
De la réformabilité des normes islamiques au Maroc. La question de l'héritage

Mohammed Mouaqit



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1142>

DOI : 10.4000/rdr.1142

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 9 juillet 2020

Pagination : 143-158

ISBN : 979-10-344-0065-2

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Mohammed Mouaqit, « De la réformabilité des normes islamiques au Maroc. La question de l'héritage », *Revue du droit des religions* [En ligne], 9 | 2020, mis en ligne le 18 mai 2020, consulté le 20 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1142> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1142>



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

DE LA RÉFORMABILITÉ DES NORMES ISLAMIQUES AU MAROC. LA QUESTION DE L'HÉRITAGE

Mohammed MOUAQIT

Université Hassan II, Ain Chok, Casablanca

RÉSUMÉ

Le dispositif normatif régissant l'héritage dans les pays musulmans est-il réformable? La question met en jeu la normativité religieuse/fiqhiste dans un cadre juridique positiviste. La norme religieuse/fiqhiste, sécularisée dans sa forme (positivisation) est sécularisable dans son contenu par la réforme. Au Maroc, la réformabilité de l'héritage est favorisée par les pratiques sociales de contournement de la norme qui reflètent une tendance à la non-discrimination entre héritiers. Ces pratiques fragilisent socialement, mais non dogmatiquement, la norme. La pensée fiqhiste qui privilégie la finalité de la norme contre sa littéralité tente d'atténuer cette dogmaticité. En définitive, la réformabilité de l'héritage met en cause la capacité du politique à traduire sa « logique » de primauté sur le religieux.

ABSTRACT

Is the normative framework governing inheritance in Muslim countries reformable? The question involves religious/fiqhist normativity within a positivist legal framework. The religious/fiqhist norm, secularized in its form (positivization) is secularizable in its content by the reform. In Morocco, the reformability of inheritance is promoted by social practices of circumvention of the norm, which reflect a tendency towards non-discrimination between heirs. These practices weaken the norm socially, but not dogmatically. The fiqhist thinking, which favours the purpose of the norm over its literality, attempts to mitigate this dogmaticity. In the end, the reformability of heritage questions the ability of politicians to translate their "logic" of primacy over religion.

La normativité du fiqh¹ et, à travers elle, de la sharī'a, continue à être constitutive de la réalité des systèmes juridiques nationaux dans le monde musulman en général et au Maghreb en particulier. Cette normativité pèse en particulier sur le domaine de la famille. Cependant, elle ne s'exerce plus dans le cadre socio-politique de son origine. Elle est désormais inscrite dans le cadre historique de l'État national qui fait du positivisme juridique sa marque de modernité. Ce nouveau cadre détermine la dialectique du système juridique et normatif, dont l'enjeu en définitive est la capacité de l'État à affirmer son pouvoir normatif. La dialectique induite par la combinaison d'une normativité positiviste et d'une normativité fiqhiste se manifeste par deux effets: d'un côté, l'État national positiviste limite la normativité du fiqh, au point de la réduire au domaine de la famille. De l'autre, la normativité du fiqh continue à hypothéquer la capacité réformatrice de l'État. Cette dernière a été mise à l'épreuve ces derniers temps au Maroc et s'est illustrée, sous le nouveau règne de Mohamed VI, par la modification significative et substantielle de l'ancienne *Moudawwana*, à laquelle s'est substituée le nouveau Code de la famille, promulgué en 2004, et ce en dépit d'un contexte marqué par l'islamisme politique. Mais l'État a également, à l'occasion, reconnu ses limites. Dans son discours de présentation du projet du nouveau Code de la famille, le « Commandeur des croyants » avait affirmé ne pouvoir « rendre licite ce qui est illicite, et illicite ce qui est licite ». Cet aveu de la limite de l'État à l'égard de la normativité fiqhiste fut énoncé, implicitement, à propos de la question de l'égalité en matière d'héritage. L'aveu de cette limite n'est cependant pas irrémédiablement hypothéquant. Dans ses derniers retranchements, la normativité fiqhiste semble accuser aussi ses limites. Réduite pratiquement au seul domaine de la famille, positivisée dans sa forme, médiatisée dans son application par des juges et par des interprètes au profil moderne de juristes positivistes, la normativité fiqhiste est transformée, voire affaiblie.

C'est dans ce cadre que s'inscrit, au Maroc ou ailleurs dans certains pays musulmans (comme la Tunisie ou l'Algérie), la question de la réformabilité de l'héritage. La dialectique induite par la réalité de l'État national n'est pas faite d'un rapport équilibré entre les deux types de normativité constitutifs de l'ambivalence du système juridique. Le déséquilibre est plutôt en faveur du cadre positiviste du système juridique. L'hypothèse générale qui permet de rendre compte de cette dialectique est que la normativité fiqhiste est

1. Le terme « fiqh » correspond à ce que l'on appelle le « droit islamique ou musulman ». Il est constitué de deux ensembles: d'une part, des fondements des normes (*ûcûls al-fiqh*), d'autre part de l'ensemble des règles dérivées par l'interprétation de ces fondements et de leur application (*fûrû' al-fiqh*).

désormais inscrite dans un rapport inégal qui l'amène à se fragiliser dans sa fonction de source du droit et dans la légitimité de son contenu. La réalité de l'État national est porteuse d'une « logique » de la primauté du politique qui ne peut s'accommoder de l'hypothèque qu'exerce la normativité fiqhiste sur le système juridique et sur la capacité de l'État à légiférer. La réformabilité de l'héritage repose sur cette « logique » étatique. Mais celle-ci ne suffit pas à rendre possible le changement normatif. Ce dernier est fonction aussi d'un facteur sociologique, à savoir le rapport d'adéquation de la norme à la réalité sociale à laquelle elle s'applique. Le positivisme étatique s'adosse à une dialectique sociale dans laquelle la norme fiqhiste tend à être relativisée par la pratique sociale, qui prend souvent la forme d'un contournement de la règle. Mais à son tour, la pratique sociale ne suffit pas à délégitimer la norme. Il faut tenir compte d'un autre élément, à savoir l'idéologie. La réformabilité de l'héritage est en effet aussi fonction de la configuration du champ idéologique dans lequel elle devrait puiser sa légitimité. Comme ce champ idéologique fonctionne largement au moyen de la légitimation religieuse, le registre argumentaire dans lequel le discours de la réforme s'inscrit est à dominante fiqhiste/théologique. Mais la légitimation fiqhiste/théologique est aussi affectée par les transformations induites par la réalité de l'État national. La norme fiqhiste se trouve de plus en plus métabolisée par le fait qu'elle est désormais médiatisée par une « raison » juridique largement modelée dans la logique du positivisme juridique. Par cette médiatisation, la normativité fiqhiste fait l'objet d'un travail interprétatif qui relève d'un « Ijtihād » (« effort d'interprétation ») qui tend à la rendre de plus en plus formelle et contestable. C'est au travers de la fragilisation, sociale et idéologique, de la norme fiqhiste que la « logique » étatique parvient à rendre cette dernière réformable. Y parviendra-t-elle en matière d'héritage ?

1. L'HÉRITAGE ENTRE NORME ET PRATIQUE SOCIALE

La réformabilité d'une norme est fonction de sa contestabilité sociale. A priori, le degré de conformation de la pratique sociale devrait être proportionnel à la dogmaticité de la norme qui la régit lorsque celle-ci est encore investie de sacralité par les acteurs sociaux : plus cette dogmaticité est forte, comme c'est le cas de la norme religieuse, plus la conformation de la conduite sociale des individus devrait l'être, et plus la norme est faible en valeur de sacré, plus faible devrait être le sentiment d'obligation à son égard et donc plus important l'écart entre elle et la pratique sociale. La sociologie nous apprend toutefois qu'il n'y a jamais d'adéquation entre la norme et la réalité.

Certes, ce rapport d'adéquation ne peut être jamais nul, sinon le rôle du droit comme régulation de l'ordre social et politique n'aurait plus de crédibilité, encore moins de sens. Mais l'écart entre la norme et la pratique sociale est une donnée sociologique certaine. Cet écart nous renseigne aussi bien sur la capacité de la norme à déterminer les comportements sociaux que sur la capacité des individus et de la société à se reconnaître ou non dans la norme. Comme, dans une société à forte prégnance religieuse, la norme religieuse ou d'émanation religieuse présente, a priori, un degré de dogmaticité plus fort que celui de la norme positive, on devrait s'attendre à ce que le degré d'adéquation de la conduite sociale soit fort. En fait, la norme religieuse n'échappe pas à un certain écart avec la réalité. L'absence d'adéquation se vérifie tout aussi bien dans le cas de la norme positive que dans celui de la norme religieuse ou d'émanation religieuse. Cela est de nature à nous renseigner sur le caractère problématique de cette norme religieuse. Tout contournement n'est pas cependant sociologiquement significatif. Quand il est un procédé légalisé et « organisé » par elle, il amortit le caractère problématique de la norme et retire à la pratique sociale tout caractère subversif. L'écart entre la norme et la réalité ne peut être significatif que s'il est le produit d'une conduite sociale qui prend quelques risques avec la norme par sa dissonance et sa dissidence, par exemple le risque pour l'acteur de s'exposer à l'annulation de ses actes quand il contrevient aux conditions de validité de ces derniers. Il convient donc d'identifier ce qui, dans cet écart, est significatif d'une évolution en profondeur de la société et de nature à souligner la réformabilité de la norme.

Le premier écart à relever ne rentre pas dans la catégorie des contournements favorables à l'égalité en faveur des femmes, comme ceux qui tendent à une plus grande justice dans la répartition des biens légués envers les filles légataires. Il s'agit de la pratique de l'exhérédation, qui consiste dans la neutralisation pure et simple de la norme religieuse qui reconnaît aux femmes le droit d'hériter de la moitié de la part de l'héritier mâle. Ce premier type de contournement est cependant significatif de conduites dissidentes à l'égard de la norme religieuse. La pratique en question est révélatrice du fait que la normativité de la norme religieuse est moins fonction de sa dogmaticité que de l'intérêt des acteurs sociaux, les hommes en l'occurrence, à se conformer à la règle. Comme la norme religieuse reconnaissant aux femmes une part d'héritage ne coïncide pas avec l'intérêt patriarcal tribal ou clanique à la stabilité du patrimoine territorial, elle a été neutralisée et l'est encore².

2. V. le livre classique de G. TILLION, *Le Harem et les cousins*, Paris, Seuil, 1966.

De plus, cette neutralisation n'est pas restée limitée au seul contexte tribal. Par le contournement légalisé et organisé de la norme de principe, sous la forme juridique du « habous » ou « biens de mainmorte » (qui échappent à la succession), la « domination masculine³ », désormais disjointe de la structure sociale tribale et identifiée idéologiquement au système patriarcal, peut trouver dans cette institution la base de sa perpétuation. Le maintien dans le dispositif législatif (anciennement la *Moudawwana* et aujourd'hui la *Moudawwanat al-ûsra* ou Code de la famille) de ce moyen de contournement légal de la norme, associé à un contenu législatif qui consacre encore dans certaines de ses dispositions le privilège du mâle, comme avec la règle relative au « ta'âsib » (règle du « privilège agnatique » qui prive les héritières sans frère du bénéfice de la totalité des biens laissés par leurs parents et les oblige à les partager avec des parents mâles même éloignés), est ainsi, dans la réalité ou la potentialité de ses effets, en porte-à-faux avec une évolution sociale et un réformisme législatif délégitimateur du patriarcalisme et de la domination masculine.

Mais d'autres pratiques sociales de contournement sont autrement significatives et tendent elles aussi à la fragilisation de la législation en vigueur. Ces pratiques sociales dissonantes ou dissidentes sont mues cette fois-ci par une axiologie de l'égalité⁴ et sont sociologiquement liées à la réalité de la famille nucléarisée. Par sa tendance à une structuration sur une base plus égalitaire, la famille nucléarisée entraîne une crise du modèle hiérarchique, patriarcal et inégalitaire de la « grande famille » traditionnelle. C'est dans le cadre de ce modèle familial que les pratiques sociales de contournement s'avèrent significatives⁵. Des possibilités juridiques comme la vente fictive, la donation et le testament permettent en effet une certaine modulation de la règle de l'inégalité des parts. Le testament ne pouvant cependant aller au-delà d'une certaine proportion, c'est la vente fictive et la donation qui tendent à constituer en

3. P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 2002.

4. En l'absence d'études sociologiques précises, on ne peut savoir quelle est l'ampleur de cette pratique et sa ventilation selon les catégories ou classes sociales.

5. Il n'existe pas d'étude sociologique qui puisse renseigner sur cet aspect. Il existe cependant des études sur le changement dans la structure familiale et la nucléarisation : A. LFARAKH, « La famille, ses droits, sa composition et sa structure. Structures familiales et stratégies matrimoniales », in ROYAUME DU MAROC. CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES DÉMOGRAPHIQUES, *Population et développement*, 1998, p. 107-119 ; R. BOURQIA, « Valeurs et changement social au Maroc », *Quaderns de la Mediterrània*, 13, 2010, p. 105-115 : http://www.iemed.org/publicacions/quaderns/13/qm13_pdf/14.pdf [consulté le 28 janv. 2020] ; HAUT-COMMISSARIAT AU PLAN, *Famille au Maroc : les réseaux de la solidarité familiale*. Ch. 1. Structures et caractéristiques des familles au Maroc, 2005 : <https://www.hcp.ma/file/103197/> [consulté le 28 janv. 2020].

pratique les moyens de contournement les plus utilisés. Elles permettent de contourner à la fois la règle des parts inégales et la limitation du recours au testament⁶. La dissidence signifiée ou signifiable par ces pratiques se reconnaît par exemple au risque d'annulation auquel s'expose l'acte testamentaire qui va au-delà de ce que la norme religieuse admet, risque susceptible d'être couru plutôt en raison de l'ignorance de son auteur que de la volonté déterminée de ce dernier de faire fi de la norme, mais néanmoins pouvant être significatif d'une intentionnalité de « justice » qui l'animerait (un testament qui léguerait plus du tiers de la succession en faveur d'un héritier ne serait pas juridiquement valide ; il serait cependant significatif d'une intentionnalité favorable si le testament bénéficie à un légataire de sexe féminin).

La pratique sociale de contournement de la norme religieuse peut aussi être liée à l'existence de mariages mixtes⁷. Ces mariages sont régis par la règle selon laquelle il n'y a pas de vocation successorale entre un musulman et un non-musulman. Ici, le contournement de la norme islamique/fiqhiste suppose, de la part de tous les acteurs, une conscience assumée de la ruse, de l'amoralité et peut être de la mauvaise conscience de la part de ceux qui s'y adonnent. Cette pratique peut prendre les formes suivantes :

- la conversion formelle, effective au moment de la conclusion de l'acte de mariage : des épouses de confession chrétienne recourent parfois à une conversion « administrative » auprès d'un « 'adoul » (notaire), qui leur remet un certificat. La procédure est rapide et peu coûteuse (il suffit que l'intéressé prononce la *shahâda* pour que la conversion soit effective) ;
- l'établissement a posteriori, par témoignage, de la confession musulmane du défunt : pour contourner la règle selon laquelle un musulman ne pourrait hériter d'un non-musulman, douze adultes peuvent être réunis en présence de « 'adouls » pour témoigner que le défunt observait de son vivant les préceptes de l'islam, tels que la prière, le fait de célébrer les fêtes musulmanes, le jeûne, la zakat, etc., pratique semble-t-il assez courante, favorisée par le fait qu'elle n'est pas susceptible de vérification ;

6. Il n'existe pas d'étude sociologique empirique susceptible de renseigner sur ces pratiques sociales. On peut cependant lire : M. EL AYADI, « Droit et pratiques successorales », in H. RACHIK (dir.), *Contester le droit. Communautés, familles et héritage au Maroc*, Casablanca, La Croisée des Chemins, 2016.

7. Le mariage mixte est statistiquement peu important, mais juridiquement problématique par ses conséquences. Selon les chiffres avancés par le ministère de la Justice, 5000 mariages en moyenne entre Marocains – dont plus des deux tiers sont des femmes – et étrangers (pas d'autres précisions) sont enregistrés. V. « Mariages mixtes 5000 unions... pour combien de concubinages ? », *L'Économiste*, 9 oct. 2015 : <https://leconomiste.com/article/978360-mariages-mixtes-5000-unions-pour-combien-de-concubinages> [consulté le 28 janv. 2020].

– enfin, ce que l'on peut appeler le « switch confessionnel » : les enfants musulmans dont l'un des parents est non-musulman, après liquidation de la succession du parent ou du conjoint musulman, ont la possibilité de se convertir à la religion de l'ascendant non-musulman pour hériter de l'autre partie de la succession, la loi marocaine n'incriminant pas l'apostasie (ce ne peut être le cas que d'un mariage mixte interconfessionnel entre un musulman et une non-musulmane, la musulmane ne pouvant se marier à un non-musulman que si ce dernier se convertit à l'islam). Cette possibilité, difficilement illustrable par la pratique, est pourtant suggérée par un magistrat⁸.

Le caractère subversif ou dissident de ces pratiques est toutefois atténué du fait que ces dernières procèdent des possibilités internes à la norme fiqhiste elle-même. Corrélativement, la mise en cause de la norme est affaiblie. Il y a là une différence avec la norme positive. Quand une norme positive peine à être applicable, elle tend à la caducité en attendant une modification législative. Mais la « caducité » est une catégorie juridique du droit positif et de la « raison positive », non de la norme religieuse et de la raison fiqhiste. La non-application de la norme religieuse n'est pas de nature à entraîner sa caducité, car la volonté de Dieu n'est pas susceptible d'être caduque. La norme religieuse conserve en sa littéralité le caractère absolu de la volonté divine qui l'a instaurée. De ce fait, la norme n'est pas mise en cause et ne se prête pas à la caducité qui la rendrait dépassable éventuellement par une nouvelle législation. La norme contournée ne perd pas de sa dogmaticité. Au contraire, le contournement de la norme est ce qui atteste de sa dogmaticité « inébranlable ». Ne pouvant être mise en cause dans sa littéralité et dans sa vérité absolue, la norme ne laisse d'autre possibilité à son anachronisme ou à son inadéquation que son contournement. La dogmaticité de la norme constitue en conséquence un niveau propre d'enjeu de sa réformabilité. La réformabilité de la norme religieuse est fonction de la contestabilité de sa prétention à la dogmaticité. L'enjeu ici est inévitablement idéologique.

8. Cette ruse est suggérée par un magistrat, qui l'évoque à un journaliste avec qui il s'est entretenu. V. H. EL ARIF, « La loi marocaine interdit l'héritage entre musulmans et non-musulmans. Des montages existent pour contourner l'interdiction », *L'Économiste*, 8 oct. 2015. Le journaliste rapporte le propos suivant : « Une fois que les héritiers auront exécuté la succession appartenant à leur parent ou conjoint musulman, ils ont la possibilité de se convertir à la religion de l'ascendant ou du partenaire non-musulman pour hériter de l'autre partie de la succession. En effet, la loi marocaine ne punit pas le changement de religion, mais le prosélytisme » : <https://www.leconomiste.com/article/978283-mariages-mixtes-les-heritiers-pieges-par-le-code-de-la-famille> [consulté le 28 janv. 2020].

2. LE CADRE IDÉOLOGIQUE DE LA RÉFORMABILITÉ DE L'HÉRITAGE

La réformabilité de l'héritage est aussi fonction de la configuration du champ idéologique. Au Maroc, l'idéologie de l'État national dans le contexte du lendemain des Indépendances est une combinaison entre un nationalisme moderniste et un salafisme réformiste (dont Mohamed Abdû et Al-Afghânî, deux penseurs majeurs de l'époque de la Nahda, en ont été les représentants). Ces deux composantes idéologiques ne sont pas nettement distinctes, de sorte que leurs représentants intellectuels et politiques présentent de fortes ressemblances. Leur démarcation se joue sur des points de différences ou de divergences sur certains enjeux. Le nationalisme moderniste était représenté par la figure intellectuelle et politicienne du leader du Parti de la Démocratie et de l'Indépendance (PDI)⁹, Mohamed Ben Hassan El-Ouazzânî (MHO). Le salafisme réformiste était représenté par la figure intellectuelle et politicienne du Parti de l'Istiqlâl (PI), 'Allâl El-Fâssî. Le premier était, à la différence du second, d'une moindre assise politique et sociale. Le réformisme de ce dernier a été en général en deçà du réformisme du premier. Entre ces deux figures, la différence s'est située, entre autres, sur la question de l'héritage. C'est dans le sillage du nationalisme moderniste de MHO que la revendication de l'égalité en matière d'héritage fut initiée. L'association des « Akhawât al-safâ » (les « Sœurs de la pureté »), qui était rattachée au PDI, exprima la première cette revendication en 1957. 'Allâl El-Fâssî fut « seulement » favorable à l'abrogation de la polygamie.

C'est au sein de cette configuration idéologique que le réformisme de l'État national s'est inscrit et continue à s'inscrire. L'État a rendu possible, à la faveur de cette configuration, l'édification d'un système normatif positif et la positivisation de la norme fiqhiste. Celle-ci a connu une véritable réduction de son champ de couverture. Cependant, le salafisme réformiste a maintenu et entretenu la normativité fiqhiste, laquelle a continué à inhiber la capacité réformatrice de l'État lorsqu'il s'est agi de toucher en profondeur son contenu axiologique, surtout en matière de législation familiale. Au moment de la codification du droit du statut personnel en 1958, le salafisme réformiste de 'Allâl El-Fâssî, qui avait déjà du mal à faire accepter l'abrogation de la polygamie (qu'il pensait possible à la fois pour des raisons d'opportunité et pour des raisons dogmatiques) et qui devait échouer en définitive à y

9. Ce parti n'est pratiquement plus représenté dans le champ partisan et politique, et l'apparence d'existence qu'il a ne correspond plus à l'héritage intellectuel et idéologique de son leader historique.

arriver, ne pouvait a fortiori modifier le dispositif des règles relatives à l'héritage, d'autant plus dogmatisé qu'il est le dernier bastion de la normativité fiqhiste. Comme le conservatisme politique a longtemps coïncidé avec le conservatisme clérical, le salafisme réformiste s'est traduit par l'immobilisme juridique. Ce n'est que vers la fin du règne du roi Hassan II que le salafisme réformiste de l'État a pu se traduire par quelques changements juridiques peu substantiels. Il a fallu qu'il coïncide avec le « mobilisme » (par opposition à immobilisme) politique et le modernisme social du nouveau roi Mohammed VI pour devenir conséquent et significatif dans le domaine de la famille. Le Code de la famille de 2004 en est le produit. Ce réformisme a marqué et marque à nouveau sa limite, précisément à propos de la question de l'héritage. On pourrait penser que cette limite est liée au contexte dominé par l'islamisme politique. Ce n'est pas cependant le cas. En matière d'héritage, l'islamisme politique est en congruence avec le salafisme réformiste. L'islamisme politique ne fait que prolonger les limites du salafisme réformiste. Par ailleurs, la normativité fiqhiste ne manque pas d'ancrage dans la motivation et la sensibilité religieuses d'une grande partie de la société et dans la conviction qu'elle est constitutive de l'identité islamique de l'État. L'islamisme politique donne certes à cet ancrage une amplification idéologique et une expression politique, il ne le crée pas cependant. Il ne fait que refléter l'écart qui a marqué et qui marque le rapport de l'État à la société : le positivisme juridique à tendance séculariste est plus favorisé par l'État que par la société.

Cependant, la configuration idéologique des années soixante et soixante-dix a évolué. S'autonomisant de son ancrage nationalitaire, le modernisme a pris une expression et un contenu idéologiques plus sécularistes et est devenu une composante, certes élitaire, mais suffisamment pesante par sa dynamique. C'est à cette composante, avec à sa tête le mouvement féministe, qu'on doit la réforme de la *Moudawwana*. Avec cette composante, la « société civile » a favorisé la constitution d'un « input » réformiste qui a exercé une contrainte de changement et qui, à la faveur d'un certain modernisme social porté par le nouveau règne, a débouché sur un réformisme significatif. C'est cette composante qui donne aujourd'hui une amplification significative à la revendication d'égalité en matière d'héritage. Le modernisme séculariste de cette composante va de pair avec une culture juridique positiviste et une opposition au fiqhisme. Mais si ce modernisme séculariste est suffisamment important pour inscrire dans l'espace public de nouveaux enjeux et contraindre les autres composantes de la société à se justifier et à justifier les normes dont elles se réclament, il ne l'est pas suffisamment pour légitimer ses revendications,

de sorte que l'argumentation tend à se situer inévitablement sur le terrain et dans le registre de la pensée fiqhiste. Le discours moderniste tend, de ce fait, à être mâtiné d'argumentation fiqhiste. Celle-ci puise fortement dans le discours « maqâcidî » (de « maqâcid », qui signifie « finalités », par opposition à la littéralité, de la norme ; sa référence historique est l'« école » d'Al-Shâ-tibî), très en vogue ces derniers temps. Ce discours semble constituer le cadre dans lequel la question de l'héritage est susceptible d'être résorbée. Ce n'est pas cependant le cas. Le discours « maqâcidî » peut se confondre avec une position anti-réformiste. C'est le cas avec le « *alim* » Ahmed Raïssounî, idéologue islamiste qui a officié un moment comme chef du MUR (« Mouvement de l'Unité et de la Réforme »), proche du parti islamiste « Parti de la Justice et du Développement » (PJD), qui assure actuellement la direction de la coalition au Gouvernement. Il en est autrement avec le juriste positiviste-*faqih*. Ahmed El-Khamlichi, qui assume les fonctions de directeur de Dar al-Hadîth al-Hassaniyya¹⁰, en est la figure représentative. C'est un juriste formé au positivisme juridique kélsénien des facultés de droit qui officie dans le domaine du droit de la famille. Ce nouveau type de clerc est, d'une part, en accointance avec le discours séculariste, d'autre part porteur de la « logique » du politique¹¹. El-Khamlichi fait reposer la réformabilité de l'héritage sur deux types d'arguments : d'un côté, un argument formel et procédural : « Ce sur quoi nous devons réfléchir en cas de divergence dans n'importe quel sujet, ce n'est pas sur l'avis de chacun, mais sur *comment trancher les divergences* [souligné dans le texte]. [...]. Certains affirment que le verset sur l'héritage est catégorique, alors que d'autres refusent cette qualification. Devons-nous arrêter là ? Il s'agit là aussi d'une divergence d'avis et elle ne se limite pas à la question de l'héritage » ; de l'autre, un argument de fond : « *Tous les sujets peuvent être débattus* et il n'existe pas de différence entre les questions politiques et non politiques. [...]. Mais en pratique, il [l'argumentateur] doit se soumettre à la majorité¹² ». Dans une de ses conférences, le professeur Khamlichi éclaire plus sa position de fond. Pour lui, l'héritage est une sorte de rente. Le verset qui attribue aux hommes le double des parts dédiées aux femmes a été prescrit à une époque où les femmes étaient à la charge

10. Créé en 1964, Dar al-hadith al-hassania est un établissement d'enseignement supérieur en sciences religieuses et de formation de cadres religieux. Sa création s'insère dans une stratégie de tutellisation de l'autorité religieuse dont le pouvoir politique afficha explicitement l'intention dans le dahir du 24 août 2005 portant réorganisation de l'Institut.

11. V. mon étude : « Chari'a et rationalité de l'État positiviste. La sécularisation de la fonction de l'ijtihâd », *Annuaire Droit et religions* 2015-2016, p. 317.

12. V. S. BENCHEKROUN (dir.), *L'héritage des femmes. Réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Casablanca, Empreintes, 2016, p. 29 et s.

financière des hommes. La solution qui permettrait de s'ajuster à l'époque d'aujourd'hui serait de légaliser le testament. Celui-ci est prohibé en islam selon le principe suivant : « pas de legs testamentaire en bénéfice d'un héritier ». L'interdiction du legs se justifierait par la nécessité d'empêcher toute injustice. Le testament pourrait être légalisé sur la base du verset 180 de la sourate al Baqara : « f ». En pratique, c'est déjà une réalité. Khamlichi rappelle que les organismes publics comme la CNSS ou les caisses de retraite font bénéficier les veuves de la moitié de la pension de leur époux, de même que leurs enfants à besoins spécifiques¹³. Le « juriste positiviste-*faqih* » rend ainsi la question de l'héritage susceptible d'être idéologiquement soluble. Il donne au sécularisme de certaines composantes de la société, tendance idéologique moins dominante sur le plan des rapports de force et moins prégnante au niveau des mentalités, un effet politique réformiste. Son discours associe l'herméneutique fiqhiste aux sources positivistes du droit interne ou du droit international. Du fait d'une représentativité significative des femmes dans la constitution de ce nouveau profil, le discours juridique positiviste-fiqhiste prend une orientation nettement féministe, et inversement le discours féministe prend la forme d'un discours juridique positiviste-fiqhiste. Le rôle de ces femmes juristes, en particulier les universitaires¹⁴, est promu à travers l'action associative et l'expertise juridique qu'elle mobilise, dans les supports médiatiques, notamment sous la forme de rubriques de conseils juridiques dans les magazines¹⁵, dans la composition de commissions appelées à élaborer des propositions de réforme (comme ce fut le cas pour la réforme de 2004). La consécration du rôle des femmes a pris la forme de la participation de l'une d'elles, en l'occurrence l'universitaire Rajaa Naji Mekkaoui, aux causeries religieuses tenues pendant le mois de ramadan.

Le féminisme qui s'affirme au travers du discours juridique positiviste-*faqih* des femmes juristes se renforce d'un discours herméneutique purement théologique et fiqhiste qui s'incarne dans un nouveau profil de « 'alim » et dans un discours qui déborde, par sa capacité herméneutique, les limites du « mûjtahid » (celui qui fait œuvre d'*ijtihād*) classique. Ce profil est incarné aujourd'hui notamment dans une variante féminine représentée par la figure

13. Sur la position de Khamlichi, V. aussi « Héritage : la solution de Ahmed Khamlichi pour mettre tout le monde d'accord », *Femmes du Maroc* : <https://femmesdumaroc.com/actualite/heritage-la-solution-de-ahmed-khamlichi-pour-mettre-tout-le-monde-daccord-23886> [consulté le 28 janv. 2020].

14. Entre autres Aïcha Hajjami, Farida Bennani, Fatna Sarehane.

15. L'universitaire Fatna Sarehane a tenu une rubrique de conseils juridiques sur les questions du droit de la famille dans le magazine *Femmes du Maroc*.

de Asma Lamrabet. C'est une figure particulière et atypique de femme devenue « 'alim » non par formation professionnelle, mais par auto-formation intellectuelle en s'exerçant à la réflexion et à l'herméneutique théologique et fiqhiste. De profession médecin biologiste, Asma Lamrabet s'est fait un nom par ses nombreux écrits qui traitent de la question de la femme et des femmes dans la perspective d'un ijtihād innovateur et modernisateur¹⁶. Elle a été promue en 2011 directrice du « Centre des études féminines en Islam » au sein de la « Rabita mohammadia des oulémas du Maroc », qui officie sous le patronage du roi Mohammed VI qui l'a créé, pour y poursuivre son effort de relecture islamique du statut de la femme en islam. Asma Lamrabet s'est particulièrement distinguée, en tant que femme « 'alim », par une herméneutique intégralement acquise à l'axiologie de l'égalité qu'elle cherche à rendre compatible avec le référentiel islamique. Dans une contribution à un ouvrage collectif sur la question de l'héritage, qui la conduira, suite à une participation à la présentation de l'ouvrage et à la pression qui s'est exercée sur elle, à la démission forcée en mars 2018 de son poste de directrice, elle déploie une argumentation en faveur de l'égalité qui se fonde sur les notions de « justice » (*adl*) et d'équité (*qist*), se formalise en méthode herméneutique qui se veut « holistique », c'est-à-dire globale, « finaliste », en référence à la méthodologie des « maqâcid al-shari'a » d'Al-Shâtibî, et « contextualisée », se décline philosophiquement en « éthique » et en « humanisme », pour déduire de toute cette démarche une invalidation de l'interprétation traditionnelle de la notion d'« al-qiwâma » sur laquelle se fonde la hiérarchisation entre l'homme et la femme¹⁷. Ce type de lecture théologique et fiqhiste s'est amplifié considérablement ces derniers temps à travers les écrits et à travers certaines personnalités¹⁸. Des salafistes considèrent ce discours plus dangereux que le discours séculariste et laïque en raison de sa capacité à déstabiliser de l'intérieur du discours religieux la dogmatique religieuse

16. Parmi ses écrits : *Musulmane tout simplement*, Lyon, Tawhid, 2002 ; *Aisha, épouse du Prophète ou l'Islam au féminin*, Lyon, Tawhid, 2004 ; *Le Coran et les femmes : une lecture de libération*, Lyon, Tawhid, 2007 ; *Femmes, Islam, Occident : chemins vers l'universel*, Biarritz / Casablanca, Séguier / La Croisée des chemins, 2011 ; *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, Beyrouth / Paris, AlBouraq, 2012 ; *Les femmes et l'islam : une vision réformiste*, Paris, Fondation pour l'innovation politique, 2015 ; *Islam et Femmes : les questions qui fâchent*, Casablanca, En Toutes Lettres, 2016.

17. A. LAMRABET, « L'exigence de justice entre les hommes et les femmes en islam. Cas de l'héritage », in S. BENCHEKROUN (dir.), *L'héritage des femmes. Réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Casablanca, Empreintes, 2016, p. 43-56.

18. Le cas le plus intéressant est représenté par un ancien salafiste, Mohamed Abdelwahhab al-Rafiki, connu sous le nom de Abû Hafûs, passé par la prison et revenu de son radicalisme salafiste, dont on trouvera une contribution en faveur de l'égalité en héritage dans : S. BENCHEKROUN (dir.), *op. cit.*, p. 57-70.

établie. Ce discours atteste largement de la plasticité de la « raison fiqhiste », dans le cadre de laquelle la question de l'héritage peut devenir soluble. Il reste que la réformabilité de l'héritage est, en définitive, un enjeu de capacité réformiste de l'État national positiviste.

3. RÉFORMABILITÉ DE L'HÉRITAGE ET LOGIQUE DU POLITIQUE

Cette capacité est a priori religieusement hypothéquée par l'islamité d'État et la symbolique de la « Commanderie des croyants », ce qui a été explicitement signifié par la formule : « Je ne peux rendre licite ce qui est illicite, et illicite ce qui est licite¹⁹ ». Cette formule, apparemment définitive, est néanmoins en porte-à-faux avec la « logique » du politique qui se manifeste par un constant effort de l'État de s'émanciper de la tutelle de l'autorité des clercs. La « logique » du politique est portée par la fonction monarchique et se traduit par la subordination à cette dernière des clercs religieux. La « logique » du politique se manifeste par la prédominance fonctionnelle de la monarchie sur la symbolique religieuse de la « Commanderie des croyants ». La symbolique de la « Commanderie des croyants », qui porte en principe, dans sa conception classique, la « logique » de la subordination du politique au religieux en n'étant que la fonction médiatrice et exécutive de l'autorité d'interprétation des clercs religieux est, en fait, mise au service de la « logique » du politique portée par la monarchie²⁰. Par cette « logique », la « monarchie » fait déborder la « Commanderie des croyants » de son rôle classique de fonction d'exécution et de garantie de l'ordre normatif religieux qui

19. Discours royal du 10 octobre 2003, où il annonce les points à réformer.

20. V. mon texte : « Marginalité de la charia et centralité de la Commanderie des croyants : le cas paradoxal du Maroc », in B. DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 141. Historiquement, la « monarchie » s'est différenciée de l'intérieur du modèle de la « Commanderie des croyants » sur la base du principe de légitimité de la succession testamentaire ou dynastique et de sa fonctionnalité d'ordre et de sécurité. Cette transformation fut entérinée par la raison fiqhiste, et tolérée par cette dernière jusque dans sa « logique » de primauté, ce dont témoigne le publiciste Al-Mâwardi, l'auteur du traité classique qui donne forme au « droit public musulman ». La différenciation du pouvoir politique monarchique eut pour corollaire la tendance à la subordination des clercs et à l'instrumentalisation de leur autorité religieuse, conséquence inévitable à laquelle des clercs plus indépendants opposèrent la conditionnalité de leur autorité de représentants de la communauté musulmane d'où le pouvoir politique devait tirer son principe de légitimité. L'histoire du théologico-politique en islam est faite de la tension entre le pouvoir califal et l'autorité religieuse des clercs, et le présent des sociétés musulmanes continue de vivre cette tension. Pour plus de détails, V. mon texte : « L'égalité en héritage entre "monarchie" et "Commanderie des croyants" », in S. BENCHEKROUN (dir.), *op. cit.*, p. 119-126.

se trouve sous l'autorité d'interprétation des clercs religieux. La « Commanderie des croyants » n'est plus un simple relais de l'autorité cléricale qu'elle devrait être en principe, elle devient la fonction symbolique d'un pouvoir monarchique qui cherche à imposer la primauté du politique à l'autorité des clercs religieux. Cette « logique », à l'œuvre dans l'histoire depuis longtemps, continue à produire ses effets dans le présent. La « politique de restructuration du champ religieux » menée par Mohamed VI en est la manifestation la plus récente. Cette politique ne fait que s'inscrire dans la ligne d'un long processus de « tutellisation » de l'autorité cléricale et d'étatisation de la fonction d'ijtihād, dont le juriste positiviste-*faqih* tend aujourd'hui à en être de plus en plus le profil dominant.

Ce processus se traduit par une plus grande capacité de l'État à réformer les normes fiqhistes, d'une manière d'abord timide puis de plus en plus audacieuse. Dans un premier temps, l'État s'est contenté d'avoir ramené le domaine de la norme religieuse dans le giron de la souveraineté étatique et de l'avoir intégré dans la normativité positive du système juridique, et ainsi d'avoir positivisé la norme fiqhiste. Jusqu'à la fin des années quatre-vingts du siècle dernier, le contenu de la norme religieuse est resté sous la tutelle des clercs, dont le conservatisme s'est conjugué à l'immobilisme idéologique et politique de la monarchie sous Hassan II. Par la suite, sous le règne de Mohamed VI, et à la faveur d'un certain modernisme social de celui-ci, la réforme qui a donné jour en 2004 au nouveau Code de la famille s'est faite plus substantielle. Dans le processus qui a conduit à ce changement, la « Commanderie des croyants » s'est apparemment tenue à un rôle d'arbitrage entre les « modernistes » et les « conservateurs ». En fait, son rôle a été plus important. Elle a créé les – ou favorisé la création des – conditions d'un arbitrage en traçant le cadre dans lequel la réforme pouvait se rendre concevable. Le « modernisme » du Gouvernement, du moins de sa plus importante composante, conduit par un ancien opposant politique au roi Hassan II et incarnant l'expérience de l'« alternance consensuelle », avait annoncé son réformisme par un projet (le PANIFD)²¹ qui devait modifier en profondeur la *Moudawwana*. L'arbitrage royal a été une manière de freiner les élans du Gouvernement. Il est intervenu à la suite de l'implication du ministre des Habous et des Affaires islamiques, en charge d'un ministère dit de souveraineté. Ledit ministre a adopté le point de vue conservateur de l'autorité de l'ensemble des clercs. Son implication avait probablement pour objectif la

21. « Plan d'action nationale pour l'intégration de la femme au développement », plan initié par un ministre de gauche avec l'appui et le soutien d'associations féministes.

re-territorialisation du projet de réforme sur le terrain de la « Commanderie des croyants ». Ainsi, celle-ci allait-elle devenir la condition de possibilité de la réforme, et ce à travers le « mécanisme » de la commission chargée par le roi d'élaborer des propositions de réforme. Le « mécanisme » de la commission reflétait la maîtrise du processus réformiste par la monarchie et du cadre idéologique qui devait rendre la réforme possible : le choix de la personne à la tête de la commission, de profil d'abord technocrate (un juriste positiviste) puis politicien (figure importante du parti qui incarne le « salafisme réformiste », le « Parti de l'Istiqlâl ») ; la composition de la commission, qui faisait place, contrairement à la position exprimée par le ministre des Habous et des Affaires islamiques, à des personnalités qui n'appartenaient pas au profil du clerc religieux ; la prédominance donnée au profil du juriste positiviste-*faqih*.

Il semble qu'avec l'héritage, la monarchie se donne un rôle plus engagé, bien que de manière indirecte et distante. C'est en effet un organe de l'appareil étatique, en l'occurrence le Conseil national des droits de l'homme (CNDH), qui, via un rapport, invite à la conformation des règles de l'héritage au principe d'égalité porté par les conventions et pactes internationaux ratifiés par le Maroc. Le CNDH est en quelque sorte l'organe qui donne forme à l'institutionnalisation de la « société civile » moderniste et lui permet d'agir non seulement de l'extérieur de l'État, mais de l'intérieur de son appareil institutionnel. Mais le CNDH est aussi une de ces « Autorités » consultatives devenues nombreuses sous le règne de Mohamed VI qui, en dépit de leur statut formel d'indépendance, sont dans le giron du pouvoir monarchique et qui, dans le contexte politique d'un gouvernement dirigé par le parti islamiste PJD, jouent un véritable rôle de « parasitage ». L'invitation émanant du CNDH s'inscrit sur fond du clivage idéologique qui oppose les élites civiles sécularistes au PJD. Une configuration idéologique paradoxale se dessine à travers ce jeu politico-institutionnel : le salafisme réformiste, idéologie organique de l'État, prend l'allure d'une sorte de « salafisme séculariste ». Le réformisme, conditionné dans sa légitimité par l'autorité de la « Commanderie des croyants », s'alimente au sécularisme des composantes modernistes et sécularistes de la « société civile » via le CNDH. La question qui se pose maintenant est celle de savoir quelle réforme de l'héritage pourrait sortir de cette configuration idéologique. Comme le réformisme étatique au Maroc est régi par l'équation à deux connues, la première étant que la « Commanderie des croyants », en tant qu'elle monopolise l'autorité du religieux, décide de la réformabilité religieuse (principe dirigé contre toute prétention à une autre incarnation de la légitimité islamique, surtout celle de l'islamisme politique) et la seconde résidant dans la formule « ne pas rendre licite ce qui est illicite

et illicite ce qui est licite » (formule qui inscrit dans des limites le réformisme d'inspiration séculariste), le résultat d'une éventuelle réforme n'est peut-être pas totalement une inconnue. Cette éventuelle réforme ne pourrait être en fait que le résultat d'une combinaison entre le mobilisme et l'immobilisme. La démission forcée de Asma Lamrabet s'interprète négativement comme le signe d'une volonté politique qui ne se veut pas « révolutionnaire » dans son réformisme, mais l'initiative du CNDH signifie peut-être qu'un changement symbolique dans un proche avenir, mais prometteur d'un changement plus substantiel dans un avenir plus lointain, n'est pas impossible.

Celui-ci semble se profiler sous la forme d'un minimum, celui de l'abrogation du *ta'acib*²². Une pétition a circulé dernièrement faisant appel à cette abrogation et à l'instauration d'un droit de « restitution des parts » (*haq radd*) dont la Tunisie fut pionnière (les héritières uniques, filles sans frères, ont droit à récupérer la totalité de l'héritage). La pétition formule ainsi la demande :

« [...] un nombre croissant de parents qui n'ont pas de fils (situation fréquente puisqu'en moyenne, les familles marocaines n'ont plus que 2 à 3 enfants) n'acceptent pas que leurs collatéraux ou ascendants héritent de leurs biens au détriment de leurs enfants de sexe féminin. Comme la loi ne leur permet pas de léguer leurs biens à leurs héritiers par voie testamentaire, ils sont acculés, pour mettre leurs filles à l'abri, à recourir à divers contournements juridiques sous forme de donations ou de ventes fictives. Pourquoi maintenir une règle qui non seulement n'a plus de justificatif social mais qui, en plus, n'a aucun fondement coranique ? Le *ta'asib* relève en effet de la jurisprudence (Fiqh) [sic] mais, dans le contexte d'aujourd'hui, il va à l'encontre des principes de justice (*'adl*) du Coran et non dans le sens de ses finalités (*maqasid*). »

Cette demande ne risque pas, pour les aspirants à plus de changement, de répondre à leur espérance d'une hétéronomie islamique et fiqhiste moins pesante, mais le minimum qu'elle représente est déjà rejeté par les opposants à tout changement.

22. V. le texte de la pétition sur : https://telquel.ma/2018/03/21/100-intellectuels-marocains-signent-petition-contre-discrimination-femmes-lheritage_1584949 [consulté le 28 janv. 2020].