

# La domination du droit coutumier dans l'espace arabo-berbère Une étude dans les zones rurales

BENSLIMANE Abdennour  
Université de Saida,



## ملخص

إن انتشار العرف عند المجتمعات العربية و البربرية ، و لا سيما في مجال توزيع المياه و تنظيم الأراضي الرعوية ، خلق نوع من الصراع ما بين الشرعية العرفية و الشرعية القانونية للدولة الحديثة ، حيث أصبحت هذه الأخيرة عاجزة عن ترسيخ قوانينها على المناطق القبلية التي قد دونت أعرافها و أصبحت تسير عليها اعتياديا بغض النظر عن القوانين الوضعية التي وضعها جهاز الدولة. و من أجل الحفاظ على التوازن الاجتماعي و الاقتصادي في البلدان العربية ، اضطرت السلطات الحاكمة أن تسن قوانين و مراسيم تتماشى مع أعراف و تقاليد شعوبها و لاسيما تلك المتعلقة بالنشاط الفلاحي و الرعوي. و من هنا يمكن القول أن هدف الدولة الحديثة هو وضع العرف في قالب قانوني تحترمه الفئات الاجتماعية.

## Introduction

Sans aucun doute une méthode fructueuse d'approche des sociétés rurales de l'aire arabe et berbère est-elle de saisir, notamment la gestion des ressources et de la réglementation de la vie locale par ces sociétés. L'articulation entre les diverses sources de droit qui existent partout (droit coutumier, droit religieux, droit positif) se révèle également la relation qui a été souvent conflictuelle entre des communautés et des groupes avec le pouvoir central ou plus largement avec toute forme de pouvoir hégémonique qui a pu, à une époque ou à une autre, se manifester dans leur histoire.

La plus extraordinaire somme, ne pourrait prétendre témoigner de la richesse et du foisonnement des droits coutumiers qui gardent une incontestable prégnance dans les sociétés rurales, elles fonctionnent dans la pratique comme un système en mouvement.

De nombreux débats ont lieu, bien d'autres surgiront encore sur les rapports entre normes et pratiques, entre loi religieuse et droit coutumier, entre ce dernier et le droit positif. C'est-à-dire que si le droit coutumier et les institutions coutumières ont du partout s'effacer, s'ils ont du subir les interventions vigoureuses des instances étatiques, l'état cherche toujours à contrôler les marges ou l'intérieur du pays qu'il gouverne. Ces composants juridiques, concurrentielles sont parfois contradictoires, obéissent à des logiques distinctes. Elles peuvent être tantôt le refuge, tantôt le moteur des identités culturelles ; chaque état gère d'une manière qui lui est propre cette hétérogénéité. Mais c'est dans l'analyse précise de situations concrètes que l'approche peut être éclairante : celle des possibilités de jouer des divers registres dont disposent individus ou collectivités, celle des façons dont ils jouent.

## Discussion

Lorsque la doctrine elle-même a prévu de possibles subterfuges pour prendre en compte, tout en restant conforme à la loi religieuse (1), certains usages coutumiers dans le domaine économique notamment ou celui de la transmission des biens, les hommes, qui savent qu'il n'est pas impossible de ruser avec la loi, apprennent aussi à en jouer. Tantôt on les verra détourner la loi religieuse par exemple les prescriptions en matière d'héritage, en utilisant de façon dérivée l'institution du habous (2) très répandue dans l'islam laquelle permettait, en d'évoluant ses biens à une fondation pieuse, mais en cas d'extinction de la descendance male, de les soustraire aux aléas successoraux, et précisément d'éviter la dilapidation des patrimoines en exhérédant les femmes. Tantôt on les verra l'invoquer, comme ces de tribu du Sahara tunisien qui ont l'habilité de s'en réclamer pour justifier un droit de propriété sur une terre vivifiée par eux. (3)

L'état toutefois ne peut reconnaître un droit sur les terres dont, selon la loi qu'il a lui-même édicté, il est seul désormais à contrôler l'accès et il est la face à un dilemme, celui de la légitimité unique de sa loi, celle de droit national qu'il veut imposer. Il vrai que l'art du subterfuge, de la dérobadé, n'est pas non plus l'apanage de ces sociétés mais, s'il ya spécificité, elle réside dans l'ancienneté et la récurrence de ces pratiques des hommes de la loi religieuse.

Dans la coutume, d'ailleurs, de nouvelles transactions peuvent toujours être entreprises, des contestations surgir, s'éteindre, resurgir à des générations différentes, de nouveaux arguments peuvent être avancés par les uns et les autres, aussi qu'une source nouvelle de droit, celle d'un état moderne, apparaisse autrement menaçante.

### *a- Sociétés rurales et L'état :*

Ici la propriété de l'eau, la propriété de la terre ou l'usage des pâturages sont le signe de l'appartenance au groupe. Le prestige des hommes, leur honneur, leur identité sont associés. L'usage et le contrôle du foncier de l'hydraulique, souvent précisément codifiés, sont du ressort des collectivités représentées par leurs institutions coutumières. (4) La gestion des terroirs irrigués, des pâturages ou de leur ensemble conjugué contribue à définir un espace, une culture, une identité. (5)

L'identité des communautés est à ce point liée à leur droit coutumier que lorsqu'un état qui puise sa légitimité dans le religieux, comme l'état « Zaydite »(6) au Yémen qu'elle a connu le droit coutumier tribal pendant des siècles. L'eau et le territoire sont perçus aussi par les hommes du Sahara tunisien comme des dons de dieu, selon eux, il ne saurait y avoir d'intermédiaire dans la gestion de ses bienfaits. (7) Pour le Al Naim du Qatar, c'est le droit de souveraineté sur le territoire tribal qui leur fut octroyé par dieu (8); le droit coutumier puise ainsi sa légitimité dans le sacré. Dans l'Adrar mauritanien, les groupes s'adressent à l'émir pour la reconnaissance de leur propriété sur de nouveaux territoires. (9)

Lorsqu'au XVII siècle, dans l'extrême sud tunisien, ce sont cette fois des conflits à propos de la répartition des eaux qui séparent des groupes entiers, ceux-ci ont recours à l'arbitrage du bey, et à la même époque les citoyens d'un secteur de la médina de Fès, mécontent de la gestion des eaux, sollicitent les souverains. Ici et là les hommes sont renvoyés aux usages, et ils n'en demandent pas plus.

Dans certains cas comme dans la province de l'Asir en Arabie saoudite durant le XXe siècle, la persistance des institutions locale a été le résultat de transactions complexes. Alors qu'il était important pour le jeune royaume de stabiliser ses régions frontalières, les tribus locales suffisamment puissantes, tels les Rijal Alma qui profitaient depuis longtemps de leur position stratégique sur des routes commerciales, furent en mesure de négocier leur intégration en échange d'une certaine autonomie juridique et même fiscale. Les autorités tribales ont gardé le droit de légiférer selon le *urf* et la *sharia* pour ce qui concerne les affaires intertribales et conservé le privilège de percevoir des taxes sur tous les produits provenant de la cote de la mer rouge et passant par leurs terres.

Autrement efficace et périlleuse pour les institutions coutumières est l'instruction directe d'un état moderne dans la gestion communautaire locale des ressources en intervenant simplement dans le contrôle des territoires tribaux ou en s'immiscant dans la gestion du système hydraulique, en attaquant brutalement parfois aux instances coutumières qu'il destitue de leur pouvoir, l'état touche à ce qui fonde l'identité des groupes, bouleversé l'ordre social. Au Maghreb par exemple, la domination des eaux, la mise en œuvre d'une politique hydraulique d'envergure ont entraîné la désappropriation des communautés d'irrigants auxquels on a retiré toute initiative; l'état là, encore à un rôle incontournable et tous les oasis, anciens nomades sédentarisés se retrouvent dans une situation d'entière dépendance vis-à-vis de lui.(10)

#### **b- Résistances**

Des formes de résistance existent de nos jours un peu partout, par exemple, chez les *fwaher* (11) de Cyrénaïque, le code coutumier, dont la rédaction est récente, en est une manifestation originale, en même temps qu'il se révèle être une stratégie collective d'adaptation à un nouveau contexte, c'est-à-dire une réelle prise en compte de la modernité plutôt que de la subir.

La peur d'une mainmise de l'état au nom du développement national sur des terres collectives de pâturage, celle que ne soit instaurée une législation en vue de contrôler l'extraction des eaux souterraines les amènent à mettre les terres en valeur, à les équiper en puits, à en marquer les limites, en à les privatiser. En certains lieux, les tribus parviennent même à surmonter leurs vieilles querelles à propos de la préséance des droits d'eau ou des droits sur la terre, à trouver un compromis pour parer au danger unanimement ressenti d'un accaparement des terres par l'état) Cet état que, dans une autre région du Yémen, Wadi Harib, l'on juge plus préoccupé du bien commun et que l'on considère plutôt comme un véritable acteur avec ses propres intérêts, et tout projet d'aménagement venu d'en haut y est regardé avec méfiance.(12)

Les anciens nomades n'admettent pas la tutelle de l'état sur les terres collectives(13). Cet acharnement à extraire l'eau de nappes profondes puis à mettre en valeur des terres dans les conditions extrêmement difficiles n'est pas uniquement lié à une spéculation sur des avantages économiques incontestables. Ce qui est aussi essentiel pour chacun, c'est d'avoir sa part en tant que membre de tribu, d'une terre que tous considèrent toujours comme tribale et de réaffirmer ainsi avec la force de l'appartenance au groupe. L'appréhension de voir leurs terres usurpées existe également dans le nord de Yémen où les hommes savent que le gouvernement de l'Arabie toute proche a mis la main sur une grande part des anciennes terres tribales. Ils connaissent aussi le risque d'une appropriation des terres nues par le dirigeant du pays au nom même de la loi religieuse. La simple annonce

d'une année de l'agriculture est ressentie comme une menace concrète et conduit les hommes d'une communauté villageoise à diviser les terres à égalité entre eux, outrepassant à l'occasion certaines règles coutumières.

### C – L'enjeu du Droit :

En tous lieux et à des époques diverses, dès les premiers siècles de l'hégire et jusqu'à aujourd'hui, une image très négative est associée aux coutumiers tant par l'orthodoxie religieuse que par les courants modernistes nationaux. Il n'est pas indifférent que, pour se faire reconnaître et respecter des autorités de l'état, et donner une légitimation à leur coutumier dont ils ont élaboré une version récente, par exemple, le *Fwaha* de Cyrénaïque s'approprient et devancent en quelque sorte les arguments qui pourraient leur être opposés ; ils démontrent en une clause particulière où ils se réfèrent clairement à la Sharia à quel point leur *Urf* dont la tonalité islamique est évidente, se démarque des mauvaises coutumes et des autres *urf* scandaleux qu'il faudrait selon abroger.(14)

La gravité des choses est justement soulignée pour le Maroc par l'un des chercheurs(15), qui évalue les conséquences de la surestimation intéressée de la coutume par l'administration coloniale avec le fameux *zahir berbère*, bien moins grave que sa violente dévalorisation ensuite par le mouvement national. Concernant la Kabylie en Algérie, il faut, rappeler les effets pervers des mesures d'exception en matière d'administration locale dont a bénéficié cette dernière durant la période coloniale. Seulement, on note que durant l'Algérie indépendante, les villageois se firent discrets et ne revendiquèrent pas la place à laquelle auraient pu prétendre leurs assemblées dans le nouvel état.

Du Maghreb au Yémen, qu'il s'agisse de populations nomades ou sédentaires, c'est bien leur appartenance à un monde rural tribal structuré par de solides coutumiers qu'il paraît impossible à un état quel qu'il soit de tolérer, moins encore à un état moderne. Il y a pourtant là une richesse trop longtemps négligée. L'analyse menée par le chercheur A.Mahé (16) sur la place des assemblées villageoises dans la Kabylie contemporaine, montre comment les institutions traditionnelles ont pu servir de cadre et de tremplin pour mener des actions efficaces au niveau des collectivités locales. Faute de pouvoir agir dans la sphère publique du fait de la répression du mouvement culturel berbère, les jeunes gens se firent plus présents dans la vie de leurs villages. Ils réussirent, dès qu'ils eurent admis de prendre en compte les conseils avisés des anciens, à donner une impulsion nouvelle aux assemblées coutumières.

L'administration algérienne n'a pu ignorer cette redynamisation des *tajmat's* et a su de façon officieuse, utiliser ces nouvelles compétences dans les affaires locales. Dans les communautés de Haut Atlas, selon A.Ahmahan (17), est un lieu de compétition entre pratiques locales d'arbitrage, loi religieuse et loi et la jurisprudence nationale, que par le biais des consultations juridiques, des *foqaha* ou de leur côté les représentants de l'autorité centrale s'efforcent autant que faire récupérer la gestion des affaires locales en opérant sur le terrain des *djemâ'as* (18), et en tentant prudemment de légitimer la coutume, dit clairement que c'est bien en termes de lutte d'influence qu'il faut comprendre leurs interventions, et qu'on en est dans l'ordre du politique. A ce titre il y a bien là un enjeu.

## C – L'écriture du Droit coutumier :

Le droit coutumier relève essentiellement du domaine de l'oral, mais il a pu, à des époques fortes différentes, faire l'objet de transcriptions, sous l'effet de transaction avec la culture globale par l'intermédiaire des clercs ou des lettrés, ou du fait des administrateurs coloniaux, par exemple au Maroc, dans le cadre du fameux *zahir* berbère, ou encore en Kabylie (19). Les villageois de Kabylie ont aussi parfois sollicité des lettrés pour la transcription de leurs *qanoun's*; toutefois, dès le début XXe siècle, ils commencèrent à transcrire eux-mêmes leurs règlements et lois du village dans la langue des colonisateurs très tôt maîtrisée.

Ces tentatives de mettre par écrit certaines pratiques restent certes partielles et finalement assez spécifiques. Mais que présente chaque fois le passage à l'écrit? Dans quelles conditions et sous quelles pressions se fait-il? Quelles stratégies dessert-il? Qu'est-ce que cela révèle alors du groupe? Ce sont là des questions qui ont traversés plusieurs débats à ce sujet.

Fondé sur l'écrit, le savoir religieux est toujours associé dans les campagnes à un statut social privilégié, le chercheur Pierre Bonte(20), nous en donne un exemple très documenté puisé dans *l'Adrar mauritanien* où le pouvoir économique s'avère étroitement lié aux fonctions religieuses.

C'est parmi les *zawaya's* que sont recrutés les *godat*, juges chargés de l'application de la loi coranique. L'utilisation qu'ils font de leurs connaissances religieuses et juridiques, leurs habiletés en casuistique, leurs maîtrises de l'écriture, mais aussi les pouvoirs miraculeux qu'on leur attribue, leur donnent une force de contrôler l'accès à la propriété et la production agricole.

L'arbitrage dans le bassin de *Saada* au Yémen, essentiel, pour l'évolution du droit coutumier et le développement local qui a suivi, est le fait d'un lettré, homme de la religion, descendant de la famille de prophète. (21) En Cyrénaïque, c'est également un lettré (fqih) de la tribu, poète, auteur d'ouvrages divers, à la fois juge coutumier qui assure la rédaction.

Un peu partout, une diffusion progressive de l'écriture se fait à partir de foyers culturels, lieux saints, lieux d'enseignement et d'islamisation. Mais que dire lorsque le souhait, l'initiative de voir transcrits les coutumiers, et cela à des dates fort anciennes parfois, vient des groupes eux-mêmes comme pour ces codes d'utilisation des greniers collectifs du Sud-est marocain, ou encore ce registre des eaux à ghdèmes en Libye? Quel enjeu croit donc déceler les hommes pour vouloir que soit mis par écrit ce qui est de ressort intime du groupe (l'ordre coutumier)?

Dans le Haut Atlas, notamment, on peut repérer en effet la plupart des coutumiers écrits dans l'aire d'influence des centres religieux, précisément là où il ya les *zawia's* ou écoles, là où se retrouve l'écriture (22). Donc, c'est une volonté de faire avancer la *Sharia*, et pour ceux qui n'acceptent pas le jugement rendu par leurs instances coutumières, le recours à la sharia est envisageable. Il est possible que cela aussi ait incité les collectivités à fixer l'usage.

Une mise par écrit, mais toute récente celle –là, à l’initiative des *fwaher* de Cyrénaïque, dont la rédaction remonte au début des années soixante dix, et que se donne comme l’ancien *urf* de la tribu. Mais ici, l’écrit a une fonction bien précise, c’est-à-dire, le document n’est pas conçu pour être préservé dans l’intimité du groupe mais pour être exhibé, y compris la curiosité de l’ethnologue vu comme une sorte d’émissaire de l’administration. Le texte a valeur de manifeste et de message ; il a pour vocation de donner aux autorités de l’état la meilleure image de la tribu. Il est traversé dans son ensemble par une préoccupation majeure, la réaffirmation de l’unité de la tribu et la préservation du caractère communautaire de territoire tribal dans le nouveau contexte sociopolitique et techno-économique.

L’écriture lui donne certes une autre force, une reconnaissance plus affirmée.

Dans les campagnes, le prestige accordé à l’écrit va plus loin encore qu’on ne l’imagine. Le Sahara Tunisien nous en offre un exemple extrême. (23) Lorsque des forages considérés comme illicites, sont entrepris par les nomades, les autorités étatiques choisissent un temps d’action répressive ; mais dès que des procès verbaux sont établis, leur objet se voit détourné du résultat souhaité. Dans la seule écriture des faits, les hommes veulent lire une reconnaissance, plus encore une officialisation de leurs actes dont le caractère répréhensible est alors éludé, comme si l’écrit avait acquis une valeur en soi, tout à fait indépendant du contenu. Peut-être ne faut-il identifier là encore qu’une ruse de plus, mais le jeu est efficace et les hommes y gagnent ; l’état n’ose plus verbaliser, il est pris au piège d’une sacralisation de l’écriture à laquelle ont contribué non seulement le religieux, mais aussi le politique, pendant des siècles. Selon les périodes, selon les rapports forces, les choses peuvent évoluer, le long processus d’unification de la loi se fait avec des hésitations qui peuvent avoir des conséquences graves ou amener tout simplement dans certains domaines à une véritable paralysie.

Mais l’absence de concertation, le manque de débat dans l’élaboration de lois concoctées dans des bureaux ne sont pas spécifiques au Maghreb. Ils sont cohérents avec ce mépris plus général pour les savoirs ruraux , avec ce refus de l’état de faire une place aux instances traditionnelles de gestion dans les affaires locales ou tout au moins de les consulter avec réticence de ce dernier , lorsqu’il a usurpé l’initiative à s’en dessaisir.

A un moment ou à un autre, pourtant, la loi inapplicable, est obligée de transiger, de prendre en compte les rapports de force qui s’expriment. Cette négligence, ce manque de considération pour les sociétés locales et leurs enjeux spécifiques amènent, une fois à tel ou tel décret promulgué et propulsé dans les campagnes à la loi.

## **Conclusion**

Plus grave sans doute est la perte de crédibilité d'un Etat et de sa loi qui, dès lors qu'il intervient autoritairement, ne devrait se permettre ni tâtonnements ni erreurs. Lorsque les priorités données à l'élevage ou à l'agriculture peuvent aussi bien s'inverser, lorsque l'impulsion donnée à la privatisation des terres aux dépend du droit collectif tribal est soudain interrompue, lorsque l'état multiplie les décrets sur les associations de gestion hydraulique dans les oasis, en changeant chaque fois les attributions et les intitulés, ou enfin lorsqu'il est dépassé, faute d'en avoir imaginé l'ampleur par un mouvement de mise en valeur de nouvelles terres qu'il a lui-même amorcé et encouragé, le risque est grand de voir son autorité reniée et sa loi bafouée, il y a réactivation du droit coutumier dont les actions qu'il cautionne sont taxées d'illicites, et résurgence des institutions coutumières qui prennent alors le relais de l'état. Elles peuvent d'ailleurs parfaitement s'adapter et faire preuve d'un grand modernisme.

## Références

- 1- Mercier.E : La propriété musulmane en Algérie et en Maghreb, selon la doctrine de Malek, in journal asiatique, Juillet – Aout 1894, p4.
- 2- S.Ferchiou : Le système Habous en Tunisie, logique de transmission et idéologique agnatique, CNRS, Marseille 1987, pp 57,58.
- 3- Khalil Ibn Ishaq al Maliki : Le précis de Khalil. Trad. par Ahmed Harkat. Dar el Fikr, Beyrouth 1995.
- 4- Desne de Chavigny : La Terre collective de Tribu en Algérie et en Tunisie ; imp. central 1911, p11.
- 5- Michel.Izard : Engrammes du pouvoir « l'autochtonie et l'ancestralité » le temps de la réflexion 1983.
- 6- L'état zaydite a été fondé à l'III<sup>e</sup> siècle de l'hégire par un homme issu de l'aristocratie religieuse, venu de Médine avec d'autres membres de famille du prophète, descendant d'Ali.
- 7- Bensaad.A : Partage des terres et dynamique des systèmes agraires dans le sud Tunisien, in actes du séminaire « pastoralisme et foncier » Gabes le 17-18 octobre 1996.
- 8- Montigny Kozlowska : Evolution d'une tribu bédouine dans un pays producteur du pétrole : les Al Naim de Qatar. Thèse 3<sup>ème</sup> cycle, université Paris V 1982, p 108-110.
- 9- Mouhamadou Finore : De la préhistoire à l'histoire de Mauritanie, Adrar Bayeud, Nantes 2001, p 120.
- 10- J. Brunhes : L'irrigation dans la Péninsule Ibérique et dans l'Afrique du Nord, Paris 1902, p 120.
- 11- Giani Albergoni : Ecrire la coutume, une tribu bédouine « fwaher » face à la modernité, revue études rurales, n° 155-156, 2000, p160-170.
- 12- Stefan. Köhler : The overuse of groundwater resources in Wadi Harib, Yémen, Revue des sciences humaines et sociales, N° 156, paris 2003, pp 167-178.
- 13- J.Berque : Les arabes d'hier à demain, ed/ Seuil, paris 1960, p 21.
- 14- Giani.Albergoni : Ecrire les coutumes « une tribu bédouine fwaher face à la modernité, in revue des sciences humaines et sociale, N°156, 2003 p164.
- 15- N.Bouderbala : La loi national entre le ciel et la terre, revue des études rurales, n°155-156, 2000, pp107-116.
- 16- Alain. Mahé : Les assemblées villageoises dans la Kabylie contemporaine, in Revue des sciences humaines et sociales, n° 156 ; pp 179-212.
- 17- A.Ahmatan : Mutations sociales dans le Haut Atlas, paris, MSH/Rabat, Ed. de la porte 1999, pp220-225.
- 18- E.Miliot : Bled El Djamaa, étude de la législation marocaine, paris 1922.
- 19- E/Daumas : Mœurs et coutumes de l'Algérie, Ed/ Sindbad, Paris 1982, p230.
- 20- Pierre. Bonté : Droit musulman et pratiques foncières dans l'Adrar Mauritanien, revue des études rurales 155/156, 2000, pp 93-106.
- 21- P.Drech : Tribal relations and politico history in Upper Yémen ; in B.R. Pridham, éd, Londres 1984, pp54-174.
- 22- Tozy. Mohamed Mahdi : Aspects du Droit communautaire dans l'Atlas au Maroc, Ecole National d'agriculture de Meknès 1990.