



HAL
open science

Le retour de la sharia

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Le retour de la sharia : Les juges égyptiens et la référence à l'islam. Custodes, 2002, pp.45-69. hal-02160912

HAL Id: hal-02160912

<https://hal.science/hal-02160912>

Submitted on 24 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RETOUR À LA SHARĪ'A

Les juges égyptiens et la référence à l'islam

Baudouin Dupret

Cet article vise à resituer la question dans un contexte précis, à l'écart des tendances à l'idéalisation et à l'abstraction des conflits supposés des systèmes juridiques occidental et islamique, en-dehors de toute version juridique du *clash* des civilisations. Il s'agit, dans ce travail, de montrer comment, dans l'Égypte d'aujourd'hui, référence est faite à la *sharī'a islāmiyya*, au droit islamique. On s'attachera à analyser les modalités de la référence à cette normativité islamique et à en rendre toute la complexité. Pour ce faire, on procédera en deux étapes. D'abord, il s'agira de passer en revue les domaines du droit égyptien où une référence est explicitement faite à la religion. Ensuite, on présentera trois affaires permettant de poser les bases de cette approche de l'islam qui se veut non substantialiste.

1. La référence à l'islam dans le droit et dans la pratique judiciaire

Quelle que soit l'importance ayant pu être accordée au droit islamique et à ses normes dans l'élaboration du droit positif égyptien contemporain, il n'y a lieu de s'intéresser qu'à ce qui subsiste aujourd'hui comme référence explicite à l'islam. Nous n'avons en effet pas pour ambition de nous attacher à la filiation islamique des règles du droit égyptien, à leur généalogie, mais uniquement à délimiter les secteurs de ce droit où l'argument islamique semble toujours pertinent. Trois lieux peuvent être identifiés : le droit pénal, le droit civil et le droit constitutionnel.

L'islam est en Égypte religion de l'État (Const. art. 2) et sa gestion publique est assurée par un triangle composé du *Shaykh al-Azhar* (recteur de la principale mosquée et université islamique du monde sunnite), du Mufti de la République (principal organe consultatif en matières religieuses) et du Ministre des *waqfs* (fondations pieuses sous régime administratif particulier), tous trois soumis à l'autorité directe du Président de la République (cf. Luizard 1995, Paradelle 1995, Zghal 1997). En matière pénale, la seule référence explicite à l'islam consiste en la consultation obligatoire du Mufti de la République en cas de prononcé d'une condamnation à mort par la Cour criminelle (Paradelle 1995: 77).

En matière procédurale, la question s'est récemment posée de savoir si la *hisba*, c'est-à-dire l'action en défense de l'islam ouverte à tout musulman, sans que ne soit exigé son intérêt direct à la cause, était recevable en droit égyptien. La loi 3-1996 est venue entériner l'existence de cette procédure tout en en organisant l'exercice de manière restrictive. Le domaine du droit civil comporte un certain nombre de références explicites à l'islam. La plus importante se trouve à l'article premier du Code civil de 1948, qui stipule le principe de la compétence exclusive de la loi pour toutes les matières qu'elle réglemente et, « à défaut d'une disposition législative applicable », la compétence du juge à statuer « d'après la coutume et, à son défaut, d'après les principes de la *sharī'a* islamique » (C.C. art. 1er). Le droit musulman se voit ainsi conférer la qualité de deuxième source subsidiaire à la loi. Une place explicite est, en outre, reconnue à la *sharī'a* islamique et à ses principes en divers endroits du Code, particulièrement en matière successorale (art. 875) et testamentaire (art. 915). Quant au statut personnel (mariage, divorce, séparation, pension alimentaire, garde des enfants, héritage, etc.), il est totalement référé à la confession des individus, chacune de celles qui sont reconnues en Égypte étant dotée de textes de loi spécifiques et de chambres judiciaires compétentes aux

différents degrés de juridiction. S'agissant des musulmans, une série de textes ont codifié la tradition juridique hanafite¹. Il s'agit principalement, en matière familiale, des lois 25-1920 et 25-1929, toutes deux amendées par la loi 100-1985 (El Alami 1994 ; cf. infra), et, enfin, de la loi 1-2000. Parallèlement, les lois 77-1943, 25-1944 et 71-1946 sont venues réglementer en détail le régime successoral. On notera qu'assez naturellement, la référence à l'islam n'est plus faite à l'intérieur même de ces textes ayant déjà pour vocation de s'appliquer aux seuls musulmans, à l'exception de la situation hybride du mariage intercommunautaire qui stipule l'interdiction pour une femme musulmane de contracter un mariage avec un non-musulman. Il est toutefois précisé qu'en cas de silence de la loi, ce sont les dispositions prévalant dans la doctrine hanafite qui trouvent à s'appliquer, à charge du juge de les identifier et de les mettre en œuvre.

La Constitution occupe assurément une place centrale dans le jeu de la référence à l'islam en Egypte. Ceci tient pour l'essentiel à son article 2, qui stipule que « l'islam est religion de l'Etat, [que] la langue arabe est sa langue officielle et [que] les principes de la *sharî'a* islamique sont la source principale de la législation ». Cet article a fait l'objet d'un amendement, en 1980, qui a fait passer les principes de la *sharî'a* du statut d'« une » source principale de législation à celui de « la » source principale de la législation. Cette disposition, telle qu'amendée, a constitué la base de nombreux recours en inconstitutionnalité introduits devant la Haute Cour constitutionnelle égyptienne (*al-mahkama al-dustûriyya al-`ulyâ*).

Pour reprendre les propos de Bernard Botiveau, « le système judiciaire présente aujourd'hui, dans ses principes généraux et sa configuration, nombre de caractéristiques essentielles habituellement relevées lorsqu'il est question de décrire l'organisation judiciaire d'un Etat moderne » (Botiveau 1986) : séparation des ordres juridictionnels judiciaire et administratif, des juridictions civiles et répressives, indépendance du pouvoir judiciaire, etc. Le système actuel est unifié et proche de l'organisation judiciaire des pays de tradition juridique civiliste. Il n'existe plus aucune juridiction spécifiquement islamique, les tribunaux confessionnels ayant été supprimés et remplacés, en 1955, par des sections spécialisées des Cours et tribunaux de l'Etat. La justice civile, commerciale et pénale est organisée en tribunaux de première instance, partiels (pour les questions d'ordre mineur) et pléniers, huit Cours d'appel et une Cour de cassation. En matière pénale, les tribunaux partiels se voient confier les contraventions et délits, l'appel étant porté devant les tribunaux pléniers. Les cours criminelles (équivalents sans jury de nos Cours d'assises), formées au sein des cours d'appel, sont compétentes en matière de crimes et jugent sans appel. La justice administrative est rendue par le Conseil d'Etat, institution composée de trois sections (judiciaire, consultative et législative), dont l'instance suprême est la Haute Cour administrative (Kosheri, Rashed and Riad 1994). L'Egypte est également dotée d'une Haute Cour constitutionnelle, instituée par la Constitution et active depuis la promulgation de sa loi organique (loi 48-1979) et l'adoption de son règlement intérieur (cf. Jacquemond 1988 et 1994 ; Bernard-Maugiron 2000). La Haute Cour constitutionnelle est compétente en matière d'interprétation des lois, de contrôle de constitutionnalité et de règlement des conflits de compétence entre juridictions. Elle peut être saisie de la question de la constitutionnalité d'une loi à la demande d'un juge d'instance.

Après avoir passé en revue les sources du droit et la place qu'occupe le principe islamique et avoir envisagé les compétences judiciaires, il est possible de se pencher sur l'attitude des

¹ Pour les Coptes orthodoxes, le statut personnel en matière de mariage et de divorce est réglementé par un décret de 1938.

juges égyptiens dans les questions mettant en scène la référence à l'islam. On peut tenter d'établir une typologie des décisions recourant au répertoire juridique islamique.

Le besoin d'établir une typologie de ce genre trouve son point de départ dans la décision d'un juge égyptien de condamner à l'application de la peine islamique une personne interpellée en état d'ivresse sur la voie publique.

« Attendu que le tribunal s'en réfère aux règles précédentes [règles relevant des différentes doctrines du droit islamique] pour juger de la nullité de toute loi contraire aux règles de la Loi du Ciel, en tête desquelles viennent les dispositions répressives [applicables] à cette requête. Elles [ces lois contraires aux Lois du Ciel] sont toutes nulles de nullité absolue. Elles sont dépourvues de la référence à la Légimité divine (*shar`iyya*)². Il faut, dès lors, appliquer la *shar`a* de l'islam et ses règles, par suite même de l'obéissance à Dieu et à Son Envoyé et en rendant possible l'instauration de ses règles dans l'Etat » (tribunal d'arrondissement de `Abidîn, 12 Jumadâ al-awwal 1402 h./8 mars 1982, in Ghurab 1986).

Ce type de jugement contestant le droit positif, outre sa nature paroxystique, ne constitue qu'une forme parmi d'autres de recours au répertoire juridique islamique. Il est possible de regrouper l'ensemble de ces décisions en quatre catégories. La première consiste en décisions déterminant le contenu de l'islam, en tant que culte reconnu et éventuellement privilégié, ou de la *shar`a*, en tant que référent législatif. Relèvent du second type les argumentaires instrumentalisant l'islam pour fonder des décisions portant avant tout sur la forme institutionnelle de l'Etat ou sur une certaine conception de l'ordre public. La troisième catégorie de décisions tient en une sur-validation des règles de droit positif dont le libellé, en lui-même, est autosuffisant et ne justifie donc pas explicitement pareil recours. Enfin, quatrième type, certaines décisions de justice ont été jusqu'à invalider le droit positif au nom de la *shar`a*. Le droit positif ne semble donc pas fort s'émouvoir du recours à l'islam et à ses dispositions normatives, pourvu que cela ne se fasse pas sur la base d'une contestation de sa validité et/ou d'une exigence de soumission à un ordre qui lui est extérieur³.

La catégorie « objectivisation » vise les situations où référence est faite à l'islam en tant que culte, dont le libre exercice est revendiqué. Ainsi en va-t-il, par exemple de la question du port du foulard à l'école. La définition de la norme islamique constitue dans ce cas l'objet même du contentieux porté en justice dans lequel on a recours aux dispositions portant sur la religion, la liberté de conscience et l'exercice des cultes dans le droit positif. Les arrêts de la Haute Cour constitutionnelle, quand elle se prononce sur la nature de la *shar`a* en tant que référent législatif, relèvent également de cette catégorie.

Ceci nous donne l'occasion de revenir rapidement sur cette interprétation donnée par la Haute Cour constitutionnelle à l'article 2 amendé de la Constitution. L'examen de la jurisprudence de la Cour révèle que, dans un premier temps, cette juridiction a eu tendance, quand elle était saisie d'un recours en inconstitutionnalité, à ne pas s'engager sur le terrain de l'interprétation de la *shar`a* pour davantage s'en tenir à une stricte technique juridique (HCC 4 mai 1985, n° 28/2^e). Dans un autre arrêt pris le même jour, la Haute Cour constitutionnelle a formulé un principe qui a fait jurisprudence, celui de la non-rétroactivité de l'article 2. La Cour s'est ainsi refusé le droit de juger de la constitutionnalité de textes antérieurs à 1980

² Nous utiliserons désormais la majuscule (Loi, Légal, etc.) pour désigner la Loi de Dieu, la minuscule renvoyant à la loi positive, la loi des hommes.

³ A titre comparatif, on notera qu'en Tunisie, « la jurisprudence en matière de droit de la famille s'est parfois référée au droit musulman dans des cas où le droit positif ne présentait aucune lacune et ne posait aucun problème spécial d'interprétation », même si ces cas restent isolés. Référence est faite à des arrêts de 1969, 1976 et 1983 (Laghmani 1994).

(HCC 4 mai 1985, n° 20/1^e). On peut donc penser que, tout d'abord, la Haute Cour constitutionnelle a tenté d'échapper au danger de l'interprétation de la *shari`a*, préférant cantonner l'appareil de ses décisions à « des arguments de pur droit positif » (Jacquemond 1994). On constate toutefois, à l'examen de la jurisprudence plus récente de la Cour, qu'il n'en va plus de même aujourd'hui, pour la simple et bonne raison que, là où il y a quelques années peu de textes législatifs étaient antérieurs à la réforme de 1980, le matériau s'est accumulé et, partant, les possibilités de recours en inconstitutionnalité concernant des textes postérieurs à cette réforme se sont multipliés. C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 mai 1993, la Cour a été amenée à explicitement se placer sur le terrain de la *shari`a* et de son interprétation. Distinguant entre principes absolus et principes relatifs de la *shari`a*, la Cour a précisé que son contrôle ne s'exerçait que sur les principes absolus, sans pour autant que ces derniers ne soient clairement identifiés.

La deuxième catégorie, celle d'« instrumentalisation », vise ces situations où il est fait recours à l'islam pour fonder une décision touchant à une certaine notion de l'ordre public. L'atteinte à l'islam est dans ce cas instrumentalisée par le juge ou les parties qui visent, sous ce couvert, un objectif autre. Plusieurs motifs peuvent ici être invoqués. Soit qu'on argue d'une atteinte à l'islam en tant que religion de l'Etat et fondement des institutions. C'est sur cette base, par exemple, que le Parti communiste marocain (PCM) a pu être interdit. Voici un extrait (Camau 1970: 126, repris par Ben Achour 1980: 258-259 et Tozy 1984: 82) de la décision prise par la Cour d'appel de Rabat dans son arrêt du 3 février 1960 — principe répété par la Cour suprême le 28 mai 1964 :

« Attendu que l'on ne peut déclarer que dans l'objet défini par ses statuts, ce parti tend à porter atteinte à la forme monarchique de l'Etat [...] ;

« Mais attendu que la demande du Ministère public est également motivée par l'incompatibilité des principes dont se réclame le PCM avec la religion musulmane et les institutions islamiques ;

« Attendu que c'est à tort que les premiers juges ont estimé qu'il s'agissait là d'une accusation d'hérésie excédant la compétence des tribunaux ordinaires [...] ;

« Or, attendu que SM le roi Mohammed V a, à plusieurs reprises, proclamé que toute idéologie qui se réclamait du matérialisme était contraire aux préceptes religieux dont il est le gardien spirituel [...] ;

« Attendu que le souverain a ainsi désigné directement et sans ambiguïté les doctrines s'inspirant du marxisme-léninisme⁴ [...] ;

« Attendu [...] que l'action du Ministère public ne tend nullement en l'occurrence à empêcher ni même à limiter la liberté d'opinion ou d'expression, mais seulement à faire constater la nullité d'une association dont les objectifs avoués menacent ou mettent en danger les structures traditionnelles de l'Etat [...] ;

« Par ces motifs,

« La Cour, [...]

« Prononce la dissolution de la dite association, avec toutes les conséquences de droit ».

Soit qu'il s'agisse de l'islam en tant que confession majoritaire dont la mise en cause est alors perçue comme une atteinte à l'ordre public. C'est dans cet ordre de jugements qu'on classera les décisions par lesquelles, au Maroc comme en Egypte, la secte religieuse des Bahâ'î a pu être considérée comme hérétique. Dans le premier de ces deux pays, l'accusation d'hérésie fut sanctionnée, à l'occasion du procès de Nador, par la condamnation à mort et l'exécution, le 10 décembre 1962, de trois adeptes de cette foi dérivée de l'islam (Tozy 1984: 90 et 1989: 27).

⁴ Référence est ici faite au discours du Trône prononcé par le roi Mohammed V le 18 novembre 1959. Il y affirmait que « les doctrines matérialistes qui sont incompatibles avec notre foi, nos valeurs morales et notre structure sociale ne peuvent avoir de place chez nous, car l'islam, grâce à son esprit de justice et de tolérance, nous suffit » (Camau 1970: 126, repris par Ben Achour 1980: 259).

Le troisième type, celui de la « survalidation », vise le recours à des motivations qui, comme telles, ne sont pas à la base même du contentieux judiciaire. Le juge se fonde ici sur des principes généraux, tels que ceux de la religion et du droit qui en dérive dans un Etat faisant de l'islam sa religion. Cela ne semble pas, en soi, devoir poser un problème particulier. Le recours à pareils principes a pour fonction de conforter la loi positive. Il n'est alors considéré que comme une quasi-formule de style à laquelle rien ne s'oppose. Prenant exemple du statut personnel, Bernard Botiveau parle d'un recours à la *sharî'a* comme caution (Botiveau 1993: 225).

« Le juge fonde normalement ses décisions sur la loi de 1985 et sur les dispositions maintenues de la loi de 1929, plus rarement sur celle de 1920 ; également, lorsqu'elle existe, sur une jurisprudence constante de la Cour de cassation. Cependant, il arrive fréquemment qu'il justifie en plus son arrêt, soit par une disposition admise par l'une des écoles sunnites du droit islamique, soit par une hiérarchie des sources qui n'est pas toujours perçue dans les débats actuels sur l'islamisation du droit. Dans le premier cas, il confirme l'application actuelle d'une règle au nom d'une somme de précédents accumulés par une tradition ancienne ; il cite par exemple « l'opinion dominante » attribuée au *fiqh* hanéfite ou un « principe constant du *fiqh* », bénéficiant du consensus des quatre écoles sunnites, tel que l'entretien obligatoire de l'épouse. Dans le second cas, les références directes à la *sharî'a* tendent à légitimer la décision par un principe très fort : par exemple, la nécessité d'une vie harmonieuse doit conduire à admettre la séparation ; l'importance de la *nafaqat al-mut'a* (Coran II, 236), pension spéciale versée à la suite d'une répudiation ; ou le *hadîth* fondant de façon générale le divorce pour préjudice subi (*Lâ darar wa lâ dirâr*, « ni tort ni riposte disproportionnée au tort »). Dans quelques affaires, le juge réunit dans un même arrêt pratiquement toutes les sources disponibles, *sharî'a*, *sunna*, consensus des oulémas, jurisprudence des anciens tribunaux islamiques et droit positif ; par exemple pour établir que la pension alimentaire se calcule en fonction des revenus du mari » (Botiveau 1993: 225).

Enfin, la question prend évidemment, pour la catégorie de l'« invalidation », un tour tout à fait particulier, dès lors qu'il s'agit de recourir à la *sharî'a* et au détail de sa formulation normative pour nier toute validité à la loi positive. Ainsi en va-t-il de certains jugements prononcés par le juge Ghurab, dans lesquels il prononce une sentence qu'il qualifie d'islamique, contrairement au droit positif en vigueur qu'il déclare par la même occasion illégitime. Voici un autre extrait d'une décision prise par ce juge (Ghurab 1986).

« Attendu que, sur la base juridique de ce qui précède et dans une mesure qui ne saurait accepter aucune controverse, l'amendement constitutionnel [de 1980, faisant de la *sharî'a* la source de la législation] précité entraîne l'immédiate nullité de l'ensemble des lois contraires à la *sharî'a* islamique, du simple fait de la promulgation de cet amendement — qui a fait l'objet d'une demande d'avis juridique (*al-mustafî'û `alayhi*) — [...], ce qui comprend la loi contenant les dispositions répressives invoquées dans cette requête [...]

« Dès lors, les lois qui sont contraires sont devenues d'existence impossible, ce qui conduit à dire qu'appliquer les lois de la *sharî'a* islamique constitue la mise en œuvre du texte de la Constitution même et la purification (*tanzîh*) du législateur de toute profanation. Il est notoire, en jurisprudence de l'exégèse, que 'l'exégèse qui met en oeuvre le texte vaut mieux que l'exégèse qui le néglige' [...]

« Dire qu'il faut attendre la promulgation par le pouvoir législatif des législations fondées sur l'excellente *sharî'a* contribue à [la création] des situations honteuses sous l'effet de indétermination et de l'absence de limites [...]

« Attendu qu'on est amené à considérer les textes contraires à la *sharî'a* islamique comme frappés de nullité absolue, ce qui a pour conséquence importante d'encourager le juge de ce tribunal à résumer les choses de la manière suivante :

« 1. Concernant l'application des textes nuls, il faut que le juge ne les applique pas en droit positif mais qu'il ne les applique que dans les situations de validité. Il n'appartient pas au juge de prétexter de ce que les lois ne l'autorisent pas à distinguer ce qui est valide de ce qui est nul, se fondant en ceci sur ces mêmes lois. Le pouvoir du juge consistant à négliger ce qui contrevient à la *sharî'a* provient de la *sharî'a* elle-même et non des lois qui lui sont contraires.

« Dès lors que le juge frappe de nullité la loi contraire, il lui faut appliquer la règle de la *sharî'a* directement et immédiatement, sans qu'importe le fait [de savoir] si son jugement a été appliqué par la suite ou non. Son obligation subsiste, de même que la mise en œuvre de ce qu'il considère être le droit (*haqq*) et la rectitude (*sawâb*) [...]

« 2. Concernant l'application des lois de manière générale, il résulte de l'adoption de la théorie de la nullité que ne seront appliquées, parmi les règles issues de lois positives, toutes espèces confondues, que celles qui sont en accord avec les textes de la *sharî'a*. Leur contravention entraîne par contre leur complète négligence ; il faut les ignorer sans limites, pour remettre immédiatement et sans réserve à leur place les règles de la *sharî'a*.

« 3. Concernant l'application de la *sharî'a*, il résulte de la nullité des textes des lois positives contraires à la *sharî'a* que les tribunaux appliquent en l'espèce les textes des lois de la *sharî'a* sans qu'il ne soit besoin d'intervention de l'organe législatif. Au contraire, il résulte de [cette même] nullité que l'Assemblée du peuple doit s'en tenir aux peines Légales de la *sharî'a* pour les lois nouvelles qu'elle promulguerait (cf. l'ouvrage du martyr `Abd al-Qâdir `Awda, « La législation pénale islamique », 1ère partie, article 195) ».

Le système juridique et judiciaire institué se trouve alors confronté à une proposition bien entendu inacceptable, ce qui l'amène à réagir en conséquence (Ghurab, pour sa part, fit l'objet d'une remontrance judiciaire et d'une mesure administrative le détachant dans une administration non contentieuse). On notera que ce qui démarque l'invalidation qu'exemplifie le juge Ghurab, par rapport aux trois autres types, c'est le fait précisément qu'il s'engage jusqu'à explicitement invalider le droit positif, alors même que le fait de recourir aux principes de la religion islamique pour fonder, à titre subsidiaire, une décision de justice n'a rien d'exceptionnel.

2. Le juge, le prince et la *sharî'a*

Dans cette troisième section, nous voudrions présenter succinctement trois affaires à l'occasion desquelles un magistrat égyptien a été conduit à faire référence à la *sharî'a* et à affirmer se fonder sur ses dispositions. Ces exemples de recours au répertoire juridique islamique me permettront, en conclusion, d'illustrer l'approche générale de la référence juridique à l'islam que nous proposons.

La première affaire touche au port du voile à l'école publique. Un père de famille a introduit devant le tribunal administratif d'Alexandrie, en sa qualité de tuteur naturel de ses deux filles, une requête contre le ministre de l'Education, demandant que soit suspendue et annulée la décision qui interdisait l'admission de ses deux filles à l'école secondaire. En effet, au moment d'inscrire ses filles à l'école, il avait été saisi de leur renvoi, fondé sur un arrêté ministériel décrétant l'interdiction de laisser accéder à l'école les élèves portant le voile complet (*niqâb*) ; cet arrêté ordonne de contraindre les élèves à porter un uniforme unifié conforme aux caractéristiques qu'il définit. Pour le requérant, c'était en contravention aux articles 2 et 41 de la Constitution égyptienne qui stipulent, pour le premier, que l'islam est la religion de l'Etat et que les principes de la *sharî'a* sont la source principale de toutes ses législations et, pour le second, que la liberté individuelle est protégée et qu'il est interdit d'y porter atteinte. Le tribunal administratif renvoya alors l'affaire à la Haute Cour constitutionnelle. Dans son arrêt du 18 mai 1996, la Cour, rappelant son interprétation de l'article 2 de la Constitution, mentionne le principe qu'elle a établi selon lequel les opinions interprétatives portant sur des questions controversées n'engagent que leurs auteurs, le législateur restant libre de statuer pourvu qu'il respecte les objectifs de la *sharî'a*. Pour la Cour, la logique de l'uniforme est d'assurer le respect de la pudeur de la fille et des us et coutumes de la société. Le législateur peut légitimement imposer des limitations d'ordre vestimentaire, sans que ce ne soit contraire au principe de protection de la liberté individuelle, s'il le fait dans un but de préservation de l'identité. L'islam a amélioré le sort de la femme, ce qui explique qu'il l'ait incitée à assurer sa pudicité. Il lui a ordonné de se voiler, parce que cela constitue une protection contre la vulgarité. La femme ne peut donc, en matière vestimentaire et au regard de la Loi (de Dieu), exercer un libre arbitre. Son vêtement doit, au contraire, traduire la responsabilité qu'elle assume dans le monde. Mais la configuration du vêtement

féminin ne fait pas l'objet de textes coraniques absolus, la porte demeurant dès lors ouverte à l'interprétation et à l'intervention du législateur, qui doit respecter aussi bien les mœurs que les nécessités de la vie dans une société moderne. En acceptant le voile, pour autant que cela ne résulte pas d'une contrainte et que cela ne limite pas la capacité d'insertion de la jeune fille, l'arrêté du ministre, pour la Cour, ne contrevient pas à l'article 2 de la Constitution. Etablissant par ailleurs une distinction entre liberté de conviction et liberté de pratique religieuse, la Cour souligne que, si la première ne peut être restreinte, la deuxième peut être limitée par la poursuite d'intérêts supérieurs, comme l'ordre public et les bonnes mœurs. L'éducation appartient à ces intérêts supérieurs que l'Etat doit protéger et qui autorisent la réglementation de l'uniforme scolaire. Dès lors, l'arrêté du ministre de l'Education ne contredisant pas, aux yeux de la Haute Cour constitutionnelle, les articles 2 et 41 de la Constitution, elle décide d'écarter la requête. Pratiquement parlant, cela signifiait que les jeunes filles ne pouvaient réintégrer l'école revêtues d'un voile complet.

La deuxième affaire a connu un certain retentissement. Il s'agit du procès de Nasr Hamid Abu Zayd, professeur-assistant en études islamiques et littérature à l'Université du Caire, auteur de publications à caractère exégétique, au titre desquelles « L'imâm al-Shafî'i et la fondation de l'idéologie médiévale » et « Le concept de texte : étude en sciences du Coran ». Abu Zayd s'était vu refuser, en mai 1992, l'accession au grade de professeur au motif qu'il s'en était manifestement pris à la religion islamique et aurait tenu des propos hérétiques. Confinée jusqu'alors à l'enceinte de l'Université, l'affaire prit une tournure nouvelle quand un collectif d'avocats introduisit, le 16 mai 1993, une requête devant le tribunal de première instance, chambre du statut personnel, demandant que soit prononcé un jugement séparant Abu Zayd de son épouse, Ibtihal Yunis, Egyptienne de confession musulmane, au motif que ses publications « contiendraient des éléments impies (*kufr*) le faisant sortir de l'islam », « le feraient considérer comme apostat (*murtadd*) » et « prescriraient que soient appliquées en son cas les règles de l'apostasie (*ridda*) » et que, « parmi les conséquences (*athâr*) de l'apostasie unanimement admise en jurisprudence, il y a le jugement en séparation des époux »⁵. Alors que la défense d'Abu Zayd était organisée, entre autres choses, autour du défaut d'intérêt direct des requérants à la cause, la Cour d'appel du Caire reconnut, au contraire, la validité de la procédure en *hisba*⁶. Ayant fondé la légalité du recours en *hisba* en droit égyptien, la Cour s'attacha alors à établir l'apostasie : « le défendeur a démenti le Livre du Dieu Très-Haut en déniait l'existence de certaines des créatures dont parlent des versets coraniques de signification concluante » ; « le défendeur a tourné certains versets du Saint Coran en dérision » ; « la personne citée a démenti les saints versets (... et les a rejetés) au rang de mythes » ; « la personne citée a démenti les versets coraniques qui stipulent que le Saint Coran est la parole du Dieu Très-Haut (... et a dit) qu'il s'agit d'un texte humain et d'une compréhension humaine de la révélation » ; « la personne citée dénie aux versets concluants du Livre du Dieu Très-Haut la qualité de message de l'Envoyé » ; « le défendeur considère qu'on n'est pas tenu par les règles du Dieu Très-Haut que les versets énoncent, dès lors qu'ils se rapportent à une période historique ancienne » ; « le défendeur s'en prend à la très noble Sunna prophétique (... et) la rejette, en tant que révélation du Dieu Très-Haut et comme

⁵ Extraits de la requête, tels que cités par le tribunal de première instance du Caire, 27 janvier 1994, jugement en irrecevabilité de la requête. Pour plus d'information sur les développements judiciaires de cette affaire, cf. Dupret 1996, Dupret et Ferrié 1997, Bälz 1997, et la traduction de l'essentiel des trois procès (Dupret et Berger, 1998).

⁶ Terme non coranique par lequel une certaine littérature (*fiqh* et *ahkâm sultâniyya/siyâsa shar`iyya*) désigne l'obligation incombant au musulman d'ordonner ce qui est convenable et de proscrire le répréhensible (*amr bi'l-ma'rûf wa nahî `an al-munkar*, Coran III-104) ; cf. Thielmann 1998.

fondement de la législation ». L'ensemble de ces propos font de celui qui les tient, pour la Cour qui considère qu'il y a sur ce point accord unanime des ulémas et imams des musulmans, un apostat. Ce caractère est encore aggravé par le fait que, professeur de langue arabe et d'études islamiques, le défendeur a abusé de sa fonction pour influencer des étudiants et leur faire « assimiler ces matières viciées dans leur contenu par les descriptions obscènes qu'il fait du Livre du Dieu Très-Haut et de la Sunna de Son Prophète ». En conséquence, le juge conclut à l'obligation de séparer Abu Zayd de son épouse musulmane; ce jugement fut confirmé en cassation, avant que son exécution ne soit suspendue par le juge de l'application des sentences.

La troisième affaire, qui porte sur l'autorisation des opérations de changement de sexe, n'a pas connu de développements judiciaires importants, alors même qu'elle fut l'objet d'un grand battage médiatique. Elle a aussi la caractéristique de ne pas se placer explicitement sur le terrain du droit islamique, alors même que l'essentiel du conflit est sous-tendu par des conceptions divergentes d'une morale d'inspiration islamique. En 1982, un étudiant en médecine de l'université d'al-Azhar, Sayyid `Abd Allah, consulta une psychologue auprès de laquelle il se plaignait de dépression extrême⁷. La psychologue l'examina et conclut à l'existence d'une perturbation de l'identité sexuelle du jeune homme. Après trois ans de traitement, elle décida de le renvoyer à un chirurgien pour subir une opération de changement de sexe qui fut réalisée le 29 janvier 1988, Sayyid devenant Sally. Ce type d'opération entraînait de nombreuses conséquences d'ordre administratif et juridique. La première fut le refus du doyen de la faculté de médecine de l'Université d'al-Azhar d'admettre Sayyid aux examens de la faculté de médecine réservée aux hommes, tout en refusant de transférer Sally à la faculté de médecine réservée aux femmes. Pour obtenir ce transfert, Sayyid/Sally présenta à l'Administration de l'état civil une requête en changement de nom, ce qu'il obtint. L'université d'al-Azhar, pour sa part, maintint que Sayyid, devenu Sally entre-temps, avait commis un crime. En effet, pour l'université, le médecin ayant procédé à l'opération n'aurait pas changé son sexe mais l'aurait mutilé, et ceci dans le simple but de permettre à Sally d'entretenir des relations homosexuelles légitimes. Sur ces entrefaites, le représentant du Syndicat des médecins de Giza convoqua les deux médecins ayant procédé à l'opération devant une commission médicale qui décida qu'ils avaient commis une faute professionnelle grave en ne confirmant pas l'existence d'une pathologie avant d'opérer. Le 14 mai 1988, le Syndicat des médecins demanda par lettre au Mufti de la République, Sayyid Tantawi, de rendre un avis consultatif (*fatwâ*) sur la question. Cette *fatwâ*, délivrée le 8 juin 1988, conclut au fait que, si le médecin a témoigné de ce qu'il s'agissait du seul remède à la maladie, ce traitement était autorisé. Pareil traitement ne peut toutefois résulter, selon le Mufti, du seul désir individuel de changer de sexe, mais doit être le résultat thérapeutique d'une pathologie diagnostiquée par les autorités compétentes⁸. Cette *fatwâ* semble cependant laisser planer un doute sur la question de savoir si l'« hermaphroditisme psychologique » dont souffrait Sayyid constituait une base médicale recevable ou non. Chacun prétendit donc trouver dans ce texte la justification de sa position. Al-Azhar porta l'affaire devant les tribunaux le 12 juin 1988, au motif que le chirurgien était passible d'une peine, conformément à l'article 240 du Code pénal, pour avoir infligé un préjudice permanent à son patient. En application des règles de la procédure pénale, le Procureur général entreprit d'instruire l'affaire et recourut, dans ce cadre, à un expert médical. Il ressort des conclusions de celui-ci que, si d'un point de vue purement physique, Sayyid était resté un homme, il ne l'était pas psychologiquement. Le diagnostic

⁷ Pour le détail de cette affaire, cf. Skovgaard-Petersen 1997: 319-334.

⁸ Pour le texte de cette *fatwâ*, cf. Skovgaard-Petersen 1997: 329-331.

d'hermaphroditisme psychologique était donc pertinent et l'opération chirurgicale constituait le traitement adéquat. Selon le rapport, le chirurgien n'avait fait que suivre les règles de sa profession, consultant les spécialistes compétents, réalisant correctement l'opération et n'infligeant pas d'infirmité physique permanente au patient (Niyaba, 1991). Ce dernier pouvait donc être considéré comme une femme. Le Syndicat des médecins refusa les conclusions de l'expert et organisa une conférence de presse dans laquelle il fit de l'affaire une question d'intérêt public emportant un choix moral et un choix de société. Sur cette base, le Syndicat décida de rayer le chirurgien de ses membres et d'infliger une amende à l'anesthésiste pour sa participation à l'opération. Le 29 décembre 1988, le Procureur général décida de ne pas donner de suite à l'accusation. Le rapport final confirme que l'opération a été réalisée conformément aux règles du genre. Un an plus tard, le dossier fut refermé et, en novembre 1989, Sally reçut un certificat attestant de son sexe féminin. Devant le refus persistant d'al-Azhar de l'admettre à la faculté de médecine pour femmes, elle introduisit une nouvelle requête devant le Conseil d'Etat qui, un an plus tard, annula la décision d'al-Azhar et autorisa Sally à s'inscrire dans toute université de son choix. Pour autant, l'affaire ne s'arrêta pas là. Une décision de la Cour administrative du Caire confirma le droit de Sally à s'inscrire à la faculté de médecine pour femmes d'al-Azhar, décision contre laquelle l'université fit appel au motif que Sally ne remplirait pas les conditions morales et éthiques requises d'une étudiante souhaitant s'inscrire à l'université – Sally s'adonnerait à la danse du ventre dans des night-clubs et aurait été arrêtée pour faits de mœurs à plusieurs reprises. La Cour administrative estima qu'en effet, de nouveaux éléments de preuves avaient été fournis sur la conduite de Sally et qu'il était donc justifié de procéder à une instruction complémentaire de l'affaire.

Conclusion

Ces trois affaires devraient nous permettre de conclure notre contribution en proposant un modèle d'interprétation du recours, dans l'espace juridique et judiciaire égyptien, à la *shari'a*.

Parce qu'il joue de l'idée de normalité, le droit s'affirme ainsi comme la transposition technique d'une réalité sociale et historique qui se donne à lire en toute transparence. Le mot « norme » revêt en effet deux sens, l'un plutôt juridique et l'autre plutôt statistique. Loin de simplement coexister, ils ont tendance à se télescoper, ce qui peut expliquer l'ambiguïté des termes dérivés « normal » et « normalité ». Si l'on dit d'une chose qu'elle est normale parce que conforme au type le plus fréquent, il n'en demeure pas moins qu'implicitement ou explicitement subsiste la référence à des valeurs, à une idée de devoir-être. « Si la notion de normalité est équivoque, c'est parce qu'elle surajoute sans cesse du normatif au descriptif » (Lochak 1993: 393). La normalité n'entre théoriquement pas dans le champ conceptuel du droit. Ceci étant, on ne saurait ignorer la réintroduction subreptice du concept dans le travail jurisprudentiel. Le normal devient alors une catégorie juridique, sous couvert, entre autres, de la notion de standard (référence explicite à une idée implicite de normalité). Le droit, de la sorte, « entérine et propage une certaine idée de la normalité et contribue à la normalisation effective des comportements » (*ibid.*). Sur le plan descriptif, le droit prétend rendre compte des normes sociales qui prédominent et leur donner force juridique, alors que, sur le plan normatif, le droit indique les normes sociales qu'il entend sanctionner. Cela produit inévitablement un effet récursif, les normes jugées normales en droit, et dès lors garanties, ayant tendance à déterminer à leur tour la normalité sociale. On constate donc, chez les acteurs du droit, la tendance à vouloir conformer le normal au légal et, inversement, à faire coïncider la normativité sociale et de la normativité juridique.

L'entreprise de « conformisation » du normal au légal et de conjonction des normativités sociale et juridique ne manque pas de soulever la question du statut de la norme de droit qui prétend traduire la normalité, aussi bien celle de la nature que celle du bon sens. La règle imposant le voile est de celles-ci. La Cour la présente comme éthiquement, socialement et historiquement fondée. De manière générale, on peut soutenir, à la suite de Taylor (1995) et des ethnométhodologues, que la règle constitue un arrière-fond de compréhension (ou un arrière-plan conventionnel). En ce sens, une règle n'existe pas par elle-même et elle ne se suit pas parce qu'elle est là. Une règle existe que compréhension d'une injonction que l'on sent en adéquation avec la compréhension qu'en ont d'autres personnes. La n'existe dès lors pas en dehors des pratiques de la règle. La règle a sans doute d'autant plus de force qu'elle est formalisée, ce qui suppose toutefois que soient réunies les conditions sociales de son efficacité. Par ailleurs, si les acteurs prétendent agir par rapport à des règles, c'est avant tout en tant qu'elles sont des ressources disponibles, des éléments de répertoires normatifs.

Les trois affaires que nous avons rapidement relatées nous font clairement percevoir l'existence de formes normatives que les magistrats, au moment de statuer, investissent d'une substance. D'un point de vue sémiotique, le rapport des formes et de leur substantialisation doit être rapproché de ces images collectives servant comme une sorte de paradigme que décrit Jackson (1995: 152). Ces images, à la fois descriptions d'actions typiques et évaluations sociales tacites, dépendent du contexte temporel et culturel de leur mobilisation. Le processus de substantialisation, qui consiste à investir d'un contenu certaines formes normatives disponibles en fonction des besoins et des contraintes de l'interaction, appartient à ces jugements de similarité relative. La forme normative fonctionne comme une image collective ou, mieux, comme une typification narrative servant de critère à la qualification des événements dont le contexte impose l'évaluation aux acteurs (et particulièrement aux juristes). Il ressort dès lors que la typification doit avant tout être rapportée à la structure de l'action, l'action judiciaire pour ce qui nous concerne.

Quant aux relations du droit avec l'histoire dont il est présenté comme l'héritier, il ne suffit pas de dire que la lettre de la loi survit très fréquemment à son esprit. Encore faut-il analyser le type de relations qui les unit. Différentes hypothèses de substantialisation peuvent être établies (cf. Dupret 1997), qui apportent un premier éclairage sur ces formes du droit dont dispose l'acteur, dans un contexte social donné. Ces moyens du bord de l'action normative apparaissent comme les traces et les ressources que la mémoire historique et biographique rendent disponibles à l'acteur. La norme se constitue sur le mode de la sédimentation, mais il s'agit d'une sédimentation de sa forme et non de sa substance. Sédimentation d'abord, en ce sens que l'opération, au cœur de l'idée de « mémoire », consiste en l'intervention subjective de (re)construction de la référence fondatrice et des jalons y reliant. Les normes, attachées à un passé fondateur, font l'objet de constructions, déconstructions et reconstructions. Tout présent singulier est « une tranche d'une accumulation diachronique continuellement changeante de dépôts opérés par des générations de personnes différentes » (Krygier 1986: 242). Sédimentation formelle, par ailleurs, dans la mesure où il faut admettre que ce n'est pas tant la chose qui est pertinente socialement que les angles de vue adoptés pour considérer cette chose, lesquels dépendent étroitement du contexte d'interaction. A cet égard, la notion de contexte traditionnant paraît tout particulièrement pertinente (Bouju 1995: 106). L'autorité dont serait revêtu une norme déclarée contraignante par un juge tiendrait ainsi davantage à son contexte d'énonciation, qui opérerait en quelque sorte la transcendance des conditions conjoncturelles, qu'à son inscription dans un processus de transmission. Le « traditionnement » d'une assertion et, partant, sa normativité sont fonction du fait d'avoir été

« fabriqués » par qui de droit, quand et où de droit. On peut considérer que le procès constitue le moment rituel par excellence où l'on confère à un référent une valeur symbolique traditionnelle, soustrayant ainsi à l'attention des acteurs la nature contingente de l'opération, réaffirmant une perception du monde, de ses normes et de son histoire « tels qu'ils sont » (Kertzer 1988, Carzo 1994: 37). La sédimentation normative n'est pas, de ce fait, un acte d'héritage, mais une pratique complexe d'appropriation et de réinterprétation fondatrice de vérités nouvelles. La norme se voit ainsi dépouillée de toute existence en soi, pour ne plus être admise à l'existence qu'en tant qu'elle est mise en usage. Elle devient explicitement un répertoire, c'est-à-dire une ressource (rhétorique) à la disposition des acteurs que la pratique modèle et modifie (Lepetit 1995: 297).

Dans les interprétations des règles de droit que le magistrat effectue au regard de la *sharî'a*, le juge atteste magistralement de l'opération consistant à investir une règle formelle d'une signification précise et contraignante, en lui conférant un statut d'impératif religieux historiquement fondé et socialement sanctionné : lui seul serait à même de l'appréhender à la fois comme norme à imposer à la société et comme normalité sociale à transcrire en droit. Différentes obligations, dont la normalité est affichée, se voient sanctionner moralement et juridiquement par un juge érigeant son mode d'interprétation en traduction présente et culturelle d'une volonté atemporelle. La justice, dans sa recherche d'une moralité conforme à sa représentation de la normalité religieuse et sociale, donne de la sorte consistance à des prescrits purement formels hérités de l'histoire. Tout en prétendant traduire la normativité naturelle, elle l'a en fait construite.

Bibliographie

Bälz, K. 1997, « Submitting Faith to Judicial Scrutiny Through the Family Trial : the “Abu Zayd Case” », *Die Welt des Islams*, 3: 135-155

Ben Achour Y. 1980, *L'État nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*. Tunis: Publication du Centre d'études, de recherches et de publication de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis

Botiveau B. 1986, « L'exception et la règle. La justice vue par les magistrats (Annexe : l'organisation judiciaire de l'Égypte) », *Bulletin du CEDEJ*. 20: 81-113

Botiveau B. 1993, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris: Karthala

Bouju J. 1995, « Tradition et identité. La tradition dogon entre traditionalisme rural et néo-traditionalisme urbain », *Enquête*. 2: 95-117

Bourdieu P. 1994, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris: Seuil

Camau M. 1970, *La notion de démocratie dans la pensée des dirigeants maghrébins*, Paris: Éd. du CNRS

Carzo D. 1994, « Le droit comme fait social total ». In Jackson B. S. (ed.), *Legal Semiotics and the Sociology of Law*, Oñati: Oñati International Institute for the Sociology of Law

Dupret B. 1997, « La définition juridique des appartenances. La typification narrative de l'action identitaire devant les juridictions suprêmes d'Égypte et d'Israël », *International Journal for the Semiotics of Law*, 3: 261-291

Dupret B. 1996, « A propos de l'affaire Abu Zayd, universitaire poursuivi pour apostasie; le procès : l'argumentation des tribunaux », *Maghreb-Machrek*, 151: 18-22

Dupret B. et Berger M. 1998, « Jurisprudence Abû Zayd », *Égypte/Monde arabe*, 34: 169-213.

- Dupret B. et Ferrié J.-N. 1987, « For intérieur et ordre public, ou comment la problématique de l'Aufklärung permet de décrire un débat égyptien », in Boëtsch, G., Dupret, B., et Ferrié, J.-N., *Droits et Sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*
- El Alami 1994, « Law No. 100 of 1985 Amending Certain Provisions of Egypt's Personal Status Law », *Islamic Law and Society*, 1: 116-136
- Ferrié J.-N. 1994, « Prier pour disposer de soi. Le sens et la fonction de la prière de demande dans l'islam marocain actuel ». *Annuaire de l'Afrique du Nord*. 33: 113-127
- Ferrié J.N. 1997, « Les visions de l'Occident dans le monde arabe. Introduction », *Egypte-Monde arabe*. 30-31: 13-27
- Foblets M.-C. 1994, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris: Karthala
- Ghurab M. `A. H. 1986, *Jugements islamiques contredisant les lois positives* (en arabe). Le Caire: Dar al-`itizam
- Jackson B. S. 1995, *Making Sense in Law. Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Liverpool: Deborah Charles Publications
- Jacquemond R. 1988, « Égypte : la Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois (1979-1987) », *Annuaire international de justice constitutionnelle*. 4: 271-295
- Jacquemond R. 1994, « Dix ans de justice constitutionnelle en Égypte (1979-1990) », in B. Botiveau et N. `Abd al-Fattah, *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Le Caire: Dossiers du CEDEJ
- Kertzer D. I. 1988, *Rituals, Politics and Power*. New Haven: Yale University Press
- Kosheri, Rashed and Riad, 1994, « Egypt », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1: 125-141
- Krygier M. 1986, « Law as Tradition ». *Law and Philosophy*, 5: 237-262
- Laghmani S. 1994, « Droit musulman et droit positif : le cas tunisien » », in B. Botiveau et N. `Abd al-Fattah, *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Le Caire: Dossiers du CEDEJ
- Lepetit B. 1995, « Histoire des pratiques, pratique de l'histoire », in B. Lepetit (sous la dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*, Paris: Albin Michel
- Lepetit B. 1995, « Le présent de l'histoire » , in B. Lepetit (sous la dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*, Paris: Albin Michel
- Lochak D. 1993, « Normalité », in Arnaud A.J. et al. (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition corrigée et augmentée, Paris: LGDJ
- Luizard P. J. 1995, « Al-Azhar, institution sunnite réformée », in Roussillon A. (sous la dir.), *La réforme sociale en Égypte*, Le Caire: Dossiers du CEDEJ
- Niyaba 1991, « Mémoire du Parquet général dans l'affaire no. 21, année 1988 » (en arabe). *Majalla hay'a qadaya al-dawla*, 35/4: 159-169
- Ost F. 1987, « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique ». In Rigaux F. et Haarscher G. (sous la dir.), *Droit et pouvoir. t. I - La validité*. Bruxelles: Story-Scientia
- Paradelle M. 1995, « Entre juge et mufti : la place du religieux dans l'organisation judiciaire égyptienne (A partir d'une lecture de l'article 381 du code de procédure pénale) », *Droit et Cultures*, 30, 77-89
- Skovgaard-Petersen J. 1997, *Defining Islam for the Egyptian State. Muftis and Fatwas of the Dâr al-Iftâ*. Leiden, New York, Köln: Brill
- Thielmann J. 1998, « La jurisprudence égyptienne sur la requête en *hisba* », *Egypte/Monde arabe*, 34: 81-97

Tozy M. 1984, *Champ et contre-champ politico-religieux au Maroc*. Aix-Marseille: thèse d'État de science politique

Tozy M. 1989, « Islam et État au Maghreb ». *Monde arabe-Maghreb Machrek*, 126: 25-46

Zeghal M. 1996, *Gardiens de l'islam. Les oulémas d'Al Azhar dans l'Égypte contemporaine*, Paris: Presses de la FNSP