

Le rôle de la doctrine en droit international privé marocain

OUHIDA Jamila ⁽¹⁾

⁽¹⁾Professeure de l'enseignement Supérieur, Présidente de l'équipe de recherche « Performance en Droit International et Comparé », affilié au centre Interdisciplinaire de recherche en Performance et Compétitivité, Université Mohammed V Rabat, Maroc.

Email : ouhidajamila@gmail.com

Résumé :

Contrairement à la doctrine marocaine, la doctrine du protectorat en matière de droit international privé marocain s'est marquée par une grande vigilance et dynamisme. Son rôle ne consiste, non seulement, à l'analyse et l'interprétation des normes de droit international privé marocain, mais aussi à leur élaboration.

Malgré sa contribution, dans une certaine mesure, à l'évolution du droit international privé marocain après l'indépendance, la doctrine marocaine n'a pas pu dépasser sa fonction traditionnelle. Par conséquent, elle est invitée d'aller au-delà de cette mission, vers une mission plus efficace marquée par l'innovation et la diligence à l'instar de la doctrine du droit international comparé.

Mots clés :

Doctrine du protectorat, élaboration interprétation des normes, doctrine marocaine, vers une activité créative et innovante; interaction entre la doctrine marocaine et jurisprudence.

Date de soumission: 05/08/2018, *Date d'acceptation:* 28/10/2018, *Date de publication:* 27/12/2018

Pour citer l'article:

OUHIDA Jamila, "Le rôle de la doctrine en droit international privé marocain", *RARJ*, n°2, 2018, pp.327-342.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : OUHIDA Jamila, ouhidajamila@gmail.com

The Doctrine Role in the Moroccan Private International Law

Summary:

Contrary to the Moroccan doctrine, the doctrine of protectorate in Moroccan private international law was marked by great vigilance and dynamism. Its role lay not only in the analysis and interpretation of the norms of Moroccan private international law, but also in their elaboration.

Despite its contribution, to a certain extent, to the evolution of Moroccan private international law after independence, the Moroccan doctrine has not been able to go beyond its traditional function. Therefore, it is invited to go beyond this mission, towards a more effective function marked by innovation and diligence like the doctrine of comparative international law.

Keywords:

Doctrine of the protectorate, Elaboration interpretation of norms, Moroccan doctrine, towards a creative and innovative activity, interaction between Moroccan doctrine and jurisprudence.

دور الفقه في القانون الدولي الخاص المغربي

الملخص:

بخلاف الفقه المغربي، تميّز فقه الحماية في مادة القانون الدولي الخاص المغربي بدينامية وبإبداع متميزين، إذ لم يقتصر عمله على تفسير الحلول القانونية فحسب وإنما تجاوز هذه الوظيفة التقليدية نحو وظيفة أكثر أهمية تتمثل في إعداد النصوص القانونية. إنَّ الفقه المغربي، رغم مساهمته في بلورة بعض الحلول في إطار القانون الدولي الخاص المغربي ما بعد الاستقلال، فإنّه في حاجة إلى القيام بوظيفة أكثر فاعلية تتميز بالابتكار والاجتهاد على غرار فقه الحماية وفقه القانون الدولي الخاص المقارن.

الكلمات المفتاحية:

فقه الحماية، إعداد وتفسير القواعد، الفقه المغربي، نحو نشاط إبداعي وابتكاري، التفاعل بين الفقه والقضاء.

Introduction

La question du rôle de la doctrine dans la jurisprudence et dans l'ordre juridique marocain, en général, n'a pas été l'objet des études et recherches soigneuses. Ce sujet est étudié uniquement en première année de licence notamment en matière de l'introduction à l'étude de droit. De même, les professeurs universitaires n'accordent pas une grande importance à la doctrine comme source de droit.

Le mot « doctrine », selon les ouvrages que l'on a pu consulter, couvre à la fois les écrits consacrés aux questions juridiques, les théories qu'ils expriment et les auteurs qui les rédigent¹. La doctrine, donc, est le droit savant qui émane généralement des professeurs et chercheurs des facultés de droit, par opposition aux ouvrages pratiques, qui émanent souvent des praticiens. Il s'agit de différents sortes : les ouvrages généraux, les monographies, les articles publiés dans les revues spécialisées et même sur l'Internet, commentaires d'arrêts et essais. Les professeurs des facultés de droit seraient-ils les principaux auteurs de la doctrine², ils dominent non seulement l'enseignement mais aussi la recherche scientifique.

On peut donc affirmer que la doctrine, Bien qu'elle ne soit pas une source de droit, dans la plupart des systèmes juridiques, puisqu'elle est surtout une source interprétative des lois et des décisions judiciaires, elle demeure un centre d'influence sur l'élaboration et l'application du droit.

Il est inévitable de faire le point sur l'importance de ce séminaire, qui constitue sans doute un coup de pouce pour le droit international privé marocain, vu que la législation, bien qu'elle est considérée comme la principale source de cette branche de droit, ses règles restent dispersées et ne sont pas rassemblées dans un code unifié. A cela, il faut ajouter l'absence de toute règle de conflit en certaines matières³.

C'est ce qu'avait permis à la jurisprudence de concevoir et de fournir des solutions appropriées dans un certain nombre de questions de droit international privé, spécialement en domaine de statut personnel⁴.

Cela signifie-t-il que la doctrine, qui ne semble pas une source de droit au même titre que la jurisprudence, n'a pas un rôle important à jouer en la matière ?

¹MOURY, Christian., *La doctrine source d'unification internationale du droit*, revue internationale de droit comparée, volume 38, n° 2, 1986, pp. 351-368.

²MACDONALD, Roderick A., « *La nature, le rôle et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois* », Les Cahiers de droit, vol. 26, n° 4, 1985, p. 1071-1081.

³SARHANE, Fatna., et LAHLOU, Najia., « *Conflit de lois. Conflits de juridictions, Législation comparée*, Maroc, fasc 4, 8, 1994, p.3.

⁴DEPREZ, Jean., « *Droit international privé et conflits de civilisations*, RCADI, 1988, T 211. « *Droit international privé et conflits entre les statuts personnels, historique, théorie générale des conflits de lois* », législation comparée, Maroc, Fasc IV, 1er cahier, 1981, spéc pp 8 et 9. MOULAY RCHID, Abderazzak., « *Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel* », Revue du droit et d'économie 1991, n°7, p5. SARHANE, F., et LAHLOU, N., « *Conflit de lois. Conflits de juridictions*, op.cit, pp 4 et 5. OUHIDA, Jamila., « *Mécanismes de conflits des lois dans le droit international privé marocain* », impression Maarif, Rabat 2007.

Pour mieux illustrer La question, on distingue entre deux phases significatives de l'évolution du droit international privé marocain. Si la doctrine du protectorat a été vigilante et dynamique (I), elle ne l'est pas depuis l'indépendance (II).

I- une doctrine vigilante et dynamique

On ne peut parler, sous le protectorat, d'existence d'une doctrine nationale au sens propre du terme. En effet, la quasi- totalité des juristes qui sont intéressé par les questions du droit international privé marocain étaient des français¹ et leurs opinions ne traduisaient pas des nécessités d'un droit international privé local².

L'œuvre de la doctrine du protectorat ne résidait pas non seulement dans l'analyse et l'interprétation des normes de droit international privé (2) mais aussi dans leur élaboration (1).

1- Elaboration des solutions juridiques

Le projet du dahir 12/Aout/1913 relative à la condition civile des français et des étrangers, a été rédigé par le professeur « Albert de Geouffre De Lapradelle » - considéré parmi les plus éminents juristes français - et présenté à la commission d'élaboration des codes marocains, présidée par Louis Renault.

Ce legs juridique du protectorat, considéré comme le code de droit international privé marocain, est le seul héritier du système des capitulations. Il a été conçu exclusivement pour la sauvegarde des droits et intérêts des étrangers établis au Maroc et, ce, au détriment des spécifiés de la société marocaine aussi bien au niveau des règles de rattachement qu'à celui de leur mise en œuvre.

Le législateur de DCC n'avait pas les mains libres et ne jouissaient pas de son indépendance et sa souveraineté totale, mais il était lié par le droit conventionnel antérieur de son élaboration, afin de garantir le respect intégral des lois personnelles des étrangers³. En effet, comme partout ailleurs en Islam, le Maroc était un pays des

¹Parmi ces juristes, nous citons : DELAPRADELLE, A-G., rédacteur du projet de Dahir 12/Aout/1913. Acquaviva, A. qui a publié une thèse en 1937 intitulé : « *la condition civile des étrangers au Maroc* », et LERIS, P., le conseiller de la cour d'appel à Rabat, ce dernier a présenté des remarques concernant les mécanismes principales des conflits de lois et notamment l'instrument de l'ordre public, sans oublier, le célèbre professeur DECROUX, P., qui a publié beaucoup de travaux dans la matière du droit international privé, et il a mis un ouvrage en 1963 consacré pour les études universitaires, dans les publications de la faculté du droit de Rabat, sous le titre : « *droit international privé marocain* ».

²DEPREZ, Jean., « *Bilan de 25 années de droit international privé au Maroc* », RJPEM, N° 10, p. 125 à 151.

³HATIMI, Mohammed., « *Le privilège de juridiction sous le régime des capitulations au Maroc* », op.cit. LOURDE, A., « *Les capitulations et le démembrement de la souveraineté sultanine au Maroc* », (1631-1912), DEA Hist du droit, Toulouse 1983. Jean DEPREZ, « *Droit international privé et conflits entre les statuts personnels* », op.cit, spéc pp 8 et 9. BEN MANSOUR, Abdelouahab., « *Le problème de la protection consulaire au Maroc : dès que sa naissance jusqu'à la conférence Madrid* », imprimerie royale, Rabat 1980.

capitulations dont la personnalité des lois¹ est très étendue en couvrant tous les domaines y compris le pénal². A l'exception des conflits mixtes entre étrangers et sujets du sultan³, l'étranger jouissait d'un double privilège de juridiction et de législatif qui leurs permettait d'être régis devant le tribunal consulaire par les lois de son pays d'origine⁴.

La coïncidence de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, dans un tel système, a fait, totalement, évincer la notion moderne de conflit de lois ; aucune compétition n'apparaît entre les lois étrangères et la loi islamique entant que *lex fori*⁵, puisque le juge saisi⁶ n'applique jamais que sa propre loi.

Durant le protectorat la personnalité des lois fut poussée à l'extrême et consacrée dans le cadre d'un système de conflit de lois proprement dite, et ce par les textes élaborés à cette fin, respectivement, le dahir du 12 aout 1913 sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc, le dahir du 1^{er} juin 1914 sur la condition civile des espagnoles et des étrangers dans le protectorat espagnol au Maroc et le texte législatif du 15 janvier 1925 sur la condition civile des étrangers dans la zone de Tanger⁷. Le dahir de 1913 a été maintenu et étendu à l'ensemble du territoire national depuis la loi d'unification des tribunaux du 26 janvier 1965. Ce texte est devenu le seul code de la condition des étrangers au Maroc et qu'il représente encore aujourd'hui le droit positif en cette matière.

Bien que le système de droit internationale privé du protectorat soit largement inspiré des conventions de La Haye⁸ de droit international privé, et des résolutions de l'Institut de Droit internationale et du droit comparé⁹, sa philosophie répondait à une conjoncture historique et politique de l'époque dépassée aujourd'hui. Le principe de

¹Avant cette période, ce principe a été consacré au sein de l'Etat Islamique. Les étrangers non musulmans ont été soumis à la même loi appliquée sur les musulmans sauf dans les affaires relevant du statut personnel ; comme le mariage, le divorce et l'héritage. Toutes ces questions n'ont pas été soumises au droit musulman, mais elles sont régies par les lois personnelles. Voir : SALAMA, Ahmed.Abdelkarim., « *Notions de droit international privé comparé*, Caire, 1989.

²Sauf en matière immobilière qui relevait du droit musulman. Jean Deprez, op.cit., p4.

³Ces derniers ont toujours relevé de la compétence de la juridiction marocaine jusqu'à la fin du XVIIIe siècle (Jean Deprez, op.cit, p4).

⁴HATIMI, Mo, op.cit, p5.

⁵MOULAY RCHID, A., « *Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel* », op.cit, p12.

⁶Juridiction consulaire ou juridiction marocain.

⁷DECROUX, Paul., « *Droit privé marocain* »,440 p, Manuels de droit et d'économie du Maroc, p 408, Tanger, 1931.

⁸Parmi celles-ci, la convention de la Haye du 18-juin-1902 relative au conflit des lois en matière du mariage.

⁹Comme les codes civils allemands, suisse, espagnole, italien, projet de code civil belge). Voir : ACQUAVIVA, A., « La condition civile des étrangères au Maroc », op cit, p

57.DELAPRADELLE, G.A., « *Introduction du Dahir 12 Aout 1937 sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc*», reproduit in : DECROUX, P., « *droit privé marocain*», op.cit, spéc p 398 et ss.

la personnalité des lois avait une application particulière sous le protectorat aussi bien en matière de condition des étrangers qu'en matière de conflit de lois. Cette tendance au respect absolu de la loi étrangère a été, à maintes reprises, soulignée par la jurisprudence et la doctrine, qui ont tiré des conséquences les plus extrêmes, surtout dans les domaines de statut personnel et des contrats¹, et ce, contrairement au droit commun des systèmes de droit international privé.

La doctrine du protectorat, en plus d'élaboration des solutions aux questions de droit international privé, comme il est indiqué ci-dessus, elle a rempli, également, une fonction remarquable au niveau d'interprétation.

2- L'interprétation des solutions

Le dahir du 12-Aout-1913 ne prévoit pas des règles de conflits en certaines matières, comme c'est le cas pour les mécanismes techniques de conflit. Cela a permis à la doctrine et à la jurisprudence de protectorat d'élaborer et de développer un système de droit international privé en totale rupture avec les particularités de la société et l'ordre juridique interne marocain. C'est ainsi que les notions qui auraient pu conduire à l'application de la loi du for avaient été éliminées (qualification, renvoi) ou déformées de manière à faire échapper la question juridique à cette même loi du for (ordre public)².

Cette position doctrinale et jurisprudentielle a été interprétée en se fondant sur divers arguments liés, d'une part, à la tradition de personnalité des lois enracinée au Maroc toujours suivie en Islam et, d'autre part, à une nécessité relative aux particularités de la lex fori marocaine en matière de statut personnel, vu comme un droit religieux, bilatéral et non codifié³. En effet, afin de rester fidèle autant que possible à la loi étrangère de statut personnel, il a fallu la mettre à l'abri de toutes limites ou amputations qui auraient pu soumettre l'étranger, pour n'importe quelle raison, à la loi locale islamique. De même, la doctrine et jurisprudence voyaient dans le juge, dans toutes les zones du royaume, un juge international, veillant et protecteur des intérêts de la communauté étrangère, tenu par sa fonction, d'assurer aux lois étrangères une application aussi large que possible comme au temps des capitulations⁴ et comme c'est l'étranger était dans son pays d'origine⁵. C'est le même esprit qui a guidé la doctrine du protectorat d'affirmer, à maintes fois, le fondement international du droit international privé marocain.

¹SARHANE, F., et LAHLOU, N., « *Conflits des lois. Conflit de juridictions* », op.cit. p4.

²OUHIDA, J., « *Mécanismes de conflits des lois dans le droit international privé marocain* », op.cit. p 47 et ex, p 143 et ex, p 298 et ex.

³OUHIDA, J., op.cit, p 88 et ex.

⁴DEPREZ, J., « *Droit international privé et conflits entre les statuts personnels* », op.cit, p6, n°6. MOULAY RCHID, A, « *Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel* », op.cit, p 2.SARHANE.F. et LAHLOU, N., « *Conflit de lois. Conflits de juridictions, Législation comparée, Maroc*, fasc 4, 8, 1994, p 4.

⁵DECROUX, P., « *Droit international privé* » op.cit, p 323.

Nous avons exposé jusque-là le rôle de la doctrine du protectorat en domaine de droit international privé. Ce rôle s'est marqué par une vigilance et un grand dynamisme. Il est utile maintenant d'exposer la fonction de la doctrine marocaine en la matière qui demeure timide.

II- Le rôle timide de la doctrine marocaine

Au sein du système actuel de droit international privé le changement est particulièrement notable. La théorie de conflit des lois se présente avec une nouvelle figure. Cette orientation se manifeste dans les nouveaux textes visant la protection du statut personnel marocain ou du statut de l'étranger musulman et dans la contribution de la jurisprudence au renversement de quelques solutions conflictuelles. Néanmoins, la doctrine n'a pas pu dépasser sa fonction traditionnelle (1). A notre sens, pour exercer une certaine influence sur la pratique du droit, la doctrine est invitée d'aller au-delà de cette mission (2).

1- Le dépassement de la fonction traditionnelle

Après l'accession du Maroc à l'indépendance, il était censé l'abrogation du DCC¹ et le retour du droit international privé marocain à sa normalisation. Or ce texte est toujours en vigueur et étendu à tout l'ensemble du territoire national.

Bien que le DCC soit considéré comme le pilier du droit international marocain, il a besoin d'une révision dans divers dispositions et de remplir les lacunes qu'il comporte; en prenant en considération les nouvelles données politiques nées de l'indépendance, les actualités et la mobilité du droit international privé comparé.

L'idée a été constamment affirmée par la doctrine marocaine² qui n'a pas cessé d'appeler à rendre le système de droit international privé à sa normalisation en prenant en compte le droit islamique, fut pratiquement absent de la construction du système de protectorat et dépourvu de tout rôle comme *lexfori* en matière de conflit de lois, surtout dans le domaine de statut personnel. Il est désormais admis que le code de statut personnel- code de la famille aujourd'hui- constitue la *lexfori* en matière familiale³ et que le principe de personnalité des lois a connu un recul signifiant aussi bien au niveau des règles de fond qu'au niveau des règles de forme.

¹Parmi les projets qui ont été présenté pour réformer ce texte, nous citons le projet 1966 et celui du 1981, mais en vain. DECROUX, P., « *Droit international privé* », op cit, p 3 et 111.

²BAHNINI, A., son discours, op.cit, p8 et p9. MOULAY RCHID, A., « *Cours en droit international privé* », présenté aux étudiants de la quatrième année du droit français, faculté du droit, Rabat 1993. ELOUAKILI, Mohammed., « *Cours en droit international privé* », présenté aux étudiants de la quatrième année de licence en droit, faculté de Rabat 1993/1992, p 37.

ELMASSOUDI, Alayachi., « *Cours en droit international privé* », présenté aux étudiants de la quatrième année en droit, faculté du droit de Fez 1992/1991, p 247, aussi son article à propos, du divorce des étrangers dans le droit international privé, revue du droit et économie, n°2, 1986.

HIDAYT ALLAH, Abdellatif., « *Cours en droit international*

³Article 2 du code de la famille.

C'est ainsi que, le législateur, par le dahir du 24 avril 1959 relatif à l'organisation judiciaire¹, a soumis aux tribunaux charaïque les « contestations relatives au statut personnel et successoral des étrangers musulmans établis dans le royaume ». Bien que ce dahir ne traite que de la compétence juridictionnelle, le juge n'applique que la moudawana, et ce, sachant que toutes les parties au procès soient musulmanes ou l'une d'elles seulement². La juridiction suprême et les juridictions de fond ont appliqué cette solution consacrée par le dahir du 24 avril 1959, malgré la suppression des juridictions religieuses en 1965 et la mise sur pied du tribunal de première instance en 1974.

De même, une solution analogue a été adoptée, par le dahir du 4 mars 1960³, relatif à la conclusion des mariages mixtes entre marocains et étrangers, accordant la primauté au statut personnel du conjoint marocain au détriment de statut du conjoint étranger⁴, puisque les époux ne pourront se marier civilement, s'ils n'ont pas d'abord contracté le mariage en la forme marocaine, adoulaire ou rabbinique. De plus, des conventions internationales, signées et ratifiées par le Maroc, ont introduit des nouveaux critères de rattachement ignorés du système marocain, comme le domicile et la résidence. Des tels éléments ont joué un rôle capital dans le rétrécissement du domaine d'application de la loi national⁵, puisque le statut personnel était régi exclusivement, soit par la loi nationale soit par la loi marocaine. Parmi ces instruments internationaux, la convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut personnel et de la famille et de la coopération judiciaire⁶, la convention relative à la compétence et le droit applicable et la reconnaissance et l'exécution et la coopération dans le domaine de la responsabilité des parents et les procédures de la protection des mineurs signée à la Haye le 19 octobre 1996⁷ et la convention relative à l'enlèvement international des enfants en 1980⁸.

¹Dahir n° 1/59/0/78 du 24/avril/1959 relatif à l'organisation judiciaire de 1956.

²Arrêt du 28/mai/1964, clunet, 1966, p 383. Cours suprême 7 février 1972, Rec, arrêts Cours suprême, novembre 1972, p 46. Arrêt 5 juillet 1974, Revue marocaine du droit et de politique et d'économie, N° 13. Voir : SARHANE, F., « *Les conflits de lois entre époux en droit international privé marocain et tunisien*, doctorat d'Etat, droit privé, Paris II, septembre, 1984, p141. DEPREZ, J., « *Droit international privé et conflits de civilisations*, RCADI, 1988, T 211, p138.

³Le bulletin officiel numéro 2474, 25/mars/1960, p 689.

⁴DECROUX, P., « droit international privé, t II, op.cit, p186. Jean. DEPREZ, « *Un aspect inattendu de l'échange intégral de droit international privé ? Les relations de statut personnel entre l'Islam et l'Europe vues à travers le cas franco-marocain*, Rev, tun, de droit 1975, p67.

⁵Article 3 du DCC de 12 aout 1913.

⁶Adhéré par les deux parties (la France en 10/juin/1982 ; bulletin officiel publié le 1/juin/1983, et le Maroc en 7/octobre/1987 ; journal officiel numéro 3910). Pour plus de détail voir : DECROUX, P., « *La convention franco-marocaine du 10 Aout 1981 relative à l'état et la capacité des personnes et à la coopération judiciaire* », clunet, 1985, p 4. MONGER, Françoise., « *La convention franco-marocaine de 10 Aout 1981 relative à l'état et la capacité des personnes et à la coopération judiciaire* », RCDIP, 1984, p29 et 267.

⁷Ratifiée par le Maroc le 22 janvier 2003, par le dahir n°1.02.136 (bulletin officiel en français numéro 5108 promulgué le 15 mai 2003 p 375).

⁸Ratifiée par le Maroc le 9Mars 2010 et est entrée en vigueur le premier juin 2010.

En outre, certaines dispositions du dahir 12 Aout 1913 sont considéré comme implicitement abrogées et non conforme au contexte actuel d'un pays indépendant, surtout les articles 1 et 2, puis l'article 5 qui soumet l'apatridie à la loi française¹ et enfin le cas d'autres textes qui font référence soit aux français², soit à la législation française³, soit à la législation du protectorat, soit à la zone française du protectorat du Maroc⁴.

La doctrine du système actuel de droit international privé interprète, également, le déclin du principe de personnalité des lois en raison de l'apparition d'une tendance notable en matière de statut personnel où les techniques élémentaires, comme la qualification *lege fori*, l'ordre public et la notion même de *lex fori*, jouent un rôle traduisant un certain alignement sur le droit commun des systèmes de droit international privé⁵.

Cette tendance rompant avec le passé, se révèle aussi au niveau des règles procédurales. En effet, le nouveau code de procédure civile de 1974 ne reprend ni le contrôle, par la Cour suprême, de la loi étrangère de statut personnel⁶ introduit dans l'ancien code⁷, ni les institutions étrangères inconnus du droit de for qui ont été réglementé par le même texte⁸, ni la solution consacrée par l'article 394 dudit code⁹.

La jurisprudence a, elle aussi, pu réaliser quelques attentes de la doctrine¹⁰. En matière de séparation de corps des catholiques espagnoles, la cour de cassation a

¹L'article 2 du droit de la famille qui le soumet aux règles du code de la famille s'il a un domicile ou une résidence au Maroc. Les mêmes dispositions sont applicable au réfugié. L'article 2 du code de la famille et l'article 12 de la convention de Genève du 28- juillet- 1951 le soumis à la loi de domicile, ou de la résidence ou la loi du for (Bulletin officiel publié le 6 décembre 1957 p 1161).

²Articles 3, 9,10 et 11.

³Articles 10 et 12.

⁴Articles 10, 11, 16, 17, 18,19 et 20.

⁵OUHIDA, J., « *Les mécanismes de conflit des lois en droit international privé marocain* », op.cit.

⁶L'article 359 du code de la procédure civile de l'année 1974, n'a pas stipulé dans le cadre des motifs de cassation : la violation du droit étranger relative au statut personnel, comme il était édicté dans l'article 13 paragraphe 1 du Dahir instituant la cour de cassation publié le 27 septembre 1957.

⁷Article 13 du dahir 27 septembre 1957 instituant la cour suprême qui mettait la loi étrangère sur un pied d'égalité avec la loi interne. Voir sur la question : LAHLOU, N., « *La condition de la loi étrangère en droit international privé, essai d'étude comparative du droit international privé français et marocain* », thèse pour le doctorat d'Etat, Paris II, 1981.

⁸Comme la séparation de corps (art. 434-435), reconnaissance judiciaire de paternité, adoption et tutelle officieuse (art. 437-443). V : SARHANE, F., et LAHLOU, N., « *Conflit des lois. Conflit de juridictions*, op.cit, p5, n°12.

⁹Il prévoyait qu'à l'exception des personnes de nationalité française, les règles marocaines de procédure civile relatives à l'état des personnes ne s'appliquaient aux étrangers qu' « en tant qu'elles sont conciliable avec leur statut personnel ». V : DECROUX, P., « *Droit privé marocain* », op.cit., p228, n°1.

¹⁰BAHNINI, A., a affirmé dans un discours présenté à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire en 1968-1967 « *l'exercice de la jurisprudence marocaine sur le territoire marocain par des juridictions ecclésiastiques est contradictoire à l'ordre public, et il ne peut être considéré, même si le droit espagnol oblige l'intervention d'une juridiction religieuse pour juger la séparation des corps* ».

imposé la compétence exclusive de la juridiction marocaine en rejetant la compétence des officialités ecclésiastiques¹ admise sous le protectorat par respect de la loi étrangère. Ce revirement de la jurisprudence a été confirmé par la haute juridiction qui a posé, d'une manière très claire et sans équivoque, le principe de la compétence des juridictions marocaines dans tous les procès sans aucune distinction entre marocain et étranger et entre statut personnel et autres matières². Ce principe législatif de la territorialité a été ultérieurement consacré, en matière de règles procédurales, par la cour suprême qui a soumis la procédure de statut personnel des étrangers au droit marocain³ comme étant la loi du tribunal saisie⁴ conformément aux principes convenus dans le droit international comparé.

Bien que l'actuel système de droit international privé marocain ait connu une certaine évolution notable traduisant, sans doute, une volonté de rupture avec le passé⁵ ainsi qu'un souci d'instaurer des solutions prenant en considération les nouvelles données politiques nées de l'indépendance, sa construction n'est pas encore achevée et sa figure actuelle nécessite une réforme radicale⁶. A cet égard, on peut gager que l'apport de la doctrine dans l'instauration du système de droit international privé est une grande utilité.

¹Arrêt de la cour de cassation de 5 juillet 1967, journal du droit international (clunet), 1971, p184. Cette orientation a été affirmée par un autre arrêt de la même cour, jurisprudence de la cour de cassation, n° 2 et 3, 1968, p 4 et ss et p 12 et ss.

²Article 18 du code de la procédure civile.

³Arrêt du 8 avril 1983, RJPE du Maroc n° 15, p128. DEPREZ, J., « *La réforme et la procédure au Maroc et le droit international privé* », RJPEM, N 3, pp 45-74 et n 4, pp 49-93. EL LAYACHI, Massoudi., « *Essaye d'évaluation du code de la procédure civile du point de vue du droit international privé*, revue du droit et l'économie, faculté de Fez, 1990, n° 6, pp 211-169, spéc p168. SARHANE, F., « *Le caractère religieux du divorce et de la séparation du corps devant la cour suprême* », Rev.maroc.de droit et d'économie du développement, 1989, p309. Toutefois, il convient de signaler que les juges de fonds, en raison de la condition privilégiée faite à la loi étrangère, continuent aujourd'hui encore à appliquer, dans quelques jugements, les règles étrangères de procédure civile. LAHLOU, N., et SARHANE, F., « *Réflexions sur quelques règles de conflits de lois à l'épreuve de la pratique* », communication publiée dans le Cahier des droits maghrébins, Vol I, 1994.

⁴Les articles : 179 – 268 du Dahir 28 septembre 1974.

⁵MOULAYRCHID, A., « *Le droit international privé marocain en matière de statut personnel*, RevAlichaa, n°5, p58.

⁶Dans ce sens : OUHIDA, J., « *Les mécanismes de conflit des lois en droit international privé marocain*, op.cit.

2- Vers une influence significative de la doctrine sur la pratique de droit

La doctrine du droit international privé comparé assure un rôle non négligeable, aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Sa fonction, donc, se manifeste dans l'évolution des règles de sa loi nationale et l'unification de droit à l'échelon international, à travers l'échange des opinions et idées portant sur des questions juridiques, sans oublier les recherches accomplis en la matière, dans le but de comprendre et concevoir les tendances courantes dans les autres régimes juridiques aussi législatif que judiciaire, et peu importe leurs locale d'apparition dans le pays d'origine ou dans un autre pays étranger, sachant que les opinions des jurisconsultes sont prise en considération même au-delà de leurs pays d'origine¹.

Pour cette raison et d'autres, le dépassement de la mission classique de la doctrine, en matière de droit international privé et en droit en général, vers une activité créative et innovante est une grande utilité (A). De son côté, la jurisprudence est invitée, non seulement, à s'adapter plus aux nouvelles données nées de l'indépendance, mais également, à valoriser les théories doctrinales (B).

A- Utilité d'une activité doctrinale créative et innovante

Il est à noter qu'il est très évident, pour tous chercheur dans le champ du droit international privé marocain, d'observer les insuffisances et les faiblesses au niveau de la bibliographie concernant la dite discipline, soit en français ou en arabe. Il est, donc, pas difficile de remarquer ce fait juste à travers un travail de recherche scientifique dans ce domaine.

Contrairement à la doctrine du protectorat marquée par sa vigilance et son dynamisme², la doctrine marocaine n'y est pas encore arrivée. La plupart des travaux doctrinaux relatifs au droit international privé marocain sont accomplis par des auteurs étrangers lors du protectorat, notamment des français.

Ce constat a été affirmé, également, par les jurisconsultes marocains³. En fait, on peut avancer que la doctrine marocaine de droit international privé, est encore très jeune. Les recherches doctrinales en la matière sont rares et les écrits marocains n'ont pas vu le jour qu'après l'accession à l'indépendance et plus précisément après le discours de l'ancien président de la cour suprême, à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire en 1968-1967⁴. Mais, avec l'amplification de l'immigration marocaine vers l'étranger, notamment vers l'Europe, on a observé une certaine évolution attentionnelle aux questions de droit international privé marocain. Cela s'est traduit par la réalisation de thèses et mémoires universitaires et par la

¹MOULY, C., « *La doctrine source d'unification internationale de droit*, RIDC, 1986, vol 38, pp 351-368.

²MOULAY RCHID, A., op.cit, p59.

³MOULAY RCHID, A., op.cit, p 56 et 59. SARHANE, F., et LAHLOU, N., op.cit, p3.

⁴BAHNINI, A., « *Le discours présenté l'occasion de l'année judiciaire 1968-1967*, jurisprudence de la cour de cassation, novembre, 1968, n° 2.

publication d'articles, communications, recherches et études spécialisées dans divers sujets du droit international privé¹.

Toutefois, tout en reconnaissant la grande utilité de ces écrits, ils ne semblent pas constituer de la doctrine, puisque un nombre non négligeable des travaux sont descriptifs et leurs auteurs ne tentent pas de dégager de grands principes du droit et même, parfois, on observe un manque d'analyse critique des décisions des tribunaux à la lumière des grands principes concernant ce domaine du droit. Par ailleurs, ces travaux ne couvrent pas tous les sujets du droit international privé, sans oublier, l'absence d'un débat doctrinal, puisque l'opinion, sur une question juridique, est restreinte en un seul ou deux juristes. Or, pour pouvoir influencer la tradition judiciaire et la pratique de droit, la doctrine est tenue non seulement d'analyser et de commenter les règles légales et les décisions des tribunaux en les soumettant à la critique de leurs observations et de leurs raisonnements, mais aussi de signaler des aléas qui ne sont pas prévus par la loi ou insuffisamment traités.

Force est donc de constater, à la suite de ces affirmations, qu'on ne peut pas parler d'une véritable école marocaine du droit international privé au vrais sens de terme, mais d'une école qui est en cours de construction. Cela, en fait, reste inacceptable et regrettable, notamment dans un domaine où la jurisprudence et le législateur à la fois dépendent des théories doctrinales.

¹Parmi ces études et recherches : e CHERIF, Noureddine., « *Les conflits de lois en matière de mariage en droit international privé marocain* », D.E.S, droit privé, Rabat, 1963. MOULAY RCHID, A., « *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain du protectorat à 1972* », D.E.S droit privé, Rabat, 1973. ALAOUI, Boubker., « *Les lois personnelles dans les relations franco-marocaines en droit international privé français et marocain* », thèse de doctorat d'Etat, Paris II, 1978. BERJAOUI, Khalid « *Le régime du statut personnel de la communauté marocaine dans les pays du Maghreb* », étude dans le cadre du droit international privé, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures en droit privé 1994-1993 OUHIDA, J., « *Le régime de statut personnel de la communauté marocaine dans les Pays-Bas, réalité et perspectives* », 1ere édition, 2012, Rabat. FELOUS, Abdelmonim « *Les règles de la famille relatives à la communauté marocain en Espagne* », mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures en droit privé, faculté de droit, Souissi Rabat 1996-1995, KHAYAT, Amina., « *Conflit des lois en matière de statut personnel, étude comparative dans le cadre du droit international privé marocain et égyptien* », mémoire pour l'obtention de diplôme des études supérieures en droit privé, faculté Soussi, Rabat 1998-1997.

Il nous semble évident, que l'influence de la doctrine sur la jurisprudence et même sur le législateur, ira grandissant quand elle aura des conditions favorables de se diversifier et de se développer encore davantage. Les professeurs de droit international privé sont conscients des faiblesses de notre bibliothèque juridique (au niveau des ouvrages, revues, les thèses, les mémoires...). A cela, il faut ajouter, certains facteurs susceptibles de faire durer la situation actuelle, à savoir les difficultés concernant la jurisprudence qui est, selon le professeur Abderrazak Moulay Rchid, peu publiée, irrégulière, mal sélectionnée, peu diffusée, peu exploitée¹.

Néanmoins, et en dépit de ces contraintes, la doctrine a une fonction à remplir. Elle est, contrairement à la jurisprudence, libre de choisir le domaine de sa réflexion. Elle peut se situer en amont et en aval de la jurisprudence, comme elle pourrait être intervenant à tout moment et en tout lieu et diversifier ses fonctions indispensables surtout lors des questions juridiques bien complexes et dont les solutions législatives applicables ne sont pas claires ou les décisions judiciaires sont contradictoires ou ambiguës².

La doctrine, en matière de droit international privé ou en droit privé en générale, devra-t-elle aller au-delà de l'exposition du droit positif, d'éloge des solutions jurisprudentielles et de citation des réactions doctrinales, vers une contribution au processus de production du droit de manières différentes ?

D'une part, l'activité doctrinale ne peut se contenter d'interpréter et de justifier les normes juridiques, il s'agit d'apporter une contribution au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des divergences, des ambiguïtés, des hésitations, des contradictions, d'identification des lacunes, des insuffisances, de formulation des suggestions et alternatives appropriées, soit que ce travail est fait au profit des institutions gouvernementales et organes d'application du droit (études, recherches, travaux...) ou soit il est fait dans le cadre de la science du droit³. Ce faisant, cette interprétation aura, certainement, une portée créative, en contribuant à la fois à fixer le contenu de la norme et à la production de droit.

Il est à noter que, bien qu'il soit difficile d'avouer l'effet faible de la doctrine marocaine en droit international privé, on pourrait affirmer que l'effet a été significatif, certaines positions de la jurisprudence et modifications des textes juridiques ont une origine évidente dans la doctrine. Nous citons, à titre d'exemple, l'application de l'ordre public, la qualification *lege fori*, la notion même de *lex fori* en matière de statut personnel⁴, l'introduction, dans le cadre de la procédure civile en 1974, du système de contrôle sur l'exéquatur des jugements étrangères au Maroc au

¹MOULAY RCHID. A., « *Les grandes lignes de droit international privé en matière de statut personnel*, op.cit, p58.

²CATIAS, « *L'ambiguïté des arrêts t de principe en droit privé* », JCP, 1984, I, 3145.

³Jacques CHEVALIER, op.cit, p107.

⁴BAHNINI, A., son discours, op.cit.

lieu de système de la révision¹, et l'adoption, dans le droit de la nationalité², du principe de l'égalité entre les deux sexes, notamment entre le père et la mère dans l'attribution de leur nationalité à leur enfants³.

D'autre part, au surplus de cette influence indirecte exercée sur le droit, qui a belle et bien, une portée créative, puisqu'elle contribue à fixer le contenu de la norme juridique, la doctrine peut être impliquée plus directement dans les mécanismes de production du droit en l'associant à l'élaboration des textes.

A la différence de la doctrine comparée, les juristes marocains de droit international privé n'ont pas eu l'occasion, jusqu'à aujourd'hui, d'être impliqués dans les travaux préparatoires et les processus d'élaboration des normes juridiques, et ce, contrairement à la fonction doctrinale du protectorat marquée par une hypertrophie et domination de la production du droit, soit au niveau de son interprétation soit au niveau de leur élaboration.

En fait, le dahir du 12 aout 1913 toujours en vigueur, qui est même devenu le seul texte législatif gouvernant les conflits de lois au Maroc depuis la loi d'unification du 26 janvier 1965, n'a pas connu de révision⁴, à l'exception de quelques solutions législatives et jurisprudentielles qui ont contribué au renversement de quelques tendances prévalues sous le protectorat⁵.

Certes, cette nouvelle orientation est déterminante, elle exprime une volonté vers l'instauration des solutions plus conforme aux nouvelles données politiques créées de l'indépendance, mais cela demeure insuffisant et inachevé. L'élimination de toutes entraves à l'expression normale de la territorialité et des impératifs du for nécessite, certainement, une réforme radicale du dahir de 12 aout 1913, cette réforme qui ne peut être atteinte que par l'interruption totale avec des particularismes qui ont marqués le système marocain sous le protectorat.

¹MOULAY RCHID, A., « *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain du Protectorat à 1972* », op.cit.

²La loi n 62.06 promulgué par le dahir 23 mars 2007.

³MOULAY RCHID, A., « *La condition de la femme au Maroc* », préface, Jean Deprez, Ed de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985, P417 et ex.

⁴Des projets ont été présentés en 1966 et 1981, mais ils n'ont pas vu le jour, et, ce, à la différence d'autres lois qui ont connu des réformes fondamentales comme le code de statut personnel, droit commercial, droit pénal, droit de la procédure pénale et ex.

⁵Comme cela a été indiqué auparavant.

B- Valorisation du savoir doctrinal par la jurisprudence

La fonction principale de la cour de cassation est d'assurer l'unité de la jurisprudence et le respect de droit marocain. Cependant, cette finalité est loin d'être atteinte en droit international privé, notamment en matière de conflit de lois. La jurisprudence a, certes, contribué au renversement de quelques tendances, à la faveur des conditions politiques nées de l'indépendance, surtout au niveau de la construction de la théorie de conflit de lois, mais cette orientation s'est caractérisée par des hésitations, des contradictions et des ambiguïtés. Il en fut ainsi pour la qualification, l'ordre public. De même, des arrêts ont continué, postérieurement à l'indépendance et en raison de la condition privilégiée faite à la loi étrangère de statut personnel, de se référer aux bases internationales du système marocain¹ ou à appliquer des dispositions comme celles concernant les règles étrangères de procédure civile².

Bien que la marocanisation des magistrats, l'arabisation de la justice et l'unification des tribunaux depuis 1965, la jurisprudence n'a pas pu répondre aux aspirations de la doctrine marocaine au retour, du système de droit international privé marocain, à la normalisation, à la territorialité et la restauration de droit du for, une *lex fori* qui remplit les mêmes fonction qu'en droit commun, surtout en matière de statut personnel.

La continuité de certains aspect de l'esprit du système antérieur, au niveau de la jurisprudence, est du à maintes considérations, à savoir la condition privilégiée de la loi étrangère de statut personnel imprégnant l'esprit des juges, la continuation des juges français dans les tribunaux jusqu'à 1965, la mise, toujours, en vigueur du dahir 12 Aout 1913 et influence des juges de la Cour suprême par les écrits de quelques juristes du protectorat, notamment, les écrits du professeur Paul DECROUX. A cela, il faut ajouter certains facteurs qui ont contribué à mettre en évidence la situation actuelle, à savoir l'insuffisance de formation des magistrats dans le domaine du droit international privé en général et les conflits de lois en particulier. Nous n'avons pas l'intention, par cette affirmation, de généraliser une idée ou préjuger quelconque, mais nous visons à dévoiler sur une vérité indéniable. Sans oublier que les magistrats se réfèrent en la matière aux ouvrages de la doctrine du protectorat focalisés uniquement sur la justification des solutions applicable et la protection des intérêts des étrangers.

¹Rabat 5 avril 1963, *clunet*, 1966, p389, note DECROUX, P.

²Cours suprême 28 juin 1960, R.M.D, 1961, p23. 5 avril 1961, G.T .M, 1961, p 68. DECROUX. P., « Droit international privé », n° 451,1 inst. Casablanca- Anfa, 29 oct, 1987, N° 24, dossier 86/11242. LAHLOU, N., et SARHENE, F., « *Réflexions sur quelques règles de conflits de lois à l'épreuve de la pratique*, publié in : cahier des droits maghrébins, vol. I, 1994.

Cette situation a été, vigoureusement, critiquée sur le plan doctrinal compte tenu de son impact certain sur la qualité des décisions judiciaires. Le juge marocain se comporte comme s'il est soumis à la nouvelle réalité d'un Maroc indépendant sans indiquer le fondement juridique de sa décision¹. De même, la détermination du son contenu n'est pas tout à fait sans difficulté. Pour cette raison une spécialité de la magistrature et une formation solide dans le domaine de droit international privé est une nécessité d'une grande importance, vu le développement des relations transnationales et le dynamisme du droit international privé.

A cela, il faut ajouter que l'alignement, sur le droit commun des systèmes de droit international privé, ne pourra pas être aboutit sans que la jurisprudence tisse des liens forts et signifiants avec le savoir doctrinal. Il faut bien noter que, si celui-ci n'est pas cité par les juges dans leur décision, cela ne signifie pas que son influence n'est pas persistante, ni qu'on ne le consulte plus. Un ouvrage est non seulement étudié à la faculté, mais il demeure une référence que le juge consulte à l'occasion, avant ou après une audience, pour bien comprendre les principes en jeu. C'est ainsi que, l'activité doctrinale demeure importante dans l'évolution des normes de droit international privé marocain, par sa capacité de critiquer son état actuel, de souffler des alternatives, qui pourront attirer l'attention aussi de juge et de législateur.

Conclusion

Il est difficile de tirer une conclusion générale de tout ce qui précède. Cette contribution ne constitue pas une étude exhaustive afin d'obtenir des résultats définitives, car nous nous sommes focalisé sur l'analyse de certains objets du droit international privé. C'est pour cette raison qu'il n'est pas aisé de mesurer avec précision l'influence de la doctrine sur la jurisprudence en droit international privé et en droit en général. Cependant, nous pouvons développer quelques idées tirées lors de l'évaluation de son rôle dans cette sphère juridique et sa relation, aussi avec la jurisprudence et le législateur. En effet, le lien étroit entre la doctrine et la jurisprudence du protectorat est incontestable. Toutefois, un tel lien, qui se basait sur la confiance et le dialogue, fait - malgré quelques tentatives- quasiment défaut après l'indépendance. Toutefois, la contribution du travail doctrinal est indéniable dans la production du droit international privé et du droit privé en général. Mieux encore, il est indispensable pour que la norme juridique puisse obtenir son plein effet, symbolique et pratique et, donc, pour s'orienter vers le droit commun des systèmes de droit international privé, et pourquoi pas, vers une codification de tel droit, à l'instar d'autres branches et de certains ordres juridiques comparés.

¹En ce qui concerne l'appréciation de la jurisprudence marocaine dans le domaine du statut personnel voir : MOULAY RCHID, A., « *La magistrature et l'évolution de la Moudawana*, in : prologues, revue maghrébine du livren 9, mai 1977, pp 39-48.