L'irréductible rural

Prégnance du droit coutumier dans l'aire arabe et berbère

Geneviève Bédoucha

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/etudesrurales/13>

DOI : 10.4000/etudesrurales.13

ISSN : 1777-537X

Éditeur

Éditions de l'EHESS

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2000

Pagination : 11-24

Référence électronique

Geneviève Bédoucha, « L'irréductible rural », *Études rurales* [En ligne], 155-156 | 2000, mis en ligne le 13 décembre 2016, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/etudesrurales/13> ; DOI : 10.4000/etudesrurales.13

Ce document a été généré automatiquement le 20 avril 2019.

© Tous droits réservés

L'irréductible rural

Prégnance du droit coutumier dans l'aire arabe et berbère

Geneviève Bédoucha

- 1 Sans aucun doute une méthode fructueuse d'approche des sociétés rurales de l'aire arabe et berbère est-elle de saisir, notamment à propos de 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 positif¹. Articulation est le mot juste : s'il renvoie aux différences, il dit aussi les ajustements, l'imbrication, l'agencement fonctionnel. À travers cette articulation des droits se révèle également la relation, souvent conflictuelle, 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.
- 2 Dans l'expression tenace de ses coutumiers, sous des modes extrêmement variés, le rural a quelque chose d'irréductible. Et au moment de clore par une présentation une collection, aussi modeste soit-elle, d'articles, j'ai le net sentiment que le propos lui-même est irréductible : aucun ouvrage, la plus extraordinaire somme, ne pourrait prétendre témoigner de la richesse et du foisonnement des droits coutumiers qui gardent une incontestable prégnance dans ces sociétés, moins encore rendre compte des négociations, tractations, compromis, qui ont lieu partout entre les sources de droit, et des jeux que leur diversité autorise. Car, s'il est quelque chose d'original et de particulier à ces sociétés, ce n'est pas tant ce pluralisme des sources de droit, qui, somme toute, existe ailleurs, que ces passerelles entre elles, leurs multiples interactions, surtout leurs constantes influences et adaptations réciproques jusqu'à nos jours, l'interprétation et l'usage que savent en faire les hommes enfin, aux yeux desquels aucune codification, pas même celle d'un État moderne, ne semble être définitive. Ce pluralisme légal n'est évidemment pas figé, comme l'a écrit Négib Bouderbala, mais fonctionne dans la pratique comme un système en mouvement. Tenter alors de restituer à travers différents exemples un peu de ce mouvement pourrait être un des objectifs de cet ouvrage.
- 3 Qu'elles aient recours à son arbitrage, qu'elles aient tenté de refuser toute ingérence ou que, progressivement jusqu'à l'époque moderne, elles soient venues à en dépendre, il a toujours été nécessaire pour les communautés de se définir par rapport au pouvoir

central. Mais l'État est devenu hautement interventionniste : à travers les politiques de sédentarisation des nomades et de contrôle des communautés rurales, leur dotation en équipement -- hydroagricole, pastoral ou autre --, s'affirme une volonté claire d'uniformisation des droits. Et il n'y a pas de régions marginales pour un État dont la tâche difficile d'élaboration d'un droit positif moderne unique est partie intégrante de la construction nationale. Aucune société, qu'il s'agisse de montagnards du Haut Atlas ou d'une collectivité tribale du fin fond du Sahara, n'est censée rester à l'écart.

- 4 De nombreux débats ont eu lieu, bien d'autres surgiront encore sur les rapports entre normes et pratiques, entre loi religieuse, *shari'a*, et droit coutumier, *'urf*², entre ce dernier et le droit positif... C'est dire que, si le droit coutumier et les institutions coutumières ont dû partout s'effacer, s'ils ont dû subir les interventions vigoureuses des instances étatiques, l'État cherche encore ça et là à contrôler les marges ou l'intérieur du pays qu'il gouverne. Le droit coutumier, ou parfois ce qu'il en subsiste, les multiples façons dont ce droit s'articule avec le droit positif d'un État national moderne, lui-même inspiré à des degrés divers de la *shari'a*, restent, on le verra dans les exemples proposés, un enjeu essentiel.
- 5 Ces composantes juridiques, concurrentielles on l'aura compris, mais seulement 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 en jouent.

Ruses, subterfuges, stratégies

- 6 Les hommes connaissent bien ces possibilités qu'ont les notaires, notamment au Maghreb, de se placer sous l'autorité de l'une ou l'autre des écoles juridiques de l'islam, lors de la rédaction des actes, pour assouplir la loi qui doit partout transiger avec la coutume : en Algérie et en Tunisie, l'importation, par le biais de la présence ottomane, du rite hanéfite, plus libéral que le rite malékite antérieurement seul en vigueur, a permis adaptations et compromis indispensables en région rurale³. L'esprit de la loi musulmane n'est peut-être pas si étranger aux hommes des campagnes dès lors que des divergences, ne serait-ce qu'entre les différentes écoles, se révèlent possibles. N'y a-t-il pas, d'ailleurs, pour les hommes du savoir, nécessité d'interpréter chaque fois à propos de situations nouvelles, incertaines, mais bien concrètes, auxquelles ils sont confrontés ? Ne leur faut-il pas agir au cas par cas ? C'est là une brèche fort bien perçue par les hommes des sociétés rurales. En fonction d'enjeux locaux, de rapports de force, la loi, religieuse ou coutumière, tente de suivre, de parer au mieux les désordres. L'ordre juridique souvent s'efface devant l'ordre politique.
- 7 Lorsque la doctrine elle-même a prévu de possibles subterfuges pour prendre en compte, tout en restant conforme à la loi religieuse, 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.
- 8 Tantôt on les verra détourner la loi religieuse, par exemple les prescriptions en matière d'héritage, en utilisant de façon dérivée l'institution du *hbus*⁴ très répandue dans l'Islam laquelle permettait, en dévoluant ses biens à une fondation pieuse, mais seulement en cas

d'extinction de la descendance mâle, de les soustraire aux aléas successoraux, et précisément d'éviter la dilapidation des patrimoines en exhérédant les femmes. Il y a, notons-le, double détournement : celui de la loi qui prévoit la transmission d'une part d'héritage aux filles, celui de la finalité d'origine de l'institution pieuse qui semble parfois totalement éludée, oubliée, voire ignorée; on parle alors de « *hbus privé* » ; souvent, J. Berque⁵ le remarquait pour le Haut Atlas, « l'intention ne se déguise d'aucun stratagème, s'étale crûment ». D'un bout à l'autre du Maghreb, la situation est identique.

- 9 Tantôt on les verra l'invoquer, comme ces hommes de tribu du Sahara tunisien qui ont l'habileté de s'en réclamer pour justifier un droit de propriété sur une terre vivifiée par eux. L'État toutefois ne peut reconnaître un droit sur des terres dont, selon la loi qu'il a lui-même édictée, il est seul désormais à contrôler l'accès et il est là face à un dilemme, celui de la légitimité unique de sa loi, celle du droit national qu'il veut imposer. Dans ces ambiguïtés, les hommes évoluent avec aisance (Geneviève Bédoucha).
- 10 Il est vrai que l'art du subterfuge, de la dérobaie, n'est pas non plus l'apanage de ces sociétés mais, s'il y a spécificité, elle réside dans l'ancienneté et la récurrence de ces pratiques des hommes de la loi religieuse. Et personne, nomades ou sédentaires, pasteurs ou agriculteurs, n'ignore ces manipulations autorisées de la loi. À leurs yeux, des arrangements sont toujours possibles. 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, les palabres reprendre. Tout reste susceptible d'interprétations. Aussi, qu'une source nouvelle de droit, celle d'un État moderne, apparaisse autrement menaçante, il est vrai, dans sa volonté hégémonique, et les hommes sauront l'intégrer dans leurs stratégies, du moins le tenteront-ils. À partir de l'analyse détaillée d'un conflit foncier d'ordre privé et du point de vue des acteurs sociaux, B. Lecestre-Rollier a montré⁶ comment les villageois d'une communauté du Haut Atlas, spéculant sur les contradictions des juridictions, savent user de stratégies variées et jouer sur différents registres à la fois.

Communautés locales et État

- 11 Ici la propriété de l'eau, là 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 même y 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. La gestion des terroirs irrigués, des pâturages ou de leur ensemble conjugué contribue à définir un espace, une culture, une identité. Cela ressort clairement de nombreux exemples présentés ici. 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 zaydite⁷ au Yémen, vilipende pendant des siècles le droit coutumier tribal, on ne saurait dire si ce qu'il combat le plus est le droit coutumier proprement dit ou l'indépendance des communautés que son effectivité suppose.
- 12 L'utilisation nécessairement diversifiée de l'espace amène parfois à ces « entrelacs patrimoniaux »⁸, ces équilibres, plus encore, ces acrobaties écologiques, où les groupes se projettent dans l'organisation du terroir partagé entre eux en fonction de toutes ses qualités différentes qu'ils ont depuis longtemps éprouvées. Le social modèle et sculpte les terroirs. Le droit brode alors dans l'infime, le ténu. Les groupes y expriment leur spécificité.

- 13 L'eau ou le territoire sont perçus 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 (G. Bédoucha). Pour les Âl Na'îm du Qatar, c'est le droit de souveraineté sur le territoire tribal qui leur fut octroyé par Dieu; le droit coutumier puise ainsi sa légitimation dans le sacré (Anie Montigny).
- 14 Cela ne signifie pas que les hommes ignorent le pouvoir des princes. Dans l'Adrâr mauritanien, les groupes s'adressent à l'émir pour la reconnaissance de leur propriété sur de nouveaux territoires. Lorsqu'au XVIII^e 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. À la même époque, puis au XIX^e siècle, les citadins d'un secteur de la médina de Fès, mécontents de la gestion des eaux, sollicitent les souverains. De leur cour, ces derniers répondent toujours : ici et là, les hommes sont renvoyés aux usages, et ils n'en demandent pas plus.
- 15 Tentatives d'incursion d'États ou de dynasties locales pressés de vaincre ou de conquérir, lente influence des lettrés ou des juges de l'islam qui s'étire laborieusement pendant des siècles, les institutions coutumières résistent.
- 16 Dans certains cas comme dans la province de l'Asîr en Arabie Saoudite durant le XX^e siècle, la persistance des institutions locales 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 Rijâl 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 '*shari'a*' pour ce qui concerne les affaires intra-tribales et conservé le privilège de percevoir des taxes sur tous les produits provenant de la côte de la mer Rouge et passant par leurs terres (Andre Gingrich).
- 17 Autrement efficace et périlleuse pour les institutions coutumières est l'intrusion directe d'un État moderne dans la gestion communautaire locale des ressources, c'est-à-dire un État qui a les moyens (il en a même le monopole) de mener sa politique. En intervenant simplement dans le contrôle des territoires tribaux ou en s'immisçant dans la gestion du système hydraulique, en s'attaquant brutalement parfois aux instances coutumières qu'il destitue de leur pouvoir, l'État touche à ce qui fonde l'identité des groupes, bouleverse l'ordre social. Stefan Kohler montre les dégâts que peut causer l'ingérence autoritaire d'un État dans les modes traditionnels de répartition des eaux de crue d'une vallée au Nord-Yémen : en décidant de la construction en dur de véritables barrages en amont, l'État transforme en droit absolu le principe de la priorité de l'amont, au détriment définitif de l'aval. Certes la priorité de l'amont énoncée dans le droit musulman était admise par la coutume, mais il demeurait toujours une certaine souplesse dans l'application locale ; ailleurs, dans nombre de cas, les règles coutumières sont en contradiction avec ce principe du droit religieux qui, s'il était strictement appliqué, rendrait impossible le fonctionnement du système d'irrigation.
- 18 La politique de sédentarisation des nomades, générale à tous les pays connaissant un nomadisme large lié à un élevage extensif, suppose redéfinition et réagencement de l'espace et, dès lors, la disparition des anciens usages tribaux au profit de la souveraineté nationale. Hormis dans certaines de ses zones frontalières où, pour des raisons politiques évidentes, le royaume saoudien tolère des sortes de « réserves tribales » (A. Gingrich), la

suppression des territoires tribaux a été une préoccupation constante en Arabie Saoudite; elle amenait, au nom d'un principe de souveraineté de l'État, la fin des particularismes⁹. Les hommes du Nord-Yémen qui longtemps ont émigré en Arabie n'ignorent pas ce qu'il est advenu des terres collectives dans ce pays et redoutent que l'exemple ne soit suivi chez eux (Gerhard Lichtenthäler). Au Qatar, les avantages dispensés par le gouvernement, la redistribution de la rente pétrolière dans le cadre de la politique du « bien-être » favorisent dans un premier temps l'adhésion au modèle d'une société moderne et aux objectifs de l'État : neutraliser l'importance du territoire qui est à la base de l'identité tribale. L'État s'appuie sur une législation devant laquelle les hommes ne semblent pas avoir d'autre choix que de s'incliner (A. Montigny).

- 19 En Tunisie mais aussi bien dans le reste du Maghreb, la domanialisation des eaux, la mise en oeuvre d'une politique hydraulique d'envergure ont entraîné la désappropriation des communautés d'irrigants auxquels on a retiré toute initiative. L'État, là encore, a un rôle incontournable et tous les oasiens, anciens nomades sédentarisés ou vieux sédentaires, se retrouvent dans une situation d'entière dépendance vis-à-vis de lui (G. Bédoucha).

Résistances

- 20 Des formes de résistance pourtant existent de nos jours un peu partout : recueilli par Gianni Albergoni chez les Fwâher 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 contexte nouveau : une réelle prise en compte de la modernité plutôt que de la subir. C'est la peur de l'intervention d'un pouvoir central bien plus présent qu'il ne l'a été jusque-là qui met en alerte les groupes tribaux dans les hautes terres du Nord-Yémen. 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 somme 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 (G. Lichtenthäler). Cet État que, dans une autre région du Yémen, Wâdî Harîb, l'on juge peu préoccupé du bien commun et que l'on considère plutôt comme un véritable acteur avec ses propres intérêts. Tout projet d'aménagement venu d'en haut y est regardé avec méfiance (S. Kohler). Au Yémen, au Qatar, en Libye, dans l'ensemble du Maghreb, missions d'experts, forages et prospections pétrolières ou hydro-géologiques, tracés de pistes ou de routes suscitent rumeurs et craintes.
- 21 Le développement dans le Sahara tunisien des palmeraies « illicites » est un phénomène frappant par son ampleur. Les anciens nomades n'admettent pas la tutelle de l'État sur les terres collectives. Cet acharnement à extraire l'eau de nappes profondes puis à mettre en valeur des terres dans des 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'actualité du droit coutumier et des instances coutumières face au droit national et à l'autorité de l'État (G. Bédoucha). L'appréhension de voir leurs terres usurpées existe également dans cette région du Nord-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 (G. Lichtenthäler). Aucun étranger à la tribu des Âl Na'im du Qatar (à une exception près, mais justifiée) ne s'est encore installé sur le territoire tribal comme le rend possible la loi sur le statut des terres promulguée en 1978. Les Âl Na'im semblent en mesure de préserver leur territoire même si, selon la loi, ils ont bel et bien perdu leur droit de souveraineté (A. Montigny). G. Lichtenthäler illustre, par des exemples précisément documentés, la capacité des groupes à ajuster le coutumier lorsque cela se révèle nécessaire pour préserver leurs terres; seules les adaptations du droit coutumier à un contexte moderne ont permis un développement agricole et économique considérable du bassin de Sa'da avec comme corollaire une surexploitation des nappes souterraines. À l'inverse, certaines règles coutumières peuvent longtemps subsister avec une sorte d'inertie et relever d'un archaïsme flagrant lorsque les techniques auxquelles elles étaient attachées ont été bouleversées (S. Kohler).

L'enjeu du droit

- 22 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, les Fwâher 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 *shari'a* à quel point leur '*urf*', dont la tonalité islamique est évidente, se démarque des « mauvaises coutumes » et des autres « '*urf*-s scandaleux » qu'il faudrait selon eux abroger (G. Albergoni).
- 23 Taxé de *tâgût*, idole, terme apparenté au magique, au païen, au rebelle, et lié à la *jâhiliyya*, l'ère d'ignorance, l'ère d'avant l'islam, le coutumier tribal a été combattu avec obstination par l'État zaydite dans les hauts plateaux du Yémen du Nord. Vestiges ou manifestations tenaces de la démesure, de la barbarie préislamique pour les uns, signes d'arriération sociale ou traces d'un passé que l'on veut récuser pour les autres, la coutume focalise les peurs et les inquiétudes, suscite un rejet unanime.
- 24 La gravité de la chose est justement soulignée pour le Maroc par N. Bouderbala qui évalue les conséquences de cette « surestimation intéressée de la coutume » par l'administration coloniale avec le fameux *zahir*¹⁰ berbère, bien moins grave que sa violente dévalorisation ensuite par le mouvement national. Alain Mahé rappelle les effets pervers des mesures d'exception en matière d'administration locale dont a bénéficié la Kabylie durant la période coloniale : dans 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.
- 25 Significativement dans tout le Maghreb, cette dévalorisation de la coutume s'accompagne d'un mépris plus large envers les savoirs ruraux, d'un discrédit des techniques

traditionnelles. Comme s'il était nécessaire de rejeter l'irréductible vers l'archaïque afin de justifier qu'on le combatte.

- 26 C'est au nom de la *shari'a* que, jusqu'à l'instauration d'une république en 1962, l'État imamite au Yémen prétendait lutter contre le droit coutumier. On sait pourtant, là comme ailleurs, l'opposition entre droits religieux et coutumier plus rhétorique qu'effective ; certains exemples pris dans le Yémen contemporain par G. Lichtenthäler et S. Kohler viennent encore le confirmer. Mais l'État alors n'avait pas d'autre objectif que celui de briser l'indépendance, réelle, des tribus des hauts plateaux ; c'est une longue lutte pour la souveraineté qui a été menée jusqu'à nos jours¹¹. Non loin de là, en 'Asîr, parmi les Rijâl Alma', une sorte de coexistence paisible semble avoir perduré entre la *shari'a* instaurée par une aristocratie religieuse extérieure dès la fin de l'époque rasulide et dès lors reconnue comme l'ordre juridique prééminent, et un '*urf*' qui, dans les faits, a continué de prévaloir (A. Gingrich). On voit souvent dans le Haut Atlas marocain -- A. Amahan le soulignait dans son intervention -- les *fogahâ*¹² sollicités renvoyer, dans leurs « réponses », à la tradition locale qui se trouve finalement confirmée. Et il en est de même paradoxalement dans le Yémen d'aujourd'hui. Qu'un cas litigieux soit porté devant le *qâdî*, ce dernier revient pour avis vers le juge coutumier. Et pour les querelles ayant trait à l'irrigation ou au foncier, le *qâdî* lui-même refuse de considérer l'affaire, estimant qu'il ne saurait avoir la riche expérience du juge coutumier (S. Kohler).
- 27 Ainsi, dans de larges domaines, notamment pour tout ce qui touche à la gestion du territoire, du foncier et de l'irrigation, la coutume, qui a déployé une extraordinaire sophistication dans le détail, n'est en rien contradictoire avec la loi religieuse qui s'incline devant les usages. Comment pourrait-il en être autrement ? Lorsque, dans le Souf, un homme, au moment de quitter son jardin, le « scelle » de son pied dessinant sur le sable une spirale autour des arbres, lorsque le jeu atteint cette « perfection presque hallucinante » et qu'« y concourent le droit, la technique, le milieu, la mentalité du groupe »¹³, qu'auraient à dire les hommes du religieux s'ils avaient à intervenir ?
- 28 Aujourd'hui, au Maroc, alors que l'on est à un moment où la loi nationale cherche à s'imposer le plus fortement -- avec ses tergiversations, il est vrai --, le fait que les droits coutumiers subordonnés à la loi n'exclut pas leur utilisation subsidiaire pour la compléter (N. Bouderbala) va bien dans le sens de ce qui vient d'être suggéré. Le coutumier n'a été un obstacle que pour ce qu'il représentait un peu partout dans ces communautés rurales dont étaient redoutées les manifestations de fronde, comme dans les vieilles cités oasiennes du Jarîd tunisien, ou leur simple existence en tant que collectivités fortes, capables de gérer seules leurs propres affaires. Lors même que le caractère subordonné des coutumiers est acquis, le droit moderne prend des précautions et s'entache ainsi d'ambiguïté : il ménage la coutume. Un article du droit civil yéménite cité par S. Kohler est à ce propos éloquent : il stipule que le droit d'irrigation ne peut être vendu séparément de la terre, « sauf si cela est en accord avec la coutume ».
- 29 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 : nombre de travaux témoignent, en plus de la vitalité des institutions coutumières, de leur capacité d'adaptation aux changements et de mobilisation dans les affaires locales que tout État devrait reconnaître. L'analyse par A. Mahé de la place des assemblées villageoises dans la Kabylie contemporaine est à cet égard remarquable. Il montre comment des 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.

- 30 Que, dans les communautés du Haut Atlas, la gestion des eaux soit -- A. Amahan le rappelait -- un lieu de compétition entre pratiques locales d'arbitrage, loi religieuse et loi et jurisprudence nationales, que, par le biais des consultations juridiques, les *fogahâ* ou, de leur côté, les représentants de l'autorité centrale s'efforcent, autant que faire se peut, de récupérer la gestion des affaires locales en opérant sur le terrain des *jamâ'a*-s 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 est dans l'ordre du politique. À ce titre il y a bien là un enjeu.
- 31 Les hommes ne sont pas dupes. De vives réactions des groupes par rapport à l'intervention du religieux dans leurs affaires intérieures se sont fait jour. Quelle violence dénote ce geste symbolique d'une tribu du Maroc, qualifiée de mécréante par Ben Naser¹⁴, qui enterre la *sharî'a* et l'annonce haut et fort : « Ils ont creusé un trou en forme de tombe, rapporte ce dernier, qu'ils ont recouvert de terre, en annonçant aux habitants de la localité : "Nous venons d'enterrer la *sharî'a*. Personne ne doit s'en réclamer dans notre pays. Quiconque l'appliquera en assumera les conséquences." »¹⁵
- 32 Si dans le Maroc contemporain, on prête à la loi cette valeur emblématique, ce pouvoir de dire ce que devrait être la société, elle est, dès lors, comme l'écrit notre juriste N. Bouderbala, en tant que telle, un enjeu. Mais bien avant l'existence de nations pour lesquelles l'enjeu en effet est considérable, n'y avait-il pas, qu'elle provienne du religieux ou du politique ou des deux ensemble, une volonté hégémonique et, à ce titre, le droit lui-même n'a-t-il pas toujours été un enjeu ?

Passages à l'écrit

- 33 Le droit coutumier relève essentiellement du domaine de l'oral, mais il a pu, à des époques fort différentes, faire l'objet de transcriptions : sous l'effet de transactions 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. Les villageois de Kabylie ont aussi parfois sollicité des lettrés pour la transcription de leurs *qânûn*-s ; toutefois, dès le début du xx^e siècle, ils commencèrent à transcrire eux-mêmes leurs « règlements » et « lois du village » dans la langue des colonisateurs très tôt maîtrisée (A. Mahé). Ces tentatives de mettre par écrit certaines pratiques restent certes partielles et finalement assez spécifiques. Mais que représente chaque fois le passage à l'écrit ? Dans quelles conditions et sous quelles pressions se fait-il ? Quelles stratégies desservent-elles ? Qu'est-ce que cela révèle alors du groupe ? Ce sont là des questions qui ont traversé tous nos débats car il y a là en effet, nous l'avons tous ressenti, et à propos d'exemples très différents, quelque chose d'essentiel.

- 34 Fondé sur l'écrit, le savoir religieux est toujours associé dans les campagnes à un statut social privilégié : Pierre Bonte nous en donne un exemple très documenté puisé dans l'Adrâr mauritanien où le pouvoir économique s'avère étroitement lié aux fonctions religieuses. Gestionnaires du sacré, spécialistes du droit musulman, c'est parmi les *zawâya* que sont recrutés les *qodat*, juges chargés de l'application de la loi coranique. L'utilisation qu'ils font de leurs connaissances religieuses et juridiques, leur habileté en casuistique, leur maîtrise de l'écriture, mais aussi les pouvoirs miraculeux qu'on leur attribue, leur donnent celui, considérable, de contrôler l'accès à la propriété et à la production agricole. L'arbitrage dans le bassin de Sa'da au Yémen, essentiel, comme le souligne G. Lichtenthäler, pour l'évolution du droit coutumier et le développement local qui a suivi, est le fait d'un lettré, homme de religion, descendant de la famille du Prophète. En Cyrénaïque, c'est également un lettré, *fgîh* de la tribu, poète, auteur d'ouvrages divers, à la fois juge coutumier, notaire, enseignant et réputé pour ses talents médicaux, qui assure la rédaction vers 1970 de ce que la tribu des Fwâher désigne comme son '*urf*', son droit coutumier, et qui s'avère une véritable constitution tribale à usage politique (G. Albergoni). Présentés par P. Bonte, les actes de propriété dans l'Adrâr, qui font référence à la *sharî'a*, s'appuient avec une sorte d'exubérance sur de longues « chaînes de témoignages », eux-mêmes rédigés, à des périodes différentes et sur une profondeur de plusieurs siècles, par des lettrés ou *qodat* étroitement liés par leur filiation et leur compétence au religieux. Ces actes puisent leur légitimité dans la seule indication d'une succession d'attestations écrites dont on n'a plus trace. De même la référence dans la tradition orale à un texte fondateur fantomatique est-elle récurrente. Celle-ci ne suffit-elle pas à conférer au groupe une légitimité prestigieuse ? Et c'est cette légitimité sans doute que veulent y puiser les Fwâher lorsqu'ils évoquent devant l'ethnologue l'existence d'un coutumier écrit beaucoup plus ancien mais perdu, auquel leur code actuel serait en tous points fidèle.
- 35 Partout, par ce patient travail des hommes du religieux, le prestige lié à l'écrit lentement s'est imposé.
- 36 L'oral, la mémorisation sans faille, dans l'extrême détail et jusqu'à l'infime, de pratiques ou d'interdits édictés par les assemblées, d'usages concernant le *harîm* (zone d'interdiction autour d'un palmier, d'une terre exploitée ou d'un puits), de réglementations sur les greniers collectifs, ou encore de la liste de l'ensemble des droits d'eau d'un village... N'est-ce pas là pour le groupe, outre le fait qu'il se passe parfaitement de l'outil de l'écrit, la meilleure façon de préserver son identité ? Comment comprendre d'ailleurs que l'essentiel, pour ces berbérophones de l'Anti-Atlas lorsque leurs greniers collectifs sont attaqués, est de sauver leur charte (nous sommes au XIX^e siècle et cela est évoqué par C. Lefébure) si ce n'est que s'y exprime une identité et qu'il ne s'agit pas que d'autres puissent s'en emparer, en faire lecture, voire y porter un regard...
- 37 La mise par écrit, cette obligation faite çà et là par les autorités coloniales de « coucher » par écrit -- comme cette expression prend sens dans ce contexte -- droits, usages, dispositions diverses est sans aucun doute une atteinte fondamentale au coutumier et au groupe. Cela rendrait irrévocable ce qui était susceptible d'être discuté, rigide ce qui était susceptible d'aménagements. L'écrit ne peut être contredit; il permet un contrôle plus étroit des groupes. Le pouvoir colonial ne s'y est pas trompé. Du moins le croyait-il, car, souvent¹⁶, pour ce qui est de faits ténus, ponctuels, une fois les choses mises par écrit, on n'y touche plus. Une fois le rôle de l'eau établi dans une oasis du Sahara tunisien, comme l'exigeaient les autorités françaises, les hommes n'y noteront plus aucune transaction; le

document deviendra vite obsolète. En même temps, les principaux lignages en gardent chacun précieusement un exemplaire. On est là dans l'ambiguïté attachée à l'écrit : l'écrit dont on ne semble avoir que faire mais auquel on accorde toujours un trouble et incontestable prestige.

- 38 Un peu partout, une diffusion progressive de l'écriture se fait à partir de foyers culturels, lieux saints, lieux d'enseignement et d'islamisation. Toujours, avec l'écriture bien sûr, l'infléchissement dans la forme et dans l'esprit, le glissement vers les normes de l'islam.
- 39 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 Ghadamès ? Tant d'autres exemples pourraient être cités...
- 40 Quel enjeu croient donc déceler les hommes pour vouloir que soit mis par écrit ce qui est du ressort intime du groupe, l'ordre coutumier ? Ou quelles inquiétudes faut-il voir dans ce qui pourrait être un désir de ne pas rester à l'écart ? Peut-on y lire, préoccupation du juriste, un rapport même lointain avec une régulation sociale, lors qu'une fois écrits, les codes ne sont jamais plus lus ou consultés ? Cependant, si des rajouts y sont apportés, n'est-ce pas tout de même qu'on en fait usage ? N'y a-t-il pas là tout simplement le désir de donner un statut plus respectable à tout ce qui sera entrepris ? N'est-on pas dans la logique d'une stratégie défensive devant l'avancée de la *sharī'a* ? C'est l'avis de N. Bouderbala. Et si s'en tenir à l'oral est perçu comme une façon de se préserver, de ne pas se livrer à l'autre, n'est-ce pas que l'autre est bien déjà présent sous la forme de l'écrit ? Peut-être alors faut-il aussi, comme l'estime A. Amahan, inscrire l'usage de l'écriture dans la problématique d'une compétition entre *'urf* et *sharī'a*. 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 y a *zawiya*-s ou écoles, là où se retrouve, avec l'écriture, toujours cette volonté de faire avancer la *sharī'a*. Pour ceux qui n'acceptent pas le jugement rendu par leurs instances coutumières, le recours à la *sharī'a* est envisageable. Il est possible que cela aussi ait incité les collectivités à fixer l'usage. Si on n'utilise pas ici non plus les documents une fois écrits, il y a volonté de fixer la tradition, non pas de sauvegarder ou de figer mais d'écrire à son tour, d'avoir de l'écrit, de « déposer » ses coutumiers, une façon d'exister en somme puisque c'est par l'écriture qu'on se fait entendre et reconnaître¹⁷. N'y a-t-il pas eu aussi à certains moments -- cela a été suggéré par A. Herzenni -- la tentative par des groupes tribaux de contrer les incursions du religieux en utilisant ses propres armes:celles de l'écrit ? On le voit, les motivations paraissent nombreuses et diverses.
- 41 Une mise par écrit, mais toute récente celle-là, à l'initiative des Fwâher, agropasteurs de Cyrénaïque: le document recueilli par G. Albergoni, dont la rédaction remonte au début des années soixante-dix, et qui se donne comme l'ancien *'urf* de la tribu. Mais ici, l'écrit a une fonction bien précise : le document n'est pas conçu pour être préservé dans l'intimité du groupe mais pour être exhibé, y compris à 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 du territoire tribal dans le nouveau contexte socio-politique et techno-économique. L'écriture lui donne certes une autre force, une reconnaissance plus affirmée. Mais une fois de plus, c'est bien par le coutumier qu'est exprimée, et exaltée, l'identité du groupe. Comme le note au passage A.

Mahé, à propos d'une convention tribale écrite portant sur des mesures somptuaires, élaborée tout récemment par les représentants d'une cinquantaine de villages réunis en assemblée, elle témoigne remarquablement de la pérennisation de la tribu.

- 42 Et c'est cette valeur et cette force de l'écrit -- B. Lecestre-Rollier le signalait dans son intervention -- que revendiquent aujourd'hui les jeunes générations du Haut Atlas qui semblent vouloir opter pour l'énoncé clair et définitif des jugements rendus par les instances juridiques de l'État et que, selon eux, leurs aînés qui s'exténuent dans des litiges sans fin n'ont pas su percevoir.
- 43 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. Lorsque des forages considérés comme « illicites » sont entrepris par les nomades, les autorités étatiques choisissent un temps l'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 indépendante 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.
- 44 La construction d'une nation qui suppose l'élaboration d'un droit positif unique en l'espace de seulement quelques décennies -- et parfois aussi après plus d'un siècle de législation coloniale -- est difficile et douloureuse : elle se fait au prix de compromis et de transactions aussi bien avec la loi religieuse dont la légitimité ne semble pas pouvoir être contestée qu'avec la coutume qu'on ne peut toujours délester de la gestion des affaires locales.
- 45 Selon les périodes, selon les rapports de force, les choses peuvent évoluer : ça et là, 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 » (N. Bouderbala). Au Yémen, la loi sur l'eau, dont on croit depuis longtemps qu'elle est sur le point d'être ratifiée, ne l'était toujours pas en août 2000 : on discutait encore de l'ordre de priorité à accorder aux différents secteurs (S. Kohler).
- 46 Mais l'absence de concertation, le manque de débat dans l'élaboration de lois concoctées dans des bureaux ne sont pas spécifiques au Maroc. 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 la réticence de ce dernier, lorsqu'il a usurpé l'initiative, à s'en dessaisir.
- 47 À 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. C'est sa crédibilité qui est en jeu. Cette négligence, ce manque de considération pour les sociétés locales et leurs enjeux spécifiques amènent, une fois tel ou tel décret promulgué et propulsé dans les campagnes, à des situations inextricables, parfois à de véritables blocages et à une ineffectivité périlleuse de la loi. On en a ici quelques exemples -- mais il y en aurait tellement d'autres --, avec certaines applications du *Code des investissements agricoles* marocain signalées par N. Bouderbala, ou avec la politique hydraulique dans le Jarîd tunisien, en cette vieille oasis de Nefta où les anciennes familles attachées à leurs privilèges ont pu pendant des années empêcher la mise en marche d'un très coûteux réseau moderne (G. Bédoucha).

- 48 Plus grave sans doute est la perte de crédibilité d'un État (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 dépens du droit collectif tribal est soudain interrompue comme au Qatar¹⁸, lorsque l'État multiplie les décrets sur les associations de gestion hydraulique dans les oasis tunisiennes, 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 : significativement, 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 : cela a été démontré. Et dans ce refuge de dernier recours pour les Âl Na'im du Qatar, refuge dans l'autorité de Dieu, A. Montigny voit le rejet symbolique de cet incontournable intermédiaire entre Dieu et les hommes qu'est devenu l'État auquel on a cessé de croire.
- 49 Si beaucoup de choses sont encore à résoudre dans le domaine du droit, et si, comme au Maroc, la frontière est loin d'être claire entre les deux grands universalismes juridiques, la loi religieuse et une loi nationale qui serait véritablement séculière, la coutume, elle, continue à régir « discrètement » de larges secteurs de la vie sociale dans les campagnes (N. Bouderbala). Discrètement, et là la coutume n'est décidément pas un obstacle, bien au contraire, dans la gestion du local. Discrètement ou clandestinement, désormais ouvertement dans le Sahara tunisien. Si, comme l'énonce le juriste, l'affirmation et la consolidation d'un État de droit suppose à terme la disparition de ce large et précieux secteur informel¹⁹ qui subsiste un peu partout, alors on n'a pas fini d'en débattre.

NOTES

1. . Dans le cadre d'un projet en réponse à l'appel d'offres « Intelligence de l'Europe. Méditerranée : échanges et affrontements » retenu par le MRT, j'avais organisé une table ronde sur le thème « Communautés locales face à l'État : droit coutumier, droit musulman, droit national ». Cet ouvrage reprend un certain nombre des communications présentées. Tous les participants avaient apprécié la teneur des débats et l'atmosphère de travail et d'échange qui y régnait. J'ai tenté ici d'en restituer l'esprit.
2. . 'urf est le terme arabe utilisé dans ce volume. Nombre d'autres termes désignent le code coutumier dans les sociétés berbérophones.
3. . À propos des variations d'application des règles qu'offrent les différentes écoles juridiques, notamment en matière d'héritage, je renverrai à l'article de S. Ferchiou, « Le système Habous en Tunisie : logique de transmission et idéologie agnatique », in M. Gast ed., *Hériter en pays musulman. Habus, Lait vivant, Manyahuli*. Marseille, CNRS, 1987 : 57-74.
4. . Biens de mainmorte.
5. . *Structures sociales du Haut Atlas*. Paris, PUF, 1955 : 364.

6. . Lors de son intervention à la table ronde qui a fait depuis l'objet d'une publication : « La loi, le pouvoir, les acteurs : jeux et enjeux au Maroc », in J.-L. Jamard, A. Montigny et F.-R. Picon, eds., *Dans le sillage des techniques. Hommage à R. Cresswell*. Paris, L'Harmattan, 1999 : 295-332.
7. . L'État zaydite a été fondé au III^e siècle de l'hégire par un homme issu de l'aristocratie religieuse, venu de Médine avec d'autres membres de la famille du Prophète, descendants de 'Alī. C'est parmi les représentants de l'orthodoxie religieuse que se sont recrutés les imams qui ont dirigé le pays pendant dix siècles. Ils ont contribué, avec la diffusion du zaydisme (une des grandes écoles juridiques de l'islam), à l'islamisation du pays.
8. . J. Berque, *Maghreb, histoire et sociétés*, chap. 6 : « Droit des terres et intégration rurale ». Paris, Duculot, 1974, p. 98.
9. . Je renverrai entre autres aux travaux d'U. Fabietti : « Control and alienation of territory among the Bedouin of Saudi Arabia », *Nomadic People* 20 : 33-40 ; « Politiques étatiques et adaptations bédouines : l'Arabie du Nord, 1900-1980 », in R. Bocco et al., eds., *Steppes d'Arabie. États, pasteurs, agriculteurs et commerçants. Le devenir des zones sèches*. Paris/Genève, PUF/Cahiers de l'IUED, 1993 : 135-146. On se reportera également à F. Pouillon (en collab. avec T. Mauger) : « Un État contre les Bédouins : l'Arabie Saoudite. Jalons pour une thèse », *Monde arabe, Maghreb, Machrek* 147 (numéro spécial) : 132-147.
10. . Il s'agit là du décret (ratifié par le souverain) de 1930 qui fit suite à deux autres *zahr*-s, l'un de 1914, l'autre de 1922, concernant « les tribus de coutume berbère ». Le dernier traite plus précisément du fonctionnement de la justice dans les tribus. À travers ces décrets, l'administration coloniale a cherché à soustraire les groupes berbérophones à l'application de la loi coranique.
11. . P. Dresch, « Tribal relations and political history in Upper Yemen », in B. R. Pridham ed., *Contemporary Yemen: Politics and historical background*. Londres-Sydney, Croom Helm and University of Exeter, Center for Arab Gulf Studies, 1984 : 54-174.
12. . Ou *foqhâ*, sg. *fqîh* ou *fqîh*. Lettrés, juristes, spécialistes du fiqh, la science du droit, qui exige une connaissance parfaite de la *shari'a* et le respect scrupuleux de son application.
13. . Cf. J. Berque *op. cit.* p. 98.
14. . Lettré, homme de religion, fondateur au XVI^e siècle de la *zawiya* de Tamgrout.
15. . A. Amahan, *Mutations sociales dans le Haut Atlas. Les Ghoujdama*. Paris, MSH/Rabat, Ed. de la Porte, 1999.
16. . Je ne parle pas bien entendu de l'enfermement de la coutume dans le cadre d'une politique d'ensemble avec les *zahr*-s berbères.
17. . Contrats privés ou publics, délibérations de groupe, codifications pénales, J. Berque (1974) évoque ces archives qui abondent : « Dans chaque maison, au fond d'un coffre, ou d'une outre en cuir suspendue au plafond, des tronçons de roseau abritent de vieux grimoires, enroulés en *volumen*. Ce sont des papiers à gros grain, étroits, et rédigés dans une langue difficile où la technologie arabe est défigurée par des termes berbères. » Cf. *Maghreb, histoire et sociétés*, chap. 1 : « Le Maghreb vu du Haut Atlas », p. 18.
18. . Peu important pour les hommes les raisons et d'ailleurs on ne les leur donne pas toujours.
19. . À propos du droit des terres au Maghreb, J. Berque écrivait en 1974 : « [...] s'opposant [...] au droit positif, au droit savant, au droit de l'administrateur, du lettré ou du conquérant. Mais droit qui tient ferme, parce qu'il réalise, au ras du sol, une intégration élémentaire » (chap.6, p. 99).