسير كما أن جانبا من الفقه يرى أن نقل الاختصاص لايؤثر على القواعد

25) يثبت هذا النص مدى تأثر مقتضيات القانون بالاراء الشخصية لمن يعهد اليه بتحرير مواده .
فبينما م . ح . ش لم تقم انى رقابة على تعدد الزوجات وعلى توقيع الطلاق نجد هذه المادة تحرم نهائيا تعدد الزوجات ولا تعترف بغير الطلاق الذي يوقعه القاضي .

واكثر من ذلك قررت عدم تطبيق الاحكام المتعلقة بالرضاع، ومعنى ذلك السماح بتزواج الاخوين من الرضاع الذي حرمه القرآن بنص صريح غير قابل لاي تأويل .

فهل لايعتبر هذا مخالفا للنظام العام المغربي علماء بان المغاربة غير المسلمين وغير اليهود لايشكلون جالية أو ينتمون الى عقيدة دينية معينة حتى يقرر هذا الحكم لهم احتراماً لعقيدتهم؟
ومهما يكن من أمر فانه مظهر من مظاهر التبعية البارزة في التشريع المغربي لما كان منه موجودا اثناء الحماية وما صدر منه بعد الاستقلال .

حول التبعية انظر مقال الاستاذ عمر عزيمان المنشور في هذا العدد بعنوان: «التبعية والتحكيل الاجتماعي للقانون المغربي».

والجواب على ذلك ان المدونة جعلت من شروط صحة عقد الزواج اشهاد موثقين من موثقي وزارة العدل، فاي سند لها في ربط صحة العقد باشهاد هؤلاء الموثقين؟ اليس في ذلك ايضا انتهاك لشرعية العلاقة الزوجية عندما لايعترف بعقد زواج ابرم دون اشهاد الموثقين؟ وأي فرق اذن بين انشاء العلاقة الزوجية وانهاؤها فنشترط لصحة الانشاء التصريح به أمام أشخاص معينين، ولانفعل ذلك بالنسبة لانهاء؟ نعتقد أن الامر اقرب الى التحكم منه الى الحرص على التطبيق السليم للشريعة السمحاء .

القسم الثاني

التطور وتوقعات المستقبل

لقد صدرت م . ح . ش في الظروف والملايسات التي سبقت الاشارة اليها ومنذ صدورها لم تتناول المشاكل الاجتماعية في مجال الاحوال الشخصية بعمق وحكمة . ومن عام 1957 الى الان تعرضت الاسرة المغربية لمظاهر متعددة من التطور فالتعليم اخذ ينتشر بين الفتيان والفتيات، وخرجت المرأة الى العمل في القطاعين العام والخاص واعترف لها بممارسة الحقوق السياسية وأصبحت بذلك أكثر احتكاكا بالحياة العامة، وعوامل الهجرة والموارد الاقتصادية وتكاليف المعيشة وتغير وسائل وأساليب الحياة الاجتماعية عموما (تدخل الدولة وسائل الاعلام والمعرفة) أثرت بشكل كبير على التضامن الاسروي والسلطة الابوية وهما المظهران الاساسيان للذان كانت تنطلق منهما مبادئ قانون الاسرة .

وهكذا مع مرور الايام تزداد الشقة الفاصلة بين الواقع الاجتماعي وكثير من الاحكام التي تقررها م . ح . ش فلا غرو ان يتعالى النداء بتعديل نصوصها منذ السنين الاولى لظهورها . فهل استجاب المشرع لهذا النداء ؟ وهل اتجه القضاء عن طريق التفسير والتأويل الى سد بعض الثغرات في النصوص ؟ وماهو نوع الاصلاح المطلوب ادخاله على مقتضيات م . ح . ش ؟

هذا ماسنحاول عرضه باختصار فيما يلي :

أولا : التشريع

من الناحية التشريعية يمكن أن نلاحظ أن المشرع اصدر بعض النصوص التي

المشروع، واكتفى محررو المدونة بوضع نص خرجوا به من الصياغة القانونية الى صياغة الموعظة والارشاد وهو م . 30 التي تقول «إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد» .

من يخاف من عدم العدل؟ ومن يمنع التعدد؟ لأحد ! فالكل راجع الى «الوازع الديني» للمتزوج وهو الخصم والحكم..!

والطلاق اذا كانت المدونة قد قررت عدم نفاذه في بعض الحالات، الا انها لم تعمم ذلك على جميع حالات الطلاق البدعي، بالرغم من وجود رأي في الفقه قوى السند يرى عدم نفاذ الطلاق البدعي في كل الاحوال . (23) .

وحتى اذا كان اسناد الطلاق الى القضاء ومنع الزوج من توقيعه غير مقبول عند صدور المدونة، فانه كان من المفيد ضبطه بتقرير عدم نفاذ الطلاق البدعي وفرض التصريح به أمام القاضي حتى يتأكد من شرعية الطلاق أو عدم شرعيته ويقرر تبعا لذلك قبوله أو رفضه، ولكي يتمكن كذلك من الزام المطلق حالا بأداء مايفرضه عليه توقيع الطلاق من متعة ونفقة وتسليم الاولاد لام، مع اسكانها هي واولادها ان وجدوا.

أما السماح بتوقيعه بدون قيد أو شرط (24) فان معناه بقاء ماكان على ماكان ونفاذ الطلاق حتى في الحالات التي قررت المدونة عدم نفاذه فيها، فاشهاد العدلين ليس شرطا لتوقيع الطلاق وحتى اذا اشهدهما الزوج فانهما ليسا مكلفين بالبحث عما اذا كانت المطلقة مثلا حائضا أم لا، وهل صدر من الزوج في حالة غضب؟ وفي أية درجة كان غضبه؟ وهل بصيغة اليمين أو مطلقا على فعل شيء أو تركه؟ فكل ما في الامر انه يحضر أمامهما ويصرح بانه طلق زوجته .

يمكن الادعاء بأن ربط صحة الطلاق ونفاذه بالتصريح به أمام القاضي يشكل مخالفة لما اجمع عليه الفقه من نفاذ الطلاق بمجرد النطق به دون أي قيد كما يعتبر انتهاكا لشرعية العلاقة الزوجية حيث سيسمح باستمرار معاشرة المطلق لمطلقته مادام لم يصرح بالطلاق أمام القاضي .

(23) راجع بن القيم في زاد المعاد ج 4 ص 43 ومابعدها

(24) تنص م . 48 على أنه «يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للاشهاد» .
غير أن هذا الاشهاد ليس شرطا في صحة الطلاق والاعتراف به، وانما فرض لمجرد توثيق الاثبات وتفادي النزاع والتناكر فيما بعد .

- حصر صلاحيات ولي المرأة في الكفاءة وصداف المثل (م 13) ثم اشتراط «موافقة الولي» في صيغة عامة وبالنسبة للفتى والفتاة معا (م 9) فمن هو هذا «الولي»؟ وهل يمكنه رفض الزواج لاي سبب يك وبدون سبب؟ .
- اعطاء تعريف واحد للحضانة (م 97) في حالة الزوجية وبعد انتهائها في حياة الاب وبعد وفاته، في الصغر وبعد أن تتجاوز الفتاة الواحدة والعشرين .
- اخضاع القاصر للحضانة، والولاية على النفس والولاية على المالك والانواع الثلاثة من القوامة يمكن أن يقوم به أشخاص مختلفون، فعند وجود ثلاثة مشرفين على القاصر لاتبين م . ح . ش اختصاص كل واحد منهم وصلاحياته ازاء الاخرين سيما وان المصالح المالية وغير المالية للمحجور كثيرا ما تتداخل، وان الفصل بين الحضانة والولاية على النفس أمر متعذر حسب مفهوم الحضانة المحدد في م 97 .
- تقرير فساد عقد الزواج كلما اختلف شرط من شروطه (م 32) مع الاقتصار في بيان احكام وآثار الزواج الفاسد على المجمع على فساده والمختلف في فساده (م 37) وبقي بذلك السؤال عن الاحكام والاثار التي يخضع لها العقد الفاسد بسبب تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في م . ح . ش . دون أن تكون موضوع اجماع أو اختلاف بين الفقهاء مثل الزواج دون السن القانوني . أو موافقة الولي لمن لم يبلغوا سن الرشد واشهاد عدلين من موثقي وزارة العدل .
- د - عدم العناية بالمشاكل الاساسية لقانون الاسرة :
- ان المشاكل الرئيسية والمعقدة لاحوال الشخصية لم يعن بها واضعو نصوص المدونة العناية التي تتطلبها، وفي مقدمة هذه المشاكل رضائية العقد بالنسبة للمرأة وتعدد الزوجات، والطلاق .
- فالنص الذي كان في المشروع يسمح للمرأة بابرام عقد زواجها الغيبي في النص النهائي للسبب الذي سبقته الاشارة اليه، ومنح الولي حق الانفراد بابرام العقد أمام العدلين واذا كانت م . 5 تتحدث عن موافقة المرأة على العقد، فانها لم تنص على أية مقتضيات تضمن صدور تلك الموافقة، وحتى م 42 المتعلقة بمحتويات وثيقة عقد الزواج لاتفرض على العدلين النص على موافقة المرأة . الامر الذي جرد الغاء ولاية الاجبار من محتواها، وجعل رضائية العقد بالنسبة للمرأة لاتتحقق في كثير من الحالات .
- وتعدد الزوجات الغيبي كذلك رقابته من طرف القضاء كما كان قد ورد في

الاجتماعي الذي تغير كثيرا عما كان عليه وقت الافتاء بتلك الاحكام (21) .
وقد كان ينبغي أن ينطلق واضعو المدونة من مبدأ قابلية الاحكام
الاجتهادية جميعا للتغيير متى كان هذا التغيير يحقق - نظرا للواقع الاجتماعي
القائم - الهدف الاسمي للشريعة وهو العدل واستقرار الاسرة وتوازن حقوق وواجبات
افرادها .

ب : انعدام التنسيق بين نصوصها والقوانين الاخرى في كثير من الاحكام :
مثلا صلاحيات الاب ازاء اموال ولده القاصر (م. 11 ز. ع) وتصرفات المرشد (م .
165 م. ح . ش و 8 تجاري) .

ولا يقتصر الامر على القواعد الموضوعية وانما نجد نفس الشيء حتى بالنسبة
للقواعد الاجرائية مثل مفهوم الحكم الغيابي والنهائي وغير النهائي (22) وتكليف
«القاضي» بتقرير بعض الاحكام دون بيان للاجراءات التي تمكنه من تنفيذ ماكلف
به طبقا لقواعد التنظيم القضائي واصدار الاحكام الجاري بها العمل، من ذلك مثلا
تقرير فساد عقد الزواج واجبار المطلق في الحيض على ارجاع زوجته .

ج - عدم الدقة في صياغة موادها الامر الذي ادى الى التناقض احيانا والى
تعذر التطبيق أو الغموض احيانا اخرى .
من الامثلة على ذلك :

- الاعتراف للفتاة بالرشد القانوني عند اتمامها الواحدة والعشرين (م 137)
واخضاعها للحضانة الى أن يدخل بها الزوج (م. 102) والزام الاب أو الام بالانفاق
عليها الى أن تجب نفقتها على زوجها (م. 126)

21) من تلك مثلا ترتيب الحاضنين حيث كان يقدم النساء من جهة الام على الاب عندما كان مفهوم
الحضانة يتركز على العناية بالشؤون المادية للمحضون من تنظيف واعداد طعام وفراش نوم وكل ذلك كان
وظيفة نسوية، اما الان فان الحضانة تعني بالدرجة الاولى تربية القاصر واعادته للحياة سيما وانها تمتد الى
بلوغ الذكر وزواج الانثى فهك الحضانة بهذا المفهوم الجدة والخالة اقدر على القيام بها من الاب؟ اما كان
ينبغي مراعاة تطور مفهوم الحضانة لاعادة ترتيب مستحقها مادام هذا الترتيب اجتهاديا صرفا لانص فيه من
كتاب أو سنة بالنسبة لغير الام؟.

22) فالحكم القاضي بتطليق المرأة بسبب غيبة الزوج يفصل الزوجية حلا رغم انه لم يصدر في مواجهة
الزوج .

وكك احكام التطبيق باستثناء حالاتي الاعسار والايلاء تفصل الزوجية حلا فهل المقصود الاحكام
الابتدائية. أو النهائية أو المكتسبة لقوة الشيء المحكوم به ؟ واذا كان المقصود هي هذه الاخيرة فما هي
الاثار القانونية للنوعين الاولين على العلاقة الزوجية وحقوق والتزامات الزوجين ؟

مبررات علمية وليس الى مجرد التخمين والظن (م . 84) .

- تحديد سن الرشد القانوني (م . 137) .

ب - الخروج في بعض الاحكام عن المذهب المالكي أو عن القول الراجح فيه لفائدة الحفاظ على تماسك الاسرة وصيانتها ومن أهم الامثلة على ذلك :

- الغاء ولاية الاجبار على المرأة في الزواج. في غير الحالة التي يخاف فيها الفساد على الفتاة، ولو ان تأثير هذا الالغاء على الوضع القائم كان محدودا بسبب الاحتفاظ للولي بحق الانفراد بابرام العقد (م . 12) .

- الغاء بعض انواع الطلاق البدعي وتقدير عدم نفاذها وهي : طلاق السكران والغضب (م . 49) والحلف باليمين أو الحرام (م . 50) والطلاق المعلق (م . 52)

- اعتبار الطلاق المقترن بعدد طلقة واحدة (م . 51)

- اعتبار طلاق الرجل رجعيا ولو صرح هو بأنه بائن (م . 67)

- تأكيد حق المرأة في التصرف في اموالها دون رقابة من الزوج (م . 34)

2) : - الثغرات :

الحقيقة انه اذا اردنا تقييم نصوص م . ح . ش فاننا نجد الثغرات والجانب السلبي فيها غالبا على الجانب الايجابي، ولعل سبب ذلك راجع في نظرنا الى عاملين اثنين :

الاول طبيعة تكوين اللجنة حيث كان كل افرادها من «العلماء» الامر الذي لم يسمح لاراء الاخرى بالمساهمة في المناقشة واقتراح الحلول (المتخصصين في القانون وعلوم الاجتماع والاقتصاد والعلوم الانسانية عموما) .

والثاني الصفة الاستعجالية التي تم بها تهيين المشروع ومراجعة اللجنة له، وقد اشرنا الى أن مناقشة وقرار كتابي الزواج والطلاق لم يستغرقا أكثر من ثلاث أو أربع جلسات عقدت أيام 6 و13 و14 نوفمبر 1957 .

وايا كانت العوامل التي اثرت سلبيا على محتوى م . ح . ش فاننا نكتفي بالاشارة الى أهم الثغرات والمآخذ التي توجه اليها :

أ - الاعتماد أساسا على نقل الاحكام الفقهية الاجتهادية دون مراعاة للواقع

بين رأي الشافعي الذي يقول أن الولي - قاضيا أو من العصبه - يجوز له أن يعقد على المولى عليها نفسه، وبين رأي مالك الذي يمنع جميع الاولياء من الانفراد بابرام العقد على المولى عليها لنفسهم أو فروعهم .

ولا يبدو مبرر للاخذ الجزئي بكل من القولين ولالمنع القاضي وحده دون غيره من الاولياء فاذا كانت الغاية من منعه حماية حقوق الفتاة المولى عليها فان هذه الحماية مطلوبة أكثر ازاء الولي بالقرابة .

ثالثا : تقييم محتوى م . ح . ش

ان م . ح . ش لها مزيتهأ أولا كعمل تشريعي يساعد القاضي على عدم التيه بين الراء الفقهية سيما اذا راعينا الفترة التي صدرت فيها والمقتربة بالغاء المحاكم العرفية التي كانت قد ابتعدت كثيرا عن الاحتكاك بالفقه واختلاف الراء فيه . والذي يهمننا هنا هو التعرض لاهم الجوانب الايجابية والسلبية المستفادة من الاحكام التي تقرها موادها .

1 - المزايا :

لعل اهم الخطوات الايجابية التي تحققت في نصوص مدونة الاحوال الشخصية هي :

أ - سن بعض المقتضيات التنظيمية التي تساعد على ضبط افضل لاحكام الاحوال الشخصية، ومن أهم هذه المقتضيات :

- تحديد سن ادنى للزواج الامر الذي سيجرب عنه القضاء على الزواج المبكر عندما تعمم سجلات الحالة المدنية وتصبح المصدر الوحيد لتحديد السن (م . 8)
- ضبط الاشهاد على ابرام عقد الزواج تفاديا للخلافات التي كثيرا ما تثار بسبب انعدام الاثبات الرسمي للعقد، واذا كانت م . 5 سمحت بصفة استثنائية باثبات عقد الزواج بغير اشهاد العدلين، فان هذا الاستثناء يعتبر ضروريا على الاقل في الفترة التي صدرت فيها المدونة والى الان، ولو أن القضاء لم يضبط حدود استعماله .

- الوثائق الادارية المطلوب الادلاء بها لتوثيق عقد الزواج (م . 41) .

- تحديد فترة الحمل الدنيا والقصى بصورة منضبطة (20) تستند الى

20 - على أنه يلاحظ أن المشروع كان ينص في م 84 على تحديد اقصى مدة الحمل بسنة شمسية، وفي النص النهائي حذفت كلمة «شمسية» فهل اقصى امد الحمل اذن هو سنة هلالية ؟ .

الاسرة (17) مع مناقشة بين الاتجاهات الفكرية المختلفة، وهذا لم يتوفر منه شيء واكتفت اللجنة مثلا بالاجتماع يوم 1957/11/6 ثم في يومي 13 و14 منه للموافقة على نصوص كتابي الزواج والطلاق اللذين يشكلان الموضوع المعقد لقانون الاحوال الشخصية .

2) م . ح . ش وقوانين الدول الاسلامية :

عند صدور مدونة الاحوال الشخصية كانت اغلبيية الدول الاسلامية والعربية منها على الخصوص لاتتوفر على نصوص تشريعية في موضوع الاحوال الشخصية . فباستثناء النصوص العثمانية التي كان يجري بها العمل جزئيا أو كليا في العراق ولبنان والاردن وفلسطين - لم يكن هنالك الا قانونان وهما القانون المصري الصادر سنة 1920 وماأضيف اليه في السنوات التالية، وقانون سوريا الصادر في 1953 (18) .

ويمكن القول بأن واضعي مشروع م . ح . ش اعتمدوا الى حد كبير هذين القانونين، ليس في الاحكام فقط ولكن في الصياغة أيضا، فعشرات المواد مطابقة حرفيا للقانون السوري دون زيادة أو نقص كلمة واحدة (19) . حتى أنه احيانا يبدو التقليد بلا معنى، فمثلا الفقرة الثانية من م . 10 تمنع القاضي أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليها من نفسه ولامن اصوله ولامن فروعها وهي منقولة حرفيا عن م . 25 - سوري .

وبذلك قصرت المدونة المنع على القاضي وحده دون غيره من الاولياء فابن عم الفتاة مثلا اذا كان وليا لها يحق له أن يعقد عليها لنفسه دون رفع الامر الى القاضي أو توكيل شخص آخر يتولى العقد عليها لرعاية مصالحها، وهذا الحكم مزج

(17) راجع في موضوع تطور الهياكل والسلطة في الاسرة :

- فاطمة المرينسي - تطور العائلة المغربية المعاصرة : مجلة كنية الاداب بالرباط عدد 3 - 4 ص 157 .
- عبد الواحد الراصي - الاسرة تجاه التغير الاجتماعي في المغرب الحضري المحلة الاقتصادية والاجتماعية المغربية عدد 135 .
- موريس بورمانس الاحوال الشخصية والاسرة في المغرب العربي من 1940 الى الان «موتون 1977 باللغة الفرنسية .

(18) اما قانون تونس فلم يصدر الا في سنة 1956 وطبق ابتداء من سنة 1957 فلم يكن له تأثير مستقل على م . ح . ش .

(19) والاحكام الخمسة التي اشرنا قبل الى مخالفة م . ح . ش فيها لمنهبا مالك كلها منقولة من القانون السوري .

- صحة عقد الزواج الذي تبرمه الفتاة دون موافقةوليها متى كان الزوج كفتا لها وفقا لرأي ابي حنيفة .

- منع الولي من معارضة الزواج الذي ترضي فيه الفتاة دون صداق امثالها وكان المشروع اعتمد في ذلك رأي ابي يوسف صاحب ابي حنيفة واللجنة قصرته على الرشيدة وحدها طبقا لمذهب مالك .

- سقوط نفقة المرأة بالنشوز تبعا لرأي ابي حنيفة .

- ايجاب النفقة على الاصول للفروع وان سفلوا وعلى الفروع لاصولهم وان علوا كما يقول بذلك الشافعي، وقد قصر النص النهائي ذلك على الابوين وابنائهما المباشرين اخذا برأي مالك .

يتضح لنا من خلال الامثلة التي اشرنا اليها، ان صياغة نصوص م . ح . ش كانت مرتبطة ارتباطا يكاد يكون كليا بفقهاء المذهب المالكي، وفي حالات استثنائية فقط تجاوزت هذا المذهب الى فقه المذاهب الاخرى، وان النص النهائي للمدونة كان أكثر تمسكا بمذهب مالك، فلم يخرج الا في مواد تكاد لا تتجاوز اصابع اليد الواحدة. وقد كان هذا امرا منتظرا من اللجنة التي عهد اليها بدراسة المشروع فقد كونت كلها من «العلماء» (16) الذين كانت اغلبيتهم المطلقة على الاقل لا تقبل عن مذهب الامام مالك بديلا، فالتعليم الذي تلقوه في القرويين كان قد استقر مئات السنين على عدم جواز الحكم أو الافتاء بغير مذهب مالك، اضافة الى أن تفهم المشاكل الاجتماعية كان يتطلب معلومات واحصائيات عن الواقع وعن تطور هيكل

16) عين ضمن اعضاء اللجنة ولي العهد آنذاك الذي قال في كلمة افتتاح اعمال اللجنة «يقولون الفقه ينقل ولا يتعقل، ولكن الحقيقة هي ان الفقه يتعقل لان الفقه ماهو الا وسيلة لمعيشة الافراد فيما بينهم وهذه المعيشة اصحت اهم مما كانت عليه من قبل نظرا لتشابك المصالح ونظرا للمجتمع الذي نعيش فيه « م . ق . ف عدد 5 ص 435 .

كما كان من بين اعضائها وزير العدل اذ ذاك المرحوم عبد الكريم بن جلون الذي كانت له ثقافة مزدوجة، وكان من الداعين الى تطوير الاحكام الفقهية في ظل المصدرين الاصليين الكتاب والسنة غير أن كلا من ولي العهد ووزير العدل لم يشاركا في أي جلسة من جلسات دراسة اللجنة للمشروع .

كما أن استحداث احكام مخالفة للفقه مراعاة للواقع الاجتماعي لانكاد نجد له اثرا (14).

فأهم الاحكام التي خرج فيها كل من المشروع والنص النهائي، عن المذهب المالكي الى المذاهب الاخرى هي :

- الغاء ولاية الاجبار على الفتاة مالم يخف عليها الفساد وتقول المذكرة الايضاحية ان ذلك يعتبر تليفا حسنا للمذاهب .

- اشتراط خمس رضعات داخل الحولين لنشوء التحريم بالرضاع وهو مذهب الشافعي .

- عدم نفاذ حالات خاصة من الطلاق البدعي وهي حالات الحلف باليمين أو الحرام، وتعليق الطلاق على فعل شيء أو تركه .

- اعتبار الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة أو كتابة لا يقع الا واحدا .

- اشتراط انعدام العذر في غيبة الزوج لكي يحق للمرأة أن تطالب بالطلاق وقد أخذ هذا الحكم من مذهب ابن حنبل .

ومن ناحية ثانية كان المشروع خالف المذهب المالكي في احكام اخرى ولكن النص النهائي رجع الى هذا المذهب وأهم تلك الاحكام :

- السماح للمرأة بابرام عقد زواجها أمام العدلين مع موافقة وليها اذا كانت دون سن الرشد القانوني (15) اعتمادا لرأي القائلين بأن الولاية في الزواج غير شرط .

(14) يمكن أن يدخل في هذا ما كان ينص عليه المشروع في م . 30 وهو : «للقاضي أن لا يأنس للمتزوج بان يتزوج على امراته انا لم تدع الضرورة لذلك أو لم يوجه من الظلم في الانفاق والاسكان وحسن المعاشرة والقيام بواجبات الزوجية»

وقد الغيت هذه المادة في النص النهائي .

(15) يقول مقرر اللجنة في تعليق الغاء هذا الحكم في النص النهائي: «ولو ذهبنا مع المشروع وقلدنا الامام ابا حنيفة الذي يتناول الاحاديث المذكورة ويستنبط حججه في الموضوع من احاديث أخرى، لكان لنا في ذلك وجه صحيح، ولكن الاسرة المغربية لم تتطور بعد الى الحد الذي تقبل فيه العمل بمذهب ابي حنيفة في المسألة، وسيظهر في عين المواطنين مباشرة المرأة الرشيدة عقد زواجها دون توكيل أو تفويض، خروجاً على الاخلاق الاسلامية من الصعب تبريره، لان تقاليد الحياة والوقار ومقتضيات التفرقة بين اشكال السفاح واشكال النكاح مما اعتدنا ان نراها تتجلى في هذه الولاية الابوية التي وان منعناها من حف الاجبار الذي كان لها فانه ينبغي أن نحتفظ لها بالطابع المعنوي وليس في ذلك اقل حيف على المرأة لاننا نعتبر الولاية حقاً لها للولاي وفي ذلك كل احترام لمقامها» . ف . ق . عدد 5 ص 468

لذلك اذا كان الحكم الفقهي لايحقق هذه الغاية السامية للشريعة في واقع اجتماعي معين، وجب الرجوع عنه ولو كان مجمعا عليه الى حكم يحقق العدل ويرفع الحيف والظلم في هذا الواقع .
فما هو الاتجاه الذي سلكه واضعو نصوص م . ح . ش من بين الاتجاهات الثلاث (11) ؟ .

من المؤكد أن الاتجاه الثالث لوجود له، ولانجد له حتى تطبيقات جزئية فبالاحرى أن يكون مبدأ انطلق منه محررو مواد م . ح . ش يبقى البحث اذن قاصرا على الاتجاهين الاول والثاني .

من المعلوم أن وزارة العدل هيأت مشروعا للمدونة قدمته الى اللجنة المعنية بظهير 19 غشت 1957 التي ادخلت عليه تعديلات طفيفة واكتسب بذلك الصيغة النهائية التي اصدره الملك بها .

اذا رجعنا الى الاعمال التحضيرية لمشروع الوزارة نجدها أكثر جرأة على الاقل من حيث المبدأ، فقد جاء فيها :

«وليس هناك مانع شرعي من الاخذ بأقوال الفقهاء سواء كانوا من اصحاب المذاهب الاربعة أو غيرهم، خصوصا اذا كان الاخذ باقوالهم يؤدي الى جلب صالح عام، أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه» (12) .

أما مذكرة المقرر العام للجنة فقد أكدت انه «اذا أردنا أن ندون الفقه في المغرب لتقريبه للمحاكم المغربية وجب ان نراعي المذهب المالكي بقدر الامكان مع اعتبار الاصول العامة وخصوصا المصلحة المرسل» (13) .

على أنه من الناحية التطبيقية لانجد تفاوتا كبيرا بين المشروع والنص النهائي فكلاهما اعتمد المذهب المالكي ولم يخرج عنه الى المذاهب الاخرى الا قليلا

(11) وينبغي التنبيه الى أن مجرد اضافة احكام تنظيمية لم يسبق للفقه النص عليها، يمكن أن يتحقق مع أي من الاتجاهات الثلاث، مادام ذلك لايشكل مخالفة لحكم فقهي منصوص عليه في المذهب المالكي أو خارجه .

(12) م . ق . ف . عدد 5 ص 452

(13) نفس المرجع : ص 461

سنعالج بالتتابع موقع المدونة من الفقه، ثم من قوانين الاحوال الشخصية للدول الاسلامية .

(1) : م. ح . ش . والفقه الاسلامي

اذا كانت الظروف التي سبقت الاشارة اليها تفرض اعتماد الشريعة الاسلامية في مجال تنظيم احكام الاحوال الشخصية- فان طبيعة هذا الاعتماد كان يمكن أن تتخذ احد الاشكال الثلاثة التالية :

(أ) - الالتزام بتدوين الاحكام التي يقرها المذهب المالكي دون تجاوزه الى آراء المذاهب الاخرى، وفي هذه الحالة يقتصر تأثير الاوضاع الاجتماعية القائمة على امكانية تقديم رأي ضعيف على رأي مشهور أو راجح داخل المذهب، وكذلك امكانية الاستئناس بما جرى به العمل .

(ب) الالتزام بالاراء الفقهية دون التقيد بالمذهب المالكي، ويبرز هنا دور الظروف الاجتماعية القائمة في امكانية المفاضلة بين الاراء الفقهية المختلفة أيا كان المذهب الذي ينتمي اليه الرأي الملائم لتلك الظروف وهذا الاتجاه اذا كان يسمح بتجاوز المذهب المالكي فانه لايسمح بتجاوز الفقه ككل، فلايعترف باقرار حكم اتفق الفقه على خلافه ولاباعطاء تفسير لنص الكتاب أو السنة لم يقل به الاقدمون .

(ج) الالتزام بالاحكام القطعية الثابتة بالكتاب والسنة اما الاحكام الاجتهادية - سواء اعتمد الاجتهاد فيها تفسير نص قرآني أوسني، أو أي مصدر آخر من اجماع وقياس... الخ فتمكن مخالفتها متى تبين أن الحكم الذي يقرره الاجتهاد - ولو باجماع - لايحقق مقاصد الشريعة السمحاء وذلك بسبب تغير الظروف الاجتماعية وتطور عادات الناس واخلاقهم وانظمتهم السياسية والاقتصادية وغيرها .

فالشريعة انزلت لحماية حقوق الفرد ورعاية مصالحه في اطار العدل وعدم البغي على حقوق الاخرين «ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهي عن الفحشاء والمنكر والبغي» (10) .

(10) - آية 90 - سورة النحل

وفي هذا يقول ابن القيم رحمه الله :

بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد :

هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة، وتكلف مالا سبيل اليه مايعلم أن الشريعة الباهرة التي في اعلى رتب المصالح لاتأتي به، فان الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش، والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور، وعن الرحمة الى ضدها، وعن المصلحة الى المصرة وعن الحكمة الى العبث، فليست من الشريعة وان دخلت فيها بالتأويل» - اعلام الموقعين ج 3 ص 3 .

نظرا لعلاقة نشوئها بصدور الظهير البربري (6) ولانتماء أغلبية قادتها ومؤسسيها الى جامعة القرويين (7) .

فالشعور العام الناشء عن تلك العوامل والمؤثرات كان يقرن برحيل المستعمر الغاء قوانينه واحلال احكام الشريعة محلها ليس فقط في مجال الاحوال الشخصية وانما بالنسبة للقوانين الاخرى كذلك .

ولهذا عندما أسست اللجنة التي حررت مدونة الاحوال الشخصية في صيغتها النهائية لم تكن مهمتها قاصرة على هذه المدونة، فظهير تأسيسها 1957/8/19 سماها «لجنة لوضع مدونة لاحكام الفقه الاسلامي» حيث كانت الغاية تدوين مجموع هذا الفقه (8) وفعلا بعد ان انتهت اللجنة من مدونة الاحوال الشخصية واصلت عملها وأضيف اليها اعضاء جدد بظهير 4 مارس 1960، بل كان قد اعلن وزير العدل رسميا انها اتمت مدونة الالتزامات والعقود وشرعت في تحرير الحقوق العينية ..

غير أن مدونة الالتزامات لم تصدر وتوقف عمل اللجنة بصورة نهائية.. (9) ، وقد كان اعضاء اللجنة الفعليين الذين عينوا بمرسوم كلهم من «العلماء» وهو مايفسر اتجاه المشروع الى الاعتماد الكلي للمذهب المالكي في صياغة مقتضيات م . ح . ش . اذا كانت هذه هي الملابس التي احاطت بوضع مدونة الاحوال الشخصية فكيف كان موقفها من الفقه ومن قوانين الدول الاسلامية للاحوال الشخصية؟ هذا مانعرضه في الفقرة التالية .

ثانيا : موقع م . ح . ش من الفقه الاسلامي وقوانين ح . ش في الدول الاسلامية .

(6) راجع في ردود الفعل التي اثارها هذا الظهير في كل العالم الاسلامي الذي اعتبره بدأ في التنصير للمغرب - كتاب السيد الحاج الحسن بوعباد بعنوان «الحركة الوطنية والظهير البربري - لون آخر من نشاط الحركة الوطنية في الخارج» . طبع عام 1979 .

(7) وحتى الذين تكونوا في المدارس والجامعات الفرنسية كانت بيئة الاسرة والمجتمع تجعل مواقفهم لاتقل حماسا عن موقف المتخرجين من القرويين والمعاهد الحينية الاخرى .

(8) والى جانب هذه اللجنة انشئت لجنة اخرى بظهير 28 يناير 1958 عهد اليها «بالمراجعة التامة للتشريع الجاري به العمل بالمملكة المغربية» . الامر الذي يظهر انه كانت هنالك رغبة في اضافة هوية وطنية على التشريع وتخليصه من التبعية المطلقة التي صبغته في فترة الحماية، ولكن هذه الرغبة سرعان ماتبحرت واستأنفت التبعية مسيرتها بجد ونشاط .

(9) انظر موقف غلال الفاسي من هذه النقطة، في كتابه «دفاع عن الشريعة»

القسم الاول

ايجابيات وسلبيات نصوص المدونة

في هذا القسم نعرض الظروف والملابسات التاريخية لوضع م . ح . ش، ثم موقع المدونة من الفقه الاسلامي، وقوانين ح . ش. في الدول الاسلامية، وأخيرا تقييم محتوى م . ح . ش.

أولا : الظروف والملابسات التاريخية لوضع م . ح . ش

اذا رجعنا الى الوضع الاجتماعي وعموما الظروف التاريخية المحيطة بوضع مدونة الاحوال الشخصية، نجدها كلها تفرض الرجوع في صياغة احكام قانون الاسرة الى الشريعة الاسلامية، وعلى الخصوص المذهب المالكي .

فالشعب المغربي الذي وحدت عقيدته الشريعة الاسلامية (3) أكثر من ثلاثة عشر قرنا، كان يرى في الاحتلال الاجنبي هجوما على هذه العقيدة، ومحاولة للقضاء عليها، ولذلك كانت مقاومة الاحتلال بجميع اشكالها وصورها، تعتبر جهادا في سبيل الله ونصرة للدين، يوازي عمل اولئك الذين نشروا الدعوة الاسلامية ودافعوا عنها بأموالهم وأرواحهم ضد الشرك والكفر .

ومن أجل ذلك اعتبر الظهير البربري لسنة 1930 صورة حية وتطبيقية لاهداف الاستعمار فلم يكدمضي الاسبوع الاول (4) للاعتراف بالاستقلال حتى شرع في الغاء هذا الظهير الذي يمثك اعتداء صارخا على احكام الشريعة الغراء (5) .
والحركة الوطنية بعد الاحتلال ربطت نضالها ضد المستعمر بالعقيدة الدينية،

(3) ولم تؤثر على هذه الوحدة الجالية اليهودية، فهي - مع صغرها - عاشت قبل الحماية منعزلة، وأثناء الحماية انفصلت اجتماعيا عن الشعب المغربي وامتزجت بشكل أكبر بالجالية الاجنبية الاربوية .
(4) راجع ظهائر 7 و 19 مارس 1956 و 4 ابريل 1956 وظهريري 25 غشت من نفس السنة المتعلق احدهما باحداث محاكم القضاة في مناطق العرف وقد جاء في مادته الرابعة مايلي :
«يحتفظ مؤقتا بمسطرة المرافعات المحدثتة بالقرار الوزيري الصادر في (1934/4/8) كلما كانت قواعدها مطابقة للشرع المطاع والا وجب الرجوع اليه» .

(5) فقد ورد في مادته الثالثة المتعلقة باختصاص المحاكم العرفية مايلي «كما تنظر المحاكم المذكورة في جميع القضايا المتعلقة بالاحوال الشخصية أو بامور الارث، وتطبق في كل الاحوال العوائد المحلية» .

- د - محمد بن معجوز المزغرائي - احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية - (الزواج والطلاق) مطبعة النجاح الجديدة 1977 .
- هـ - عبد الندي ميكو - الوسيط في شرح مدونة الاحوال الشخصية - الجزء الاول : الزواج والطلاق .
- و - حماد العراقي - شرح قانون الزواج المغربي - المطبعة الملكية - الدار البيضاء .
- ز - مولاي عبد الواحد العلوي - كتاب الموارث وكتاب الاحوال - الحقوق العينية المالية - مطبعة محمد الخامس .
- ك - علم الدين محيي الدين اسماعيل - الاموال والموارث والوصية - الرباط 1976 - مكتبة الطالب .
- ل - نزيه محمد الصادق - الموارث - السنة الثالثة من الاجازة 1977 - (على استانسيل) .

ثانيا : بالفرنسية :

- أ - بورمانس موريس - الاحوال الشخصية والاسرة في المغرب العربي من 1940 الى يومنا - موتون 1977
- ب - بورمانس موريس - وثائق حول الاسرة في المغرب العربي من 1940 الى الان - مجلة «رينتوموديرنو» عدد 59 (1-5-1979) .
- ج - ابيتيول هرفي (س) - تدوين وتجديد الشريعة الاسلامية في المغرب - مجلة تونفليون باريز عدد 23 يوليو 1958 .
- د - عطاء الله برهان - قانون الاسرة في بلدان افريقيا الشمالية في كتاب المدخل لافريقيا الشمالية المعاصرة - مركز الابحاث والدراسات حول مجتمعات البحر الابيض المتوسط - 1975 .
- هـ - اندري كولمير - الفقه الاسلامي - الجزء الاول : الاشخاص، الاسرة 1963 - دار النشر لابورت - الرباط .
- هـ - نفس المؤلف 1963 و 1968 .
- و - الموارث والوصية - نفس الناشر 1968 .
- 2) - وقد نشرت هذه الظواهر في اعداد الجريدة الرسمية التالية : 1354 (كتابا الزواج والطلاق) و2358 (كتاب الولادة ونتائجها) و2363 (كتاب الاهلية والنيابة الشرعية) و2367 (كتاب الوصية) و2371 (كتاب الميراث) .

مدونة الاحوال الشخصية

بعد خمسة عشر سنة من صدورها

أحمد الخليلي
وعبد الرزاق مولاي ارشيد*

صدرت مدونة الاحوال الشخصية (1) بخمسة ظهائر أولها في 22 نوفمبر 1957 وآخرها في ثالث ابريل 1958 (2) وتكون بذلك قد بلغ عمرها الان مايقرب من خمس وعشرين سنة .

ونريد بهذا العرض الموجز التعرف على جوانب من الملاحظات التاريخية المحيطة باصدارها، وموقع مقتضياتها من الفقه الاسلامي وقوانين الاحوال الشخصية في الدول الاسلامية، وماها من ايجابيات وسلبيات، ثم نرى ماصدر بعدها من نصوص تشريعية لها علاقة بالاحوال الشخصية وكيف سار الاجتهاد القضائي من الناحية التطبيقية، وارتساماتنا حول اتجاهات الرأي العام ازاء ماينبغي أن يدخل من اصلاحات على قانون الاسرة .

هذا، ونعرض الموضوع في قسمين :

القسم الاول : ايجابيات وسلبيات نصوص المدونة

القسم الثاني : التطور وتوقعات المستقبل .

* استاذان بكلية الحقوق بالرباط

(1) - حول هذه المدونة راجع :

أولا : بالعربية :

أ - علا الفاسي - الاحوال الشخصية - محاضرات في الزواج والطلاق ألقاها على طلبة السنة الاولى بكلية الحقوق بالرباط على استانسيل .

ب - احمد الخليلي - شرح مدونة الاحوال الشخصية - الجزء الاول (الزواج والطلاق)

ج - عبد الرزاق مولاي ارشيد - محاضرات في مادة الاحوال الشخصية - السنة الثانية من الاجازة (على استانسيل)

ح - عبد العزيز الفيلاي - الزواج في التشريع المغربي - 1959

ومرافقتها تحقيق تعريب جزئي في مرافق وزارية وادارية بحكم تعاملها مع القضاء وهذه الوزارة .

وختاما لهذا التقييم ينبغي ان نلاحظ ان هذا القانون كان يعني عند سنه اعطاء اشارة لانطلاق من لدن نواب الامة لتعريب ومغربة المرافق العمومية والقطاعات الاقتصادية العامة والخاصة تشخيصا لاستعادة المغرب لكيانه الوطني المتميز بنوعية الذات واصالة الشخصية .

الا ان الخطوات في هذا المضمار ظلت تسير وئيدة وعلى مهك بالرغم من مرور ربع قرن على استقلالنا وعشرين سنة على اعلان دستورنا .

أحد عشر شهرا وقبل تكوين القضاة الصالحين لتعويضهم؟ وهولوا الفراغ الذي سيحدثه نقل اختصاصاتهم الى قضاة وصفوهم بانهم محدودو الخبرة ان لم يقولوا انهم يفقدونها .

كما تساءلوا هل يسمح الاجل المحدود المضروب لتطبيق القانون بتعريب أكداص النصوص المدونة بالفرنسية؟ بل وهمسوا هل اللغة العربية قادرة على تأمين تعريب خال من الشوائب؟ أو هل من سيوكل اليهم تعريب النصوص قادرين على هضمها وتطويرها للغة محدودة القدرة في ميدان المصطلحات العلمية والتقنية؟ وبك موضوعية يمكن القول ان الاجراءات التي طبقت على مراحل تدرجية - كما سبق ان أوضحناه - اتخذت بكثير من السرعة ولكن بدون تسرع، وتوخى فيها ضمان الفعالية التي كانت تقتضيها سرعة الانجاز، ولكن بمزيد من الحرص على التحري لتأمين انجاز سليم ما أمكن .

وأقول ما يمكن لاني لانكر انه كان في الامكان أن يكون الانجاز اكثر احكاما لو كان الاجل اوسع ولو كانت لنا أطر أكثر عددا وخاصة من القضاة المزدوجي اللغة والتكوين .

ومع ذلك فان تحديد الاجل قد افاد في التعجيب باحراق المراحل. وكان ذلك الانجاز على سرعته فرصة للتدليك على قابلية اطرنا للتكيف السريع، وعلى قدرتها على الاضلاع بالمسؤوليات بشرط أن تتضح امامها الطريق بتحديد الاختيارات .

لقد تعبأ القضاة ومساعدو القضاء وكتاب الضبط في حماس بالغ لمساعدة وزير العدل، وعملت الشخصيات القانونية التي دعيت للمساهمة في تعريب النصوص في جو التعبئة هي أيضا فواصلت جهودها دون تقاعس، فامكن بذلك للقضاء أن يقيم في صرح بناء الاستقلال ودعم الشخصية القومية لبنة ثابتة وواكب ذلك تدريب طائفة من القضاة بجانب القضاة الاجانب طيلة الفترة الانتقالية على أن يحتفظ ببعض القضاة الاجانب كخبراء فنيين ومستشارين لمرحلة لم تطل .

وبفضل هذا القانون تمغربت وعربت تعريبا شاملا وزارة العدل بما يتبعها من مرافق، فاصبحت بذلك الوزارة النموذجية الممثلة لوجه المغرب الحقيقي. لاتعمل فيها الا الاطر الوطنية، ولاتسودها الا لغة البلاد التي اقرها الدستور لغة للبلاد . وتبع توحيد القضاء ومغربته وتوحيده ومغربته وتعريب اطر وزارة العدل

التبليغ والتنفيذ لتستطيع مواجهة المتطلبات المسطرية ونظمت لهم على غرار القضاة تدريبيات وحلقات دراسية .

10 - حوفظ على المساعدة الفنية بالنسبة لبعض القضاة الاجانب الذين اقر بقاؤهم في المحاكم كخبراء فنيين يستعان بهم في المسائل القانونية العويصة والقضايا الشائكة المعقدة، وابرمت لهذه الغاية اتفاقيات مع الحكومة الفرنسية بتاريخ 20 مايو 1965 ومع الحكومة الاسبانية في 6 أكتوبر 1965 .

خاتمة

(8) - تقييم القانون :

كان تقييم مناظرتنا هذه لتطور القانون طيلة ربع القرن المنصرم سيظل ناقصا بدون التوقف عند المرحلة التي قطعها القضاء المغربي بسن قانون التوحيد والمغربة والتعريب ذلك ان دراسة هذه المرحلة كانت ستبقى حلقة مفقودة بين الدراسات القيمية التي تحفل بها اشغال هذه المناظرة التي ستغني بكل تأكيد الدراسات القانونية في بلادنا .

وقد أدرك نواب الامة - وهم الذين تقدموا بالمبادرة التشريعية لهذا الاصلاح في شكل مقترح قانون ادخلت عليه تعديلات تقدمت بها الحكومة - أقول أدرك نواب الامة الملاءمة السياسية التي كانت تقتضى التعجيل بسنه حتى تسد في ميدان القضاء ثغرة ماكان يمكن التغاضي عنها وقد مر على استقلالنا ثمان سنوات، وذلك مايفسر التصويت على هذا القانون باجماع مجلسي النواب والمستشارين وفي جو من الحماس لم يحظ به أي قانون آخر .

ومع ذلك فقد همس البعض في ذلك الحين واثناء مناقشة مقترح القانون بأن هذه المبادرة تحمل في طياتها عواقب مؤثرة على سير قضائنا الفتحي وانه لايد ان يكون لها انعكاس سيء على تطورنا الاقتصادي . وكان وراء هذه التخوفات كثير من حسن النية وحرص على قطع مراحل استكمال استقلالنا بتدرج حتى لاتصاب مؤسسات الاستقلال بالنكسات، وتتردى أوضاعها بما يخيب فيها الاماك .

ولكن كان وراء تلك التخوفات أيضا نظرة تشاؤمية ، ونزعة الاعتماد على معونة الحامي السابق واعتباره المؤهل لمتابعة قيادة سفينتنا نحو أشواط النجاة .
وتساءل البعض من هؤلاء كيف يمكن الاستغناء عن 120 قاضيا أجنبيا خلال

الديبلوماسية الأجنبية بالمغرب الى ما يقضي به قانون التوحيد من تعريب للقضاء ودعوتها الى نقل الانتدابات والاناتبات القضائية الموجهة للمحاكم المغربية الى اللغة العربية .

ثالثًا : مغربة القضاء :

1 - استغنى عن عدد كبير من القضاة الاجانب الذين كانوا يزاولون مهامهم في المناطق الثلاث التي كان المغرب يتوزع اليها قضائيا .

2 - وقع القيام بعدة جولات الى مختلف المؤسسات القضائية لتعريف القضاة المغربية بواجبهم في هذه المرحلة الحاسمة التي كانت بمثابة امتحان لقدرة القضاة المغربي وكفاءته .

3 - ادخل ابتداء من 3 يونيو 1965 القضاة المغربية الى الغرف التي كان القضاة الاجانب يعملون بها للتعرف على الصناعة القضائية لديهم وكيفية معالجة القضايا المعقدة المحالة عليهم قبل انتهاء مهامهم بالمحاكم .

4 - ولج سلك القضاء في هذه الفترة عدد كبير من الحائزين على شهادة الاجازة في الحقوق والمدرسة الادارية المغربية لتطعيم المؤسسات القضائية الموحدة ، ولم يطلب من الوزارات والادارات العمومية انهاء الحاق بعض القضاة بها تلافيا لكل فراغ قد يحدث لها رغم مسيس الحاجة اليهم .

5 - عزز المجلس الاعلى الذي غادره عشرون مستشارا اجنبيا بمستشارين مغاربة وقع انتقاؤهم من أكثر القضاة كفاءة وتجربة .

6 - نظمت للقضاة القدامى والجدد ندوات قانونية استهدفت تعميق تكوينهم القانوني وتمتين ثقافتهم الفقهية .

7 - زودت المحاكم بسلسلة من الدلائل التطبيقية التي توضح القوانين وتشرح النصوص بأسلوب عملي يتناول النوازل والاحكام بتوضيحات مسهبة ذيلت بنماذج خاصة .

8 - صدرت عدة منشورات ومطبوعات في كثير من المجالات استهدفت الاسهام في تأهيل اطر القضاء ومساعدته للقيام بمهامهم في أحسن الظروف وأكثرها ملاءمة .

9 - طعمت كتابة الضبط بعدد وافر من الموظفين والاطر الثانوية واعوان

قانون التوحيد هي القوانين المطبقة حاليا أمام المحاكم المحدثة بظهير 12 غشت 1913 .

2 - شرع في تعريب القوانين التي لم تكن معربة آنذاك وخاصة بالنسبة للقوانين الأساسية، وشكلت لهذه الغاية عدة لجن من قضاة وعلماء ورجال قانون أوكلت إليها هذه المهمة التي تفضل معها جلالة الملك باستقبال اعضائها واعطائهم توجيهات نيرة حول اصلاح التشريع المغربي مما وفقته معه الى انجاز مأموريتها في ظرف وجيز وقدمت معه عملا رائعا كلبنة صلبة في بناء كيان التعريب واستحقت معه كل تنويه .

3 - نشرت النصوص المعربة ووزعت على القضاة ومساعدتهم وجمعت القوانين في مجموعات صدرت للرجوع إليها .

4 - راقف عمليات النشر والتوزيع وضع الفهارس والتبويات للقوانين المعربة تيسيرا على الباحثين وتوفيرا للجهود التي وجهت لتصريف الاجراءات وتنصيفية المؤخرات .

5 - ذيلت النصوص المعربة باشارات وهوامش للعبارات التي لاتلائم السيادة المغربية كالمنطقة الجنوبية والفرنسية مثلا .

6 - الفت في مرحلة موازية عدة لجن لمراجعة التشريعات المعمول بها لتخليصها من الشوائب التي تعثرها وتتميمها بالمقتضيات التي لاتتضمنها، ولمواكبة متطلبات العصر والتطورات الاجتماعية والاقتصادية وضرورة تجدد الحياة القانونية وفق عوامل البيئة التي يتأثر بها القانون .

7 - اعيد النظر في النصوص والضوابط المتعلقة بمساعدة القضاة وخاصة المحامين والموثقين والتراجعة بما يتلاءم وتوحيد المحاكم .

8 - عربت الوسائل الاضافية والاجراءات القضائية التي يرتبط بها العمل القضائي ومسطرة ما بعد الحكم وكذا المطبوعات والنماذج المتعلقة بمراحل التقاضي .

9 - وجهت مذكرات الى المصالح الحكومية التي لها ارتباط بالجهاز القضائي لاستعمال اللغة العربية ، وعقدت جلسات عمل معها لبحث الوسائل الكفيلة بتحقيق مرامي التعريب، وطلب منها في مرحلة اولى عدم التنصيص في المحاضر الموجهة الى المؤسسات القضائية على المحاكم العصرية أو العادية .

10 - بعث الى وزارة الشؤون الخارجية بمذكرة تستهدف اثارة انتباه البعثات

أولا : توحيد المحاكم :

1 - ادمجت مختلف المحاكم قضائيا في مؤسسات موحدة هي محاكم السدد والمحاكم الاقليمية وخولت لكل منهما على درجتين اختصاصات ابتدائية واستينافية
2 - وحدت رئاسات جهات التقاضي المختلفة والنيابات العامة لديها بتنصيب قضاة مغاربة عليها عهد اليهم بتقريب المناهج والاساليب وتوحيد الشؤون الادارية والقضائية لديها .

3 - كونت غرف واقسام بالمحاكم الموحدة من قضاة مغاربة شرعوا في دراسة القضايا المستجدة والتعرف على النقط القانونية المثارة بصددها، والاجتهادات القضائية التي تخص بها .

4 - وحدت كتابات الضبط بالمحاكم الموحدة والنيابات العامة لديها واحدثت بها اقسام مدنية وجنائية وشرعية لمباشرة المسطرات القانونية في مختلف انواع القضايا المعروضة عليها .

5 - احدثت محاكم سدد موسعة الاختصاص للنظر في بعض القضايا الهامة التي كان الاختصاص فيها راجعا لمحاكم الصلح لسبب غير جنسية المتقاضين، كما هو الشأن بالنسبة لدعاوى السير والشغل والمستعجلات .

6 - احصيت جميع القضايا الراجعة أمام المحاكم للتعرف على حجمها ومعدلها ونوعيتها والتعقيدات التي تتسم بها ولاسيما من حيث الملفات المكونة من وثائق ومذكرات محررة بلغة اجنبية .

7 - احييت هذه القضايا التي كانت من اختصاص جهات التقاضي الملغاة على المحاكم الموحدة وفق تصميم زمني واداري حتى لانتأثر عمليات الحكم والتقارير فيها
8 - وحدت البنائيات التي خصصت لايواء الغرف والاقسام التي كانت تؤلف محاكم مستقلة، وادخلت عليها التغييرات والتعديلات الملائمة لضخامة الاختصاصات التي اصبحت موكولة لها .

9 - صدر قرار لوزير العدل يقضي بتوحيد المحاكم فعليا ابتداء من فاتح أكتوبر 1965 حاسما بذلك في كل فكرة ترمى الى تأخير تنفيذ القانون أو تأجيل بعض مراحلها .

ثانيا : تعريب القضاء :

1 - صدر مرسوم ملكي يقضي بأن القوانين المدنية والجنائية المشار اليها في

ب - المحافظة على مستوى العدالة :

وكان لا بد من تلافى نزول القضاء عن مستواه . فقد كان القضاة المغاربة وعددهم لا يزيد عن 950 قاضيا مدعويين لتعويض أطر قضائية أجنبية معروفة بتأهيلها القانوني وبتجربة الممارسة للعمل القضائي، ولم يسبق لأغلبية قضاتنا أن مارسوا الاختصاصات التي يفرض القانون عليهم ممارستها، وكان على طائفة منهم ان تطبق نتيجة التوحيد تشريعا كانت معظم نصوصه غير معربة، ولم تكن المحاكم تتوفر الا على عدد محدود من القضاة المزدوجي اللغة، وبالأحرى المزدوجي الثقافة القانونية .

وكان من بين الاختصاصات التي كان يمارسها قضاة المحاكم العصرية الاجانب مايمس بميادين حيوية لها علاقة بالاقتصاد الوطني وتأثير بالغ على الحياة الوطنية العامة، ومن ذلك القضايا المتعلقة بالتحفيظ والتأمين والسير ونزاعات الشغل والشركات. وكل ذلك تحتاج معالجته الى خبرة قانونية متميزة .

ج - تقريب القضاء من المتقاضين

كما كان لا بد ان يقترن انجاز الاصلاح المتوخى من سن القانون تحقيق هدف آخر لا يقل أهمية هو تقريب القضاء من المتقاضين بالعمل بالامركزية، وذلك ماكان يستدعي بعض المراجعات للتنظيم القضائي . وفي كلمة جامعة كان لا بد ان يراعى في تطبيق القانون أن لايشكل انتكاسة تجعل المواطنين يضعون مبادئه موضع النقاش، حتى لايسبب توحيد المحاكم ومغربتها وتعريبها خيبة للامال التي علقت على هذا الاصلاح الجوهرى .

(7) - الاجراءات المتخذة لتنفيذ قانون التوحيد :

بادرت وزارة العدل ازاء هذه المشاكل التي اثارها تطبيق القانون المذكور الى اتخاذ عدد من التدابير التمهيدية، والاجراءات الحاسمة لتنفيذ مقتضياته في الوقت المحدد دون مساس بالمقومات التي ينبغى توفيرها لعدالة سليمة ناجعة، والضمانات التي يتعين الحفاظ عليها شكلا ومضمونا وخاصة بالنسبة لتأمين سير القضاء سيرا عاديا بعد هذه المرحلة التاريخية .

وقد تركزت هذه الاجراءات بالنسبة لمحاور القانون الثلاث توحيدا وتعريبيا ومغربة وفق مايلي :

المحاكم الاقليمية، كما أن اختلاف الاختصاص النوعي بين المحاكم الابتدائية والمحاكم الاقليمية كان مثار صعوبة اخرى .

كما أثار توحيد التشريع صعوبات للقضاة المغاربة الذين كانوا مدعويين عند القيام مقام القضاة الاجانب لتطبيق تشريع لم يألفوه، إذ كان هذا التشريع في معظمه مدونا بلغة لم تكن أكثريتهم ملمين بها. ولم تكن معرفة القوانين التي تطبقها المحاكم العصرية، وبالاخص المجموعات الصادرة سنة 1913 وبعض الظواهر الاساسية الصادرة بعد هذا التاريخ، يضاف الى ما سلف ان المحاكم قبل سن هذا القانون كانت لا تتوفر الا على عدد من القضاة المغاربة، وكانت الحاجة ماسة الى أكثر، ولم يكن ذلك ممكنا لقلّة الاطر وضعف الموارد، فأصبح لزاما الاستغناء عن 120 قاضيا أجنبيا قبل الاجل المحدد ونقل اعمالهم القضائية الى القضاة المغاربة مما زاد في ثقل اعبائهم .

(6) - تدابير واجراءات تطبيق القانون :

لتطبيق هذا القانون تطبيقا سليما وفي أحسن الظروف كان لابد لوزير العدل من التقيد بالعوامل الثلاثة التالية :

أ- انجاز القانون في موعده المحدد :

وقد سهل ذلك الاستشارة القانونية التي اجريت لتوضيح الفصل السادس الذي لم يحدد مدى صلاحيات وزير العدل، والتي أكدت ان المشرع حين افرد وزير العدل بسلطة التطبيق دون تحديد لهذه السلطة قصد الى تخويله نيابة مطلقة لاتخاذ جميع التدابير التطبيقية بقرارات وزارية .

وقد أشار جلالة الملك لذلك في خطابه أمام مؤتمر القضاء مؤكدا هذه النيابة بقوله «واننا عهدنا منذ الان الى وزيرنا في العدل باتخاذ جميع التدابير التي تيسر الاخذ بتطبيق قانون توحيد المحاكم غير غافلين عما يعترض ذلك التطبيق من صعوبات لابد من التغلب عليها بحسن الارادة وصادق التفهم» .

وهكذا اعتبرت المرحلة القائمة بين اصدار القانون وبين الموعد المضروب لتطبيقه بنهاية سنة 1965 مرحلة انتقالية تنتهي بنهايتها النيابة المخولة لوزير العدل .

ومع ذلك فقد كانت هناك تدابير تشريعية تتجاوز سلطة الوزير وقد سهل صدورها بظهير اعلان حالة الاستثناء خلال سنة 1965 .

مختصة في الدعاوى المتعلقة بال عقار المحفظ كيفما كانت جنسية المتقاضين، وكانت مختصة في القضايا المتعلقة بال عقار غير المحفظ اذا كان الطرفان المتنازعان أجنبيين .

وفي اطار المحاكم العصرية المختصة كان الاختصاص يعود الى المحاكم الابتدائية . فالى أية محكمة كان ينبغي نقل هذا الاختصاص ؟ قد يبدو ان المحاكم الاقليمية الموحدة هي التي كان يريد القانون ان يعهد اليها باختصاص المحاكم الابتدائية العصرية، ولكن المشكل الذي طرح آنذاك هو أن المحاكم الشرعية كانت هي أيضا مختصة في النظر في القضايا العقارية متى كان العقار غير محفظ وكان أحد الطرفين أو كلاهما مغربيا .

ولما كان الاختصاص يعود ضمن اطار المحاكم الشرعية الى محاكم القضاة الابتدائية . واذ كان يبدو ان القانون ينقل اختصاص محاكم القضاة الابتدائية الى محاكم السدد الموحدة وان هذه يجب أن تجمع الاختصاصات التي كانت ترجع سابقا الى محاكم السدد العادية ومحاكم الصلح والمحاكم الشرعية الابتدائية، وان المحاكم الاقليمية الموحدة ينبغي أن تجمع الاختصاص الذي كان موزعا بين المحاكم الاقليمية العادية والمحاكم الابتدائية العصرية وغرف الاستئناف الشرعية، فإن هذا ليعني بالنسبة للقضايا العقارية التي هي مثال فقط الا انها حتى بالنسبة للعقار غير المحفظ تبقى موزعة بين المحكمة الاقليمية ومحكمة السدد، وهذا مايتنافى مع قصد المشرع في اقرار مبدأ التوحيد وذلك مايشخص المشكل الذي طرح في بداية العمل لتطبيق القانون .

وفي قضايا الاحوال الشخصية - وهي مثال ثان - يلاحظ ان البث في نزاعاتها كان في اطار المحاكم العصرية يعود ابتدائيا الى المحاكم الابتدائية بينما في اطار المحاكم الشرعية يعود ابتدائيا الى محكمة القاضي، أي انه يبقى موزعا بين المحاكم الاقليمية الموحدة ومحاكم السدد .

ان ذلك يدل على أن التطبيق كان يتطلب من وزير العدل ممارسة سلطة واسعة بل احيانا كان يقتضي نصوصا تشريعية، لانه كان لا بد ان يمس بالتنظيم القضائي الذي هو من اختصاص القانون .

ومن الصعوبات التي اثارها التوحيد اختلاف الاختصاص الترابي بين المحاكم العصرية والمحاكم العادية، حيث كان الاختصاص الترابي لاوولى اوسع من اختصاص

ومن بين الثغرات أن الفصل السادس من هذا القانون يعهد الى وزير العدل بسلطة تطبيق القانون دون تحديد لمدى هذه السلطة في حين ان تطبيق القانون كان يتوقف على قرارات وتدابير تتجاوز اختصاصات وزير العدل الى اختصاصات وزراء آخرين، بل بعض التطبيقات كانت تتوقف على سن نصوص قانونية وتنظيمية لم تكن موجودة .

ففيما يخص تعريب لغة المحاكم ومداولاتها يلاحظ أن تطبيق هذا المبدأ كان يتوقف على تعريب اكثرية المرافق الادارية التي لانخضع لسلطة وزير العدل .
ففي الميدان الجنائي مثلا يخول القانون لعدة هيأت اثبات وقوع المخالفات وتقديم محاضر بشأنها الى السلطات القضائية، وذلك كمصلحة المياه والغابات التابعة لوزير الفلاحة، والادارة العامة للامن الوطني التابعة لوزير الداخلية، وادارة الجمارك التابعة لوزير المالية، وقيادة الدرك الوطني التابعة لوزير الدفاع .

واقصر القانون في فصله الرابع فيما يخص المغربية على مغربة وظيفة القاضي، مع أن الروح التي كانت مهيمنة على مداولات البرلمان كانت تعكس الحرص على تخليص المحاكم من الوجود الاجنبي أي مغربة جميع اطرها بما فيها كتاب الضبط .
واقصر الفصل السادس على تخويل وزير العدل سلطة التطبيق بدون حصر أو تحديد، فهل كان يعني ذلك حد سلطته في هذا الميدان بما تحد به سلطة الوزراء العادية، أم أن القانون قصد تمتيعه بسلطة مفوضة تعطيه الصلاحية لاتخاذ جميع اجراءات التطبيق بقرارات وزيرية .

وبالاضافة الى هذه الثغرات، فان الاجل المحدد لوزير العدل كان قصيرا اذا اعتبرنا مصادقة المجلسين على القانون في أواخر يونيه 1964 وأن نهاية الاجل كانت تنتهي بنهاية سنة 1965 مع العلم بأن صدور الامر بتنفيذه انما كان بتاريخ 26 يناير 1965 مما جعل الاجل المضروب يختصر في أحد عشر شهرا .

أما من حيث الجوهر، فقد أثار سن هذا القانون صعوبات منها فيما يخص التوحيد مشكل نقل اختصاصات المحاكم العصرية الى المحاكم العادية، بعد اعتبار أن الاخيرة لا بد أن تستوعب الاولى وهو الاختيار الذي اعتمده وزير العدل. وقد برز هذا المشكل نتيجة اسباب بعضها قانوني وبعضها عملي .

ذلك أن توزيع الاختصاصات كان يختلف بين المحاكم على اختلاف درجاتها .
وعلى سبيل المثال نأخذ ميدان القضايا العقارية حيث كانت المحاكم العصرية

فبالنسبة لتوحيد المحاكم جاء في الفصل الاول ان جميع المحاكم المغربية باستثناء المحكمة العسكرية والمحكمة العليا للعدل المنصوص عليها في الباب السابع من الدستور اصيحت موحدة بالمملكة المغربية بمقتضى هذا القانون . وجاء في الفصل الثاني تحديد نوعية المحاكم الموحدة ودرجاتها فنص على أنها محاكم السدد والمحاكم الاستئنافية والمحاكم الاقليمية والمجلس الاعلى . وهنا ينبغي أن نسجل أن هذا القانون انما ساير في الفصل الثاني مقتضيات الفصل السادس والثمانين من الدستور الذي نص على هذه المحاكم عند تحديده لتركيب المجلس الاعلى للقضاء، الشيء الذي يستنتج معه ضمنا انها هي المحاكم الموحدة، وان كان الفصل المذكور لم يوضع للتقنين توحيد المحاكم ولاترتيب درجاتها .

وأقر الفصل الثالث من القانون مبدأ التوحيد في الميدان التشريعي كذلك حيث جاء فيه : «ان النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح الى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الاول .»

وجاء الفصل الرابع ينص على مغربة اطر القضاة بقوله : لايمارس وظيفة قاض بمحاكم المملكة المغربية من لم يحمل الجنسية المغربية.»
وتضمن الفصل الخامس أن «اللغة العربية هي وحدها لغة المداومات والمرافعات والاحكام في المحاكم المغربية .»

5) - صعوبات متولدة عن سن هذا القانون :

يلاحظ ان هذا القانون قد ترك في تحريره بعض الثغرات، ومن بينها أن تطبيق مبدأ التوحيد كان يتطلب اختيارات يقتضي كل منها اجراء خاصا. وبناء على ذلك وضع على وزير العدل اختيارين كان ينبغي للقانون أن يحدد أحدهما :
- اما تطبيق طرق واجراءات المحاكم العادية واعتبارها المحاكم التي تتسع لاستيعاب المحاكم العصرية، وبالتالي تطبيق اجراءات الاولى داخل الثانية، وقد كانت اجراءات المحاكم العادية تنسم نسيا بالبساطة.

- واما اعتبار أن المحاكم العادية والمحاكم العصرية توحدت ولكن على أساس تبني المحاكم العادية لطرق واجراءات المحاكم العصرية، وهي أكثر تقنية ولاتنسم -
بالتالي - ببساطة اجراءات المحاكم العادية .

(3) - وضع المحاكم قبل قانون 26 يناير 1965 :

وكما نلاحظ فإن هذه التدابير لاتعدو ان تكون جزئية، وتظل بعيدة عن تحقيق هدف التوحيد الشامل .

ذلك أن القضاء رغم هذه التنظيمات ظل قائما على أربعة انواع من المحاكم :
- المحاكم العادية - المحاكم العصرية - المحاكم الشرعية - المحاكم العبرية -
وبجانبها محاكم خاصة هي المحاكم العسكرية، ومحاكم الشغل، والمحكمة العليا
للعدل .

وبالإضافة الى ذلك استمر وجود القضاة الاجانب في المحاكم العصرية
واستعمال اللغتين الفرنسية والاسبانية في هذه المحاكم وحتى في بعض غرف
المحاكم العادية في الشمال .

كما ظل التشريع متعددًا ومختلفًا باختلاف المحاكم، ولم تكن معظم النصوص
القانونية المطبقة في المحاكم العصرية معربة . ونقول معظم النصوص لان بعضها
وحد وعرب أي قانون المسطرة الجنائية الذي صدر في ظهير 10 فبراير 1959 حيث
وحد الاجراءات المتخذة في الدعوى العمومية أمام جميع المحاكم وألغى الاجراءات
التي كانت تطبق أمام المحاكم العصرية، والقانون الجنائي الذي صدر بتاريخ 20
يونيه 1962 في شكل قانون جنائي موحد وألغى جميع الظواهر التي كانت تتوزع
مختلف التشريعات الجنائية التي كانت تعمل بها المحاكم .

(4) - سن وإقرار قانون 26 يناير 1965 :

قطع المغرب الخطوة الحاسمة في طريق تحقيق الاهداف الثلاثة السالفة الذكر
بصدور القانون المعروف بقانون توحيد القضاء ومغربته وتعريبه، وهو القانون الذي
تقدم بمبادرته مجلس النواب وصوت عليه بتاريخ ثاني يونيه 1964 كما وافق عليه
مجلس المستشارين بتاريخ 17 يونيه 1964 وصادر الامر بتنفيذه في 26 يناير
1965 . ان ميزة هذا القانون الاساسية هي اقراره لمبادئ ظلت مجرد اهداف يرتقب
تحقيقها دون أن يقرها تشريع ملزم . وميزته الثانية هي ماتضمنه فصله السادس من
تعيين السلطة المعهود اليها تطبيقه، مع تحديد أجل لها لادخال جميع مقتضيات
هذا القانون في حيز التطبيق. فقد جاء في هذا الفصل : «يعهد الى وزير العدل
بتطبيق هذا القانون على أن تتم اجراءات هذا التطبيق في جميع أنحاء المملكة
قبل انتهاء سنة 1965 .»

التي كانت مسندة لهذه المحاكم الاخيرة واعتبرت محاكم استينافية لاحكام المحاكم المفوضية .

- والمحكمة العليا الشريفة (استينافية) .

ووضع على قمة هذه المؤسسات المجلس الاعلى ليتولى رقابة جميع الاحكام الصادرة عن مختلف المحاكم السالفة الذكر (وقد احدث هذا المجلس بمقتضى ظهير 27 شتنبر 1957) وبذلك وضع حد لاختصاص النظر الذي كان مخولا لمحكمة النقض الفرنسية بباريس بالنسبة للطعن في احكام المحاكم العصرية الموجودة آنذاك في الجنوب، ولمحكمة النقض الاسبانية بمديرية التي كانت تنظر في طعون نقض الاحكام الصادرة عن محاكم الشمال .

ولنسجل كذلك أن الظهير المؤرخ ب 16 دجنبر 1957 غير اسم المحاكم المفوضية اذ أصبحت تحمل اسم محاكم السدد .

(2) - المحاكم العصرية :

ظلت مع ذلك قائمة المحاكم العصرية الموروثة عن النظامين الفرنسي (في الجنوب) والاسباني (في المنطقة التي كانت خاضعة لاسبانيا) وعن النظام الدولي في طنجة .

وحدد خلال سنة 1957 هدف ادماجها في المحاكم العادية ولكن على مراحل، وفي البداية تحقق ذلك في عمالة طنجة وحدها، اذ جاء ظهير 11 أبريل 1957 يوحد المحكمة العصرية مع المحاكم العادية بادماج الاولى في الثانية .

كما أحدث نفس الظهير بطنجة محكمة استينافية . وتوالت تدابير تنظيم المحاكم مستهدفة تحقيق مبدأ التوحيد، اذ ألغيت المحكمة العليا الشريفة وضمّت جميع غرفها الى محكمة الاستيناف بالرباط بمقتضى الظهير الصادر في 21 شتنبر 1957 وامتد تدبير التوحيد الى المنطقة التي كانت تابعة قبل الاستقلال للنفوذ الاسباني، فالغيت فيها المحاكم الاسبانية الخليفية وأدمجت فيها محاكم الصلح بمحاكم السدد والمحاكم الابتدائية العصرية بالمحاكم الاقليمية. ووجد القضاء استينافيا بدائرة اختصاص محكمة الاستيناف بطنجة التي أشرنا الى تاريخ احداثها . وقد نص على هذه المقتضيات ظهير 12 غشت 1958 وقرار وزير العدل المؤرخ ب 23 دجنبر 1959 .

(3) - التنظيمات القضائية الاولى في عهد الاستقلال :

(1) - المحاكم العادية :

بادر المغرب اثر تسليم فرنسا باستقلاله الى اتخاذ سلسلة من التشريعات والتدابير كمرحلة أولى في سبيل اصلاح وضع القضاء وتوحيده وتنظيمه على أسس جديدة نذكر منها حسب ترتيبها التاريخي :

(1) ظهير سابع مارس 1956 الذي جرد خلفاء الباشوات من اختصاصاتهم القضائية .

(2) - ظهير سابع مارس 1956 القاضي بالغاء القسم الجنائي العرفي الذي كان موجودا بالمحكمة العليا الشريفة وذلك تمهيدا لالغاء المحاكم العرفية .

(3) - ظهير 19 مارس 1956 الذي ألغى المراقبة على القضاة .

(4) - ظهير 14 أبريل 1956 الذي أحدث محاكم عادية تحل محل محاكم القواد والباشوات والمحاكم العرفية .

(5) - ظهير 25 غشت 1956 القاضي باحداث محاكم على رأسها حكام مفوضون في دائرة نفوذ المحاكم العرفية القديمة .

(6) - ظهير آخر في نفس التاريخ (25 غشت 1956) يقضي بانشاء محاكم للقضاة (أي المحاكم الشرعية التي كانت أطرها تحمل وحدها اسم القضاة) في نفس الدائرة المذكورة .

(7) - ظهير 8 دجنبر 1956 المنظم لمحاكم القضاة (المحاكم الشرعية) على طول تراب المملكة وعلى أسس جديدة .

(8) - وفي نفس التاريخ أنشئت أقسام اقليمية في دوائر المحاكم الاقليمية للبت استئنافية في الاحكام الصادرة عن محاكم القضاة .

(9) وفي 29 أبريل 1957 صدر الظهير المحدث لمحاكم الشغل التي حلت محل مجالس الخبراء التي كانت موجودة بمقتضى ظهير 16 دجنبر سنة 1929 .

وعلى ذلك اصبحت المحاكم العادية تقوم على ثلاث درجات :

- محاكم ابتدائية مكونة من المحاكم المفوضية، والمحاكم الشرعية، ومحاكم الشغل، والمحاكم العبرية أي المختصة في النظر في قضايا المواطنين اليهود .

- محاكم اقليمية حلت محل محاكم الباشوات والقواد في بعض الاختصاصات

تحت حكم قضاة فرنسيين، يطبق فيها تشريع مستمد من التشريع الفرنسي وتجري مداولاتها باللغة الفرنسية، على حين كان يطبق في محاكم الشمال تشريع مستمد من التشريع الاسباني، وتجري مداولاتها باللغة الاسبانية، وكان القضاء تحت النفوذ الدولي في محاكم طنجة. وكانت توجد بجانب ذلك محاكم الباشوات والقواد والمحاكم الشرعية، والمحاكم العبرية. اما في المنطقة الجنوبية فقد كانت توجد بالإضافة الى تلك المحاكم، المحاكم العرفية التي نشأت في عهد الحماية الفرنسية تطبيقا للسياسة البربرية .

لقد كانت المحاكم متنوعة الاختصاص على حسب المناطق من جهة، وعلى حسب جنسية المتقاضين، ونوعية القضايا من جهة اخرى، ولم تكن موحدة التشريع، وكانت تعمل بلغات مختلفة .

(2) - الاهداف التي رسمها المغرب لاصلاح القضاء والخروج به من الوضعية الموروثة عن النفوذ الاجنبي :

ان المبادئ التي أقرها القانون الذي نقيمه والمتلخصة في توحيد القضاء ومغربته وتعريبه أعلن عنها في فجر عهد الاستقلال كمبادئ لم تتبلور في اجراءات محدودة، فلم يفت جلالته المغفور له محمد الخامس أن يعلن بعد شهرين من الاستقلال وبالضبط في عاشر مايو 1956 قوله: «لقد وضعنا للقضاء المغربي نظاما جديدا يعيد اليه وحدته ولغته.»

كما ألفت جلالته النظر الى حالة المحاكم القائمة في ظل التعدد وتنوع التشريع في هذه الفقرة التي وردت في خطابه بتاريخ 12 أكتوبر 1956 بمناسبة افتتاح الدورة القضائية، والتي جاء فيها :

«ولقد مر عهد كان فيه القضاء مفكك الاوصال موزعا على أصناف من المحاكم شتى، متغايرة في الوضع والاتجاه والاختصاص والادارة، تسير حسب أنظمة ومساطر وقوانين متباينة تختلف باختلاف المناطق والاقضية، وكان هذا الاختلال في وضعية القضاء مضرا بالقضاء نفسه.»

الا أن التركيز كان في الغالب على مبدأ توحيد المحاكم أكثر مما كان منصبا على مغربتها وتعريب لغتها نظرا لفقد الاطر وحاجة المغرب في بداية عهد الاستقلال لاطر القضائية الاجنبية .

قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء تقييم قانون 26 يناير 1965 حول توحيد القضاء ومغربته وتعريبه

عبد الهادي بوطالب*

لاجدال في أن سن القانون الصادر الامر بتنفيذه في 26 يناير 1965 والمعروف بقانون توحيد القضاء (أو المحاكم) ومغربته وتعريبه مرحلة تاريخية حاسمة في سبيل دعم الاستقلال الوطني في ميدان حيوى هو ميدان القضاء . ذلك أن تحرير المحاكم من هيمنة القضاة الاجانب واخضاع جميع المتساكنين فوق ترابنا الوطني من مواطنين وأجانب لعدالة موحدة يسيرها مواطنون ويطبق فيها تشريع وطني وتسودها لغة البلاد وحدها هو مظهر آخر لحرص المغرب على طي ماتبقى من المراحل آنذاك لاستكمال سيادته على مجموع ترابه الموحد واستعادة ذاتيته وتثبيت شخصيته .

وقد قدر لي أن أعين وزيرا للعدل خلال سنة 1964 اثر مصادقة البرلمان بمجلسيه على هذا القانون، وأن أسهر على تطبيقه، الشيء الذي يعني أنني سأرتكز في هذا البحث على واقع معاش، وذلك مادفعني الى اختيار هذا الموضوع والمساهمة بدراسته في أشغال هذه المناظرة المخصصة لتقييم تطور القانون المغربي طيلة الربع القرن المنصرم على بداية الاستقلال .

(1) وضع القضاء عند اعلان الاستقلال سنة 1956 :

عند اعلان الاستقلال في بداية 1956 كانت وضعية القضاء تعكس واقع البلاد السياسي. فطبقا لتقسيم المغرب الى منطقة جنوبية خاضعة للحماية الفرنسية، ومنطقة في شمال المغرب، وأجزاء في أقصى جنوبه تحتوي طرفاية وايفني والصحراء المغربية - وكانت جميع هذه الاجزاء تحت النفوذ الاسباني -، ومنطقة طنجة الخاضعة لنفوذ دولي، عرف القضاء نفس التقسيم: فكانت محاكم الجنوب في أغلبها

* أستاذ بكلية الحقوق بالدار البيضاء .

هذا العدد لا يحتوي على كل العروض التي ألقيت خلال الندوة ، إذ أن كتابة التحرير لم تتمكن الا من نشر الدراسات التي توصلت بها داخل الأجل المحدد .
إن ترتيب المقالات الموجودة بهذا العدد يأتي بحسب ما ورد عرضها في برنامج الندوة.

كتاب التحرير

اللجنة السادسة : القانون الدولي الخاص

- 15 25 سنة من القانون الدولي الخاص المغربي جون دوبري
تطور القانون الدولي الخاص المغربي 1956 - بول دوکرو
16 1981
17 استراحة

اللجنة السابعة : قانون الشغل والضمان الاجتماعي

- منجزات 25 سنة من الاستقلال في قانون موسى عبود
الشغل
17.30
18.30 الضمان الاجتماعي في المغرب أمال جلال

اللجنة الثامنة : القانون القضائي

- المسطرة الجنائية عمر أبو الطيب
17.30

الاحد 17 ماي 1981

جلسة عامة

- 9 تطور القانون المغربي من خلال التشريع عبد العزيز الشرفاوي
10 حالة البحث حول القانون المغربي
11 استراحة
تبعية ومعرفة القانون المغربي : دفاع جديد عمر عزيان
11.30 حول علم الاجتماع القانوني
16 25 سنة من تدريس القانون المغربي عبد العزيز بن جلون
17 استراحة
18 التقرير العام عبد الرحمان القادري
عمر عزيان
مصطفى السحيمي

16	التصميم في المغرب: قانون، خطاب وممارسة	ألان كليس
	اللجنة الثانية : القانون الدولي العام والعلاقات الدولية	
	المساواة بين الدول أو المبدأ الذي يدك على	جان بيير كولان
9	عكسه	
	الحدود الدولية للمغرب من سنة 1856 الى	محمد بناني
10	1981	
11	استراحة	
	اتفاقيات التعاون بين المغرب والدول	الأحمدي
11,30	الأجنبية	
	اللجنة الثالثة : القانون الدستوري وعلم السياسة	
	سلطات القاضي المغربي في مراقبة دستورية	ادريس المرغيني
15	القواعد والقوانين	
16	تساؤلات حول مفهوم الخلافة حاليا.	الطاهر البحبوحي
	اللجنة الرابعة : الأحوال الشخصية وقانون الإلتزامات	
	مدونة الأحوال الشخصية بعد ربع قرن من	أحمد الخليلي
9	صدرها	ومولاي رشيد
10	المصلحة ومدى تأثيرها على قانون الأسرة	عمر الثاميني
11	استراحة	
11,30	تأملات في حدود قانون الإلتزامات والعقود	خالد عيد
	اللجنة الخامسة : قانون الأعمال والقانون الاقتصادي	
	ملاحظات حول أحكام الشيك في التشريع	علي العبيدي
9	المغربي من حيث النظرية والتطبيق	
10	تطور القانون البنكي	
11	استراحة	
11,30	من أجل قانون المقاولات في المغرب	العلوي المدغري
15	خبرة البنك الوطني للانماء الاقتصادي	الجرموني

جامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ندوة

ربع قرن من القانون المغربي

الجمعة 15 ماي 1981

9	الافتتاح وكلمة الترحيب	
9.30	زيارة معرض كتب القانون المغربي	
10	استراحة	
10.30	جلسة عامة	
	قانون 1965 حول مغربة وتعريب وتوحيد العدالة	عبد الهادي بوطالب
15.30	العدالة المغربية منذ الاستقلال	ادريس الضحاك
	استنتاجات حول 25 سنة من القانون	جاك روبير
16.30	الدستوري المغربي	
17.30	استراحة	
18	الدستور والقواعد الدستورية في المغرب	السحيمي

السبت 16 ماي 1981

	اللجنة الأولى : القانون الإداري والقانون الضرائبي	
	تأثير المقياس التنظيمي على معالجة المنازعات الادارية	ميشال روسي
9		
10	الوظيفة العمومية المحلية في المغرب	المودني
11	استراحة	
11.30	دراسة نقدية لقانون التعمير في المغرب	المكينسي
15	علاقة الدولة مع المقاولات في المغرب	أحمد الميداوي



كثير من الباحثين وسيحاول معالجة تطور القانون المغربي على مستوى المواضيع العامة أو الخاصة، كما أن المناقشات التي ستثير الموضوع أكثر بالنسبة للمشاركين خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار مستوى الجميع .

وأملني في الله أننا سنستفيد جميعا من الندوة، أساتذة، طلبة، ممارسون ومسؤولون .

شكرا لكم جميعا على حضوركم والسلام

تعد تسمح بدراسة بعض المشاكل الجديدة، وكذا بعض المواد المحدثة بالخارج . وقد أثار العاهل الكريم بنفسه الانتباه لبعض الثغرات التي توجد في القانون العام، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الخاص (2) .

وقد أخذت الجهات المعنية : من عمادة وأساتذة وطلبة ابتداء من 1974 في مباشرة استدراك التأخير وتحضير اصلاح للاجازة، فصدرت نصوص جديدة لاصلاح الاجازة (مرسوم 2 أكتوبر 1978 الذي ينص على نظام التعليم والامتحانات على مستوى الاجازة في الحقوق (3) .

فجاءت الاجازة الجديدة تستغرق أربع سنوات من الدراسة وتحتوي على مواد أكثر عدد من سابقتها، كما تؤكد على الاشغال التوجيهية والمراقبة المستمرة، وبكأسف لم يطبق الاصلاح بكامله بعد : نظرا لظروف خاصة منها قلة التأطير كما أن الاشغال التوجيهية عرفت نقصا في التنظيم، وذلك راجع لسوء التأطير وتغييب الطلبة، مما جعل المراقبة المستمرة مستحيلة، نظرا لمرقف الطلبة، وباختصار فان هناك مشاكل تربوية، وبالتالي يرفض تقييم النتائج نفسه .

السبب الثالث : هو أن القانون المغربي قد عرف بكل تأكيد تطورا منذ الاستقلال فكيف يظهر هذا التطور ؟ وهل يعتبر قانوننا الحالي أكثر تحررا مما كان عليه الأمر سنة 1956، أو أكثر سلطوية ؟ هل هو أكثر عقلانية أو مازال مستوحا من نظام معين ؟ لقد حان الوقت لتقييم النتائج .

وإذا أخذنا القانون الدستوري كمثال، فانه من الاهمية اللازمة تحليط المسار الدستوري في المغرب، لان هناك ثلاثة دساتير خلال عشر سنوات، حالة استثناء دامت بضع سنوات، حالات دستورية انتقالية استغرقت نفس المدة، استقرارا خاصا بالمؤسسات .

(2) فقلت لعמיד كلية الحقوق : اكثروا مأمكن من القانون العام في السنوات الاولى ثم مأمكن من القانون التجاري، اكثروا مأمكن من قانون الملاحة البحرية، اكثروا مأمكن من قانون التأمين خطاب صاحب الجلالة في الجلسة الختامية لندوة افران 11 - 15 مارس 1970 - جريدة الانباء بتاريخ 1970/3/17 .

(3) كذلك مرسوم 2 أكتوبر 1978 بشأن اصلاح نظام الدراسات والامتحانات بالنسبة للاجازة في العلوم الاقتصادية .

في سنة 1960 (1) أحدثت اجازة مغربية، ولكن يجب التنبيه الى أن الاساتذة الذين وضعوا القواعد المتعلقة بها كانوا في مجموعهم فرنسيين، ولو حاولوا الانتصاف بالموضوعية، فانهم استمروا في النظر اتجاه فرنسا والميول الطبيعي لدولتهم ووسطهم النشيط .

وعلى ذلك، فهناك خطوة انجزت تمشيا مع التنظيمات الجديدة المطبوعة بالطابع الاسلامي أو ذات النموذج المغربي، وأدخلت ضمن نظام التدريس، كما أحدث القسم العربي :

مثلا :

- في السنة الاولى والسنة الثانية، قررت النصوص بالنسبة للشعبة القانونية
تدريس :

- النظرية العامة للشريعة الاسلامية

- مصادر الشريعة الاسلامية

- في السنة الثالثة قررت النصوص كذلك :

نظرية الشريعة الاسلامية (الموارث والعقارات غير المحفظة)

هناك بعض المواد الجديدة نص المشرع على تدريسها أخذاً بعين الاعتبار بعض المعطيات الوطنية والعربية والافريقية، وبصفة خاصة: الجغرافية الاقتصادية (السنة الاولى علوم سياسية) اقتصاد شمال افريقيا والشرق العربي (السنة الثانية علوم سياسية) الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول السائرة في طريق النمو (السنة الثالثة علوم سياسية) .

وهناك امتياز آخر اتخذ بالنسبة للاجازة هو كون مدة تدريسها تستغرق ثلاث سنوات، وذلك لاجل السماح بتكوين سريع للاطر التي تحتاج لها الدولة .
ولكن ابتداء من السبعينات بدأت الاجازة المغربية تعرف بعض العراقق، فلم

(1) قرار وزير التربية الوطنية الصادر ب 25 أكتوبر 1960 بشأن نظام الدراسات والامتحانات على مستوى الاجازة في الحقوق، وكذا قرار 2 يوليوز 1961 المتعلق بالاجازة في الحقوق (العلوم السياسية) .

بدأت الدراسات في أكتوبر 1960، والجامعة المغربية التي أحدثت نص على تنظيمها ظهر 21 يوليوز 1959 .

ويشكل الطلبة الاقتصاديون نسبة الثلث تقريبا، أما طلبة العلوم القانونية فيزيد عددهم على العشرين ألف ...

العدد			الكليات
المجموع	الاجانب	المواطنين	
12 625	128	12 497	الدار البيضاء
5 620	175	5 445	فاس
1 543	29	1 514	وجدة
1 981	27	1 954	مراكش

وإذا أضفنا ثقل الطلبة الاقتصاديين، تكون كلية الحقوق بالرباط وحدها تضم 15 000 طالبا، في الوقت الحالي، فهل يبتغى هذا العدد لمؤسسة التعليم العالي ؟ ان القواعد المعترف بها دوليا، تنص على أن عدد طلبة أي كلية يجب أن يتراوح بين 2 000 و4 000 طالبا في حده الأقصى، وقد تجاوزنا هذا العدد بكثير . مما طرح عدة مشاكل ادارية تزداد تعقيدا شيئا فشيئا مما يصير معه التنظيم صعبا، فلك هذا يفرض القيام بتقييم النتائج .

والسبب الثاني الذي دعى لتنظيم هذه الندوة : هو أن تدريس القانون بهذه الاعداد عرف أزمة، ان السببين متصلين بطبيعة الحال، ولكن لغاية التبسيط يمكن مؤقنا فصل التعليم عن المعنيين بالامر .

لقد تحمل الطالب في الحقوق كثيرا من الاصلاحات : فقبل الاستقلال درس القانون الفرنسي، كما لو كان في مدينة «بورديو» وكانت الاصلاحات المتخذة هناك تفرض عليه حين يريد اجتياز الامتحانات .

ندوة حول « ربع قرن من القانون المغربي »

خطاب الافتتاح

السيد عبد العزيز بن جلون عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط

ان كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية لمسرورة باستقبالكم في
بنايتها المتواضعة بمناسبة ندوتنا الأولى من هذا النوع .
ان البعض منكم قد سبق له تشريفنا بحضوره في ندواتنا وحلقاتنا
الدراسية... قانون البحار (1978)، التبعية والتنمية 1980... والبعض الآخر أتى
لاول مرة .

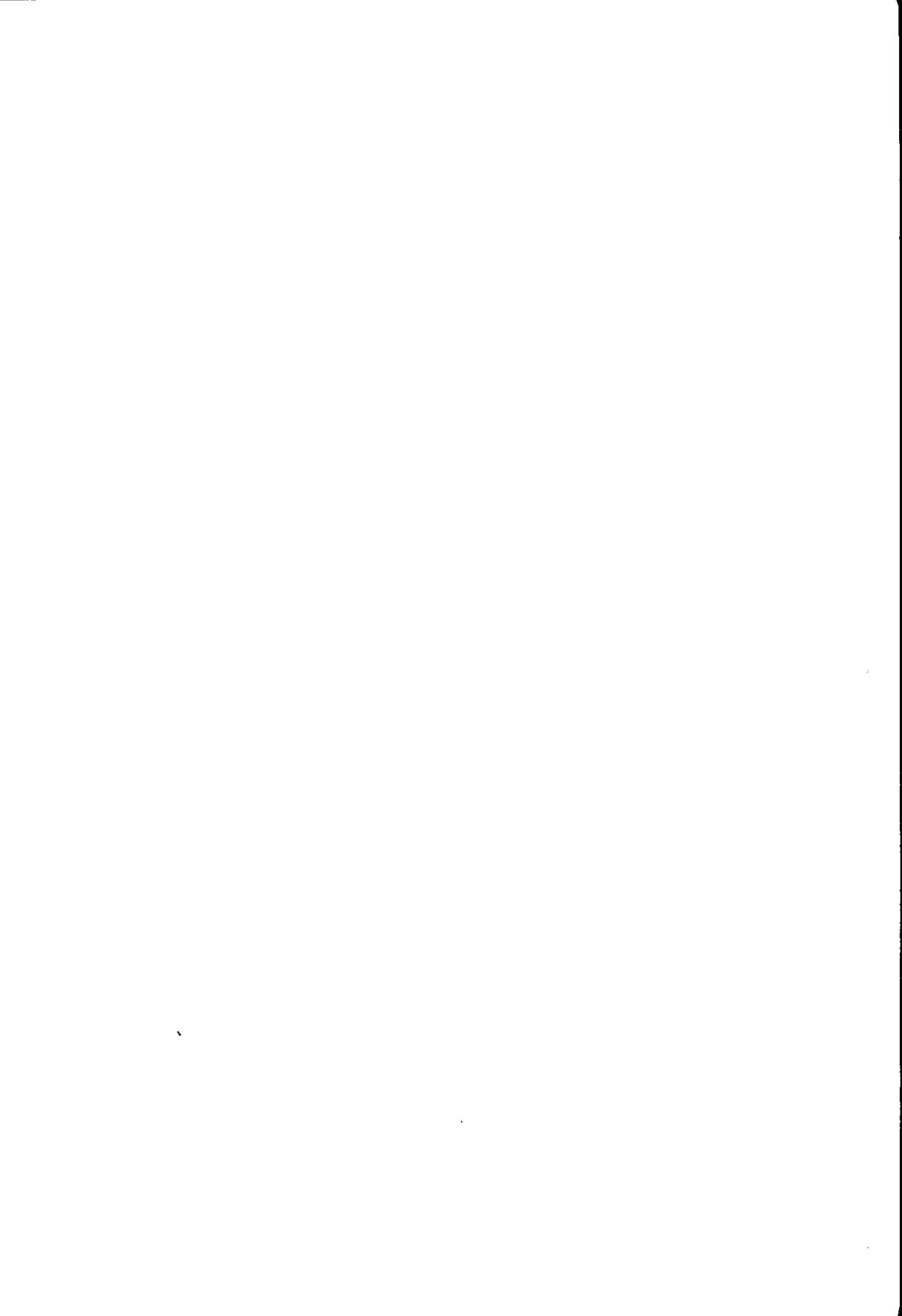
ان لجنة الندوات حبذت فتح أبواب الكلية أكثر، رغم أن هذه الاخيرة لم
تتعود على استقبال كثير من الشخصيات ... والسبب في ذلك هو أن موضوع الندوة
يتصف بالعمومية كما أنه يتصل بما يمكن أن نسميه ب «الثقافة القانونية» .

«25 سنة من القانون المغربي» لماذا هذه المرحلة؟ هناك ثلاثة تجبيرات :

ففي البداية، وبصفة متوازية مع بعض المؤسسات أو الوزارات الاخرى تود كلية
الحقوق أن تقوم بعملية تقييم النتائج، لان ربع قرن يعتبر مرحلة طويلة نسبيا لانها
تساوي تقريبا جيلا بكامله، كما يمكنها أن تشمل خمسة تخطيطات خماسية ... واذ
قمنا بجرد الاحصائيات، فسيكون من اللازم الوقوف عندها لمعرفة الى أين نسير :

في سنة 1979 - 1980 وصل عدد المسجلين بالكلية الى 14864، منها
14084 من المواطنين و780 من الاجانب .

واذا أضفنا عدد الطلبة المسجلين في الكليات الاخرى، كانت الوقفة أكثر لزوما



المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد
تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط

المدير : عبد العزيز بن جلون

كتابة التحرير :

ميشال الزراري، عزيز حسبي - محمد الناجي

اللجنة العلمية :

مولاي ادريس العلوي - عبد العزيز بلال - سعيد بلبشير - محمد
بناني - محمد بنونة - أحمد شكري - محمد الادريسي العلمي - جلال أمل
- محمد جلك - عبد الرحمان القادري - عمر مكاوي - فتح الله ولعلو .

لجنة التحرير :

عمر عزيمان - ادريس بن علي - محمد رجاء العمراني - حبيب
المالكي - عبد القادر القادري - أحمد الخمليشي - عبد اللطيف المنوني -
عزيز حسبي - عبد الله ساعف .

الإدارة والتحرير :

صندوق البريد 721، شارع الأمم المتحدة - الرباط - أكداك .

الاشتراك :

المغرب : 40 درهما .

الخارج : 60 درهما .

اشتراك خاص بالطلبة : 24 درهما .

كيفية الأداء :

تدفع قيمة الاشتراك في الحساب البريدي رقم 45 634 - كلية
العلوم القانونية والاقتصادية - صندوق البريد رقم 721 - الرباط - أكداك .

طبع بدار النشر المغربية
13-5 زقة أجندي روش الدائر لبيضاء

رقم الإيداع القانوني 7/76

العدد 10 - النصف الثاني من سنة 1981

المجلة المغربية
للقانون
والسياسة
والاقتصاد

المجلة المغربية للقانون
والسياسة والاقتصاد

مجلة تصدرها مرتين في السنة كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بالرباط