HAL
open science

L'autorité d'une loi moralement contrainte. La morale, l'islam, le droit et le juge dans l'Egypte contemporaine

Baudouin Dupret

To cite this version:

Baudouin Dupret. L'autorité d'une loi moralement contrainte. La morale, l'islam, le droit et le juge dans l'Egypte contemporaine. P. Gandolfi & G. Levi. Entre théologie et politique. Les origines théologiques cachées de la pensée politique contemporaine dans les pays de la Méditerranée, Cafoscarina, pp. 99-120, 2010. halshs-00550231

HAL Id: halshs-00550231

https://shs.hal.science/halshs-00550231

Submitted on 24 Dec 2010

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.

L'autorité d'une loi moralement contrainte.

La morale, l'islam, le droit et le magistrat dans l'Égypte contemporaine.

Baudouin Dupret

CNRS- Paris

Institut des sciences sociales du politique - Cachan

Introduction

Dans cet article, je voudrais aborder la question des restrictions qui peuvent être apportées à la loi en invoquant la règle morale dans le contexte judicaire de l'Égypte contemporaine.

Selon la tradition occidentale de la philosophie du droit, l'affirmation de la nature sociale et non métaphysique des normes permet de les considérer comme des faits objectifs. C'est en partant de ce jugement que l'on a distingué les normes morales des normes juridiques. On peut y voir un des principes fondamentaux sur lesquels le droit moderne a été construit. Austin, par exemple, considère que le droit se distingue des autres ordres normatifs parce qu'il est établi sur un commandement exprimé par une autorité de facto légitime qui a le pouvoir de sanctionner. Une telle théorie vise à substituer un principe de prévision et de réévaluation à l'emprise de la transcendance. C'est pourquoi Herbert Hart, le chef de file de ce qu'on a appelé le « positivisme souple », prétend que rien ne nous oblige à considérer que les règles juridiques font écho ou répondent à des exigences morales, même s'il a pu arriver que le cas se soit effectivement présenté[1]. Ce qui se joue ici, c'est précisément la non-existence d'un quelconque rapport nécessaire entre le droit et la morale. Ronald Dworkin, en revanche, critique fermement la conception de Hart[2] parce que celui-ci n'envisage le droit que comme un simple système de règles, alors qu'il s'agit de l'association de règles et de principes. Selon Dworkin, il existe des maximes de droit générales et fondamentales qui guident le juge au moment où il prend sa décision, quand bien même elles ne jouiraient pas du statut de règle. Ces principes ne sont toutefois pas univoques ; c'est pourquoi ils se prêtent à un processus d'interprétation au cours duquel leur poids et leur justesse doivent être évalués dans chaque situation.

Grâce à Dworkin, il est possible de réintroduire la morale comme une composante essentielle du phénomène juridique. Il n'en reste pas moins qu'une telle perspective nous laisse face à un point d'interrogation fondamental. Selon la théorie de Dworkin, le magistrat se comporte comme s'il existait une solution exacte

[1] H. L. A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 224.
[2] R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

où les principes seraient des règles constituantes, mais il ne fournit aucune explication sur les moyens de constituer, mobiliser et caractériser ces principes. C'est pourquoi il nous faut aborder plus pragmatiquement la question.

L'hypothèse sociologique selon laquelle les normes sont assimilées et exprimées par des comportements automatiques et inconscients n'explique nullement comment les gens perçoivent et interprètent le monde, reconnaissent ce qui est familier et construisent ce qui est acceptable[3]. La théorie pragmatique part en revanche du principe que les normes, et les normes morales en particulier, constituent un phénomène public qui n'a de sens que par sa construction et son explication. Ce sens est un élément que les hommes construisent in situ et que l'on attribue à un objet de façon à lui conférer la dimension d'une chose caractéristique, uniforme et interchangeable[4]. C'est pourquoi l'ordre moral est ce que l'on estime vrai et juste dans un contexte donné. Cela signifie que l'usage crée des normes et non le contraire. Les normes morales jouissent de ce que l'on peut nommer un statut d'« inquestionnabilité » parce qu'elles sont censées être connues et escomptées par tous les acteurs d'un contexte donné. Parce qu'elles expriment ce que tout le monde est censé savoir et contiennent de « pieuses allusions à de soi-disant normes profondes et préexistantes […] elles projettent la version normative de la réalité vers un état d'acceptation publique »[5]. Cela est rendu possible par l'action de cadres institutionnels et de langages comme le droit.

Le droit et la morale se rapportent l'un à l'autre d'une manière très complexe. Ils ne se rejoignent pas mais ne peuvent néanmoins être considérés comme totalement indépendants l'un de l'autre. C'est pourquoi le droit doit être formulé dans les termes non codifiés de ce qui est moralement acceptable. C'est précisément là que l'on remarquera l'émergence de notions tels que l'ordre ou les principes publics, la coutume, le certificat de moralité, la nature profonde des choses, ainsi que tous les critères juridiques qui entrent en jeu dans la profession du magistrat. L'une des principales hypothèses de cet article est que la normativité islamique (charia) est un ensemble de notions et de critères de cet ordre.

Ce qui caractérise essentiellement l'invocation de l'ordre moral, c'est qu'en posant celui-ci comme principe au lieu de le déduire, elle taille la part du lion à l'attribution d'une norme à laquelle on ne peut s'opposer. Cet article se propose de montrer les moyens par lesquels, dans le contexte égyptien, le droit est soumis à des restrictions au nom de la morale. Je montrerai tout d'abord comment un nouveau système juridique et judiciaire a été établi suivant un processus de codification et de transfert de technologie juridique où la charia s'est décomposée en restreignant des normes juridiques objectives et en amplifiant des principes moraux. En second lieu, je tâcherai de montrer comment ces principes moraux sont invoqués afin de faire obstacle, d'une manière restrictive, à la mise en pratique du droit et de refermer sa texture ouverte. Ce qui prouve, en général, que la morale, y compris la charia, est l'un des principaux moyens de

---

[3] *Cf.* A. Coulon, "Harold Garfinkel, présentation", dans K. M. Van Meter (ed.), *La Sociologie*, Paris, Larousse, 1994.
[4] R. Watson, "Ethnomethodology, Consciousness and Self", Journal *of Consciousness Studies*, Vol. 5 n. 2, 1998, pp. 202-223.
[5] S. F. Moore, "Introduction: Moralizing States and the Ethnography of the Present", dans S. F. Moore (ed.), *Moralizing States and the Ethnography of the Present*, Arlington, American Anthropological Association, 1993, pp. 1-2.

partager le pouvoir et de réorganiser la sphère publique. En conclusion, je soulignerai le fait que cette morale a beau avoir une nature juridique hétéronome – en ce sens que c'est toujours hors de son domaine que le droit trouve les moyens de résoudre les cas difficiles –, il ne tient qu'aux acteurs juridiques professionnels d'interpréter le contenu de ces principes moraux, avec cette conséquence qu'ils ont le dernier mot quant à leur définition et à leur mise en œuvre.

On constatera que cet article n'aborde pas le rapport entre le droit et la morale au sein du monde islamique en tant que tel, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que je mets sérieusement en doute l'existence d'un monde islamique à proprement parler. Mon article adopte un point de vue plutôt anti-culturaliste et, en conséquence, le cas égyptien n'est un exemple ni exceptionnel ni paradigmatique d'une particularité islamique eu égard à l'autorité de la loi et aux relations entre le droit et la morale. Comme je l'ai dit, on ne peut que remarquer la persistance d'une certaine approche qui applique la connaissance de ces sociétés où l'islam est présent en tant que religion à un territoire plutôt qu'à un nombre de disciplines. Cette position ne fait qu'indiquer une priorité dans la manière de formuler un problème : si l'on souhaite éviter le piège de la spécialisation « géographique », il est impératif de rétablir la priorité de la science pertinente sur la pertinence du lieu, car il n'y a pas de science du lieu et il ne peut y en avoir. Nous aimerions souligner ici la possibilité d'exposer certains aspects de la dynamique actuelle des sociétés arabes musulmanes sans recourir à des références spécifiques. Nous espérons également montrer que l'universalité des structures cognitives à la disposition du chercheur correspond à l'universalité des structures cognitives à la disposition des protagonistes[6].

La seconde raison tient à l'un des principaux arguments de cet article : ce que l'on nomme charia relève de la morale, et la question de l'application du modèle de l'autorité de la loi en Égypte est délicate, non parce qu'elle se situe dans un contexte arabe ou islamique, mais parce que le contexte égyptien témoigne d'un rapport tendu entre le droit et la morale. Cette tension n'est pas en soi caractéristique de l'Égypte. C'est parce que le droit égyptien s'est construit sur la ligne du « droit moderne » en général, et de la famille du code civil en particulier, qu'il reflète certaines de leurs tensions spécifiques, dont celle que suscitent les relations (niées mais réelles) qui existent entre le droit et la morale. C'est pour cette raison que cet article aborde ces relations en général et à un niveau théorique, fussent-elles conçues par des juristes et des sociologues occidentaux. Bref, si la situation égyptienne peut tenir lieu d'exemple, elle illustre une relation bancale entre le droit et la morale qui entrave l'application de l'autorité de la loi. C'est pourquoi le cas égyptien mérite d'être examiné : non parce qu'il refléterait une conception islamique de l'autorité de la loi, mais parce qu'il reflète (pathologiquement peut-être) le fait que la notion de l'autorité de la loi est en gros déterminée par un ensemble complexe de rapports entre les dimensions juridiques et morales de la norme.

Avant d'essayer de montrer comment la morale entrave le droit dans le contexte de l'Égypte

[6] B. Dupret, J. N. Ferrié, "For intérieur et ordre public : ou comment la problématique de l'Aufklärung peut permettre de décrire un débat égyptien" dans G. Boëtsch, B. Dupret et J. N. Ferrié (eds.), *Droits et sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, Aix-en-Provence, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1997.

contemporaine, je vais décrire succinctement certains des grands changements dont ce système juridique et judiciaire a fait l'expérience au cours des deux derniers siècles, afin de replacer la séparation formelle du droit et de la morale, ainsi que l'évolution de la charia (c'est-à-dire de la loi islamique) dans leur cadre historique.

Transferts juridiques et implosion de la charia en Égypte

S'il est vrai, comme le suggère Nathan Brown, que le droit égyptien ne peut être envisagé comme un simple instrument de la domination impérialiste, et s'il est vrai que le rôle des élites égyptiennes ne doit pas être négligé lorsqu'on examine comment un système juridique a été conçu afin de permettre la construction d'un État et ensuite à travers ses tentatives d'émancipation de la domination impériale[7], il n'en reste pas moins que le système juridique, comme nous pouvons l'observer, est essentiellement le produit d'un transfert dont les effets doivent être évalués. Il faut tout d'abord décrire les principaux changements juridiques qui ont eu lieu au cours des deux derniers siècles, avant de poser trois questions : comment se fait-il que les élites égyptiennes se soient tournées vers le droit français ? Dans quelle mesure a-t-on introduit dans le droit égyptien tous les critères et tous les principes juridiques qui étaient en œuvre dans le droit français en important celui-ci ? A-t-on observé une quelconque transformation au sein du prétendu droit islamique pendant cette période ?

On peut faire remonter à 1876 (création de tribunaux mixtes ayant leurs propres codes) et à 1883 (création de tribunaux nationaux ayant leurs propres codes) l'époque exacte où l'Égypte fit son entrée dans la famille juridique française. Lord Cromer, le Résident général britannique en Égypte, reprocha à ces nouveaux codes de n'être pas assez égyptiens. C'était là l'aboutissement d'un long processus qui démarra au tournant du XVIIIe siècle[8]. Tout au long du XIXe siècle, on vit les nombreux gouverneurs, vice-rois et khédives ottomans s'évertuer à donner au système juridique et judiciaire une couleur « moderne », c'est-à-dire essentiellement occidentale[9]. En moins d'un siècle, la juridiction du cadi, sur laquelle l'exécutif greffa un système chargé de faire respecter la loi, s'est progressivement transformée « en un type de justice beaucoup plus complexe et beaucoup plus sophistiquée, administrée par une magistrature à part entière »[10], avant

[7] N. J. Brown, "Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective", *Law & Society Review*, 29/1, 1995, pp. 103-125.
[8] J. Goldberg, "Réception du droit français sous les Britanniques en Egypte: un paradoxe?", *Egypte-Monde arabe*, n. 34, 1998, pp. 67-79.
[9] *Cf.* E. Hill, "Al-Sanhuri and Islamic Law", *Cairo Papers in Social Science*, 10/1, 1987; D. Reid, *Lawyers and Politics in the Arab World*, Minneapolis Chicago, Bibliotheca Islamica, 1981; F. Ziadeh, *Lawyers, the Rule of Law and Liberalism in Modern Egypt*, Stanford, Hoover Institution, 1968; B. Botiveau, "L'adaptation d'un modèle français d'enseignement du droit au Proche-Orient" dans M. Flore,J., R. Henry, *L'enseignement du droit musulman*, Marseille, Ed. du CNRS, 1989, pp. 229-252.
[10] R. Peters, "Administrators and Magistrates: The Development of a Secular Justice in Egypt, 1842-1871", *Die Welt des Islams*, 1999.

d'être remplacée par un système judiciaire de type français. Au cours de la phase initiale du processus, la justice et l'administration se confondaient. Les assises des principaux fondements de l'administration étaient en jeu, et cela se manifesta par l'établissement de corps de conciliation. Dans un second temps, le besoin de spécialisation commença à se faire sentir et des corps spécialisés furent établis afin de faire respecter la loi. Pendant ce temps, « la procédure devant les nouvelles assemblées passa d'un traitement purement bureaucratique des affaires à une procédure qui ressemblait à un procès »[11]. Nous observons alors la création de nombreuses juridictions comme la Cour suprême (*majlis al-ahkam)* et, plus tard, sous la contrainte du commerce international et de l'impérialisme occidental, des tribunaux réservés aux marchands (*majalis al-tujjar*) recourant au droit et à des juristes français. À partir de la fin des années 1870, les tribunaux mixtes (*mahakim mukhtalita*) et les tribunaux nationaux (*mahakim ahliyya*) entrèrent en vigueur avec des tribunaux religieux (*mahakim char'iyya*) pour des affaires liées au statut personnel. Ces derniers furent toutefois progressivement soustraits à leur juridiction pour être finalement absorbés en 1956 par un système unifié de tribunaux nationaux. En suivant la ligne de partage qui sépare, en France, le droit civil du droit administratif, le Conseil d'État (*majlis al-dawla)* fut créé en 1946. En 1969, la Cour suprême (*al-mahkama al-'ulya*) fut établie, dont la juridiction s'exerçait sur les affaires constitutionnelles. Elle fut remplacée en 1979 par la Cour suprême constitutionnelle *(al-mahkama al-dusturiyya al-'ulya*).

Le XIXe siècle connut également un extraordinaire processus de codification. En Égypte, des décrets et des lois réglementaient les affaires criminelles dès 1829. Elle formait un ensemble nommé *Qanun al-Muntakhabat* dont certains articles étaient des traductions maladroites du Code pénal français de 1810. En 1852, un nouveau code pénal fut promulgué (*al-Qanunnameh al-Sultani*) dont les trois premiers chapitres sont en grande partie identiques au Code pénal ottoman de 1851[12]. Ce Code pénal peut être considéré comme la codification du pouvoir discrétionnaire que la charia a donné à l'État pour punir toute conduite coupable et indésirable avant de tomber sous le coup des strictes dispositions et procédures islamiques *(ta'zir*). Le droit français a toutefois largement envahi le droit pénal ottoman dans le nouveau Code pénal de 1858, alors qu'en Égypte cela eut lieu à travers la promulgation des codes mixtes et nationaux de 1876 et 1883. D'autres codifications suivirent la voie de la législation pénale. Dans l'Empire ottoman, cinq codes principaux furent adoptés qui portent incontestablement la marque d'une origine française : le Code de commerce de 1850 (amendé en 1861), le Code de commerce maritime de 1863, le Code de procédure commerciale de 1863 et le Code de procédure civile et de procédure pénale de 1879[13]. En Égypte, les nouveaux codes de 1876 et de 1883, qui furent rédigés par des juristes français et italiens, se conformèrent à un modèle français. En matière de droit civil, alors que dans l'Empire ottoman un Code civil connu sous le nom de Mecelle, visant à concilier la loi islamique au Code Napoléon, fut promulgué entre 1869 et 1882, l'Égypte importa directement les codes français en dépit de la tentative de Qadri Pasha de codifier (dans son livre *Murshid al-Hayran)* la loi islamique à travers l'image de la Mecelle. Il faut attendre le nouveau

[11] R. Peters, *art.cit.*.
[12] *Cf.* R. Peters, "Sharia and the State: Criminal Law in Nineteenth-Century Egypt", dans C. van Dijk, A. H. de Groot (eds.), *State and Islam*, Leiden, CNWS, 1995.
[13] J. Lafon, "L'Empire ottoman et les codes occidentaux", *Droits*, n. 26, 1997, pp. 51-69.

Code civil rédigé par l'éminent juriste 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri et promulgué en 1948 pour assister à une tentative analogue à celle de la Mecelle ottomane afin d'établir un droit civil sous la forme systématique d'un code mais dont les bases se réclament des principes juridiques islamiques.

Chibli Mallat prétend que la réception de ce système de droit civil fut facilitée par deux tendances sous-jacentes : « tout d'abord, l'aisance relative avec laquelle des critères du XXe (et du XIXe) siècle furent atteints par le raccourci de codes complets dans la tradition française – par opposition à la lente accumulation du droit coutumier au fur et à mesure des procès – rendit la transition des codes plus facile et plus acceptable que la dépendance d'un système judiciaire tumultueux pour l'essor d'une jurisprudence. Comme au Japon sous l'ère Meiji, on avait alors besoin de codes clairs, simples et complets qui règleraient les transactions juridiques les plus courantes, et seul le Code Napoléon pouvait fournir le modèle adéquat nécessaire. Le second facteur était la codification du droit islamique au XIXe siècle dans des parties importantes du Proche-Orient sous juridiction ottomane »[14] et, devrait-on ajouter, une tentative à tout prendre semblable à celle de Sanhuri dans les années 1940 (bien que sa forme finale soit totalement différente). Cette explication n'est toutefois pas suffisante. Outre l'utilité du droit français pour résister au colonialisme et pour imposer un contrôle centralisé au pays, il est nécessaire de compléter cette explication en montrant comment le processus a été facilité par la relation entre l'Égypte et une puissance coloniale comme la France, dont la nature asymétrique conduisit à la conclusion que l'adoption du droit français était un engagement unilatéral. De plus, comme dans le christianisme[15], l'ensemble du processus a été facilité par la similarité même du droit civil et de la loi islamique sous le rapport de la structure comme sous celui du langage[16]. Il faut enfin souligner que ce processus n'a été rendu possible que grâce à une profonde transformation de la charia, ce qu'Armando Salvatore appelle l'« implosion » de la charia[17], qui en matière juridique s'est progressivement limitée au rôle de simple principe de droit indigène, c'est-à-dire à ce principe juridique qui permet à un groupe de préserver dans la loi ce qu'il considère comme son identité culturelle[18].

Il nous faudra aborder cette dernière question, mais ce qui nous importe à présent, c'est d'examiner si ce transfert de technologie juridique a entraîné le transfert – du système français vers le système égyptien – des nombreux principes et des nombreux critères sur lesquels se fonde un système juridique. Il ne fait pas de doute que le droit actuellement en vigueur en Égypte est le droit égyptien. Cela signifie-t-il que ce qui relevait jadis du droit français a été entièrement « rendu indigène », si bien que ce à quoi le citoyen est

---

[14] C. Mallat, "Islamic law, droit positif and codification: reflections on longue durée*", Plurality of Norms and State Power from 18th to 20 th Century*, Vienna, Workshop, 1997.

[15] *Cf.* P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974.

[16] *Cf.* B. Dupret, " 'Vent d'est, vent d'ouest' : l'Occident du droit égyptien", *Egypte-Monde arabe*, n. 30-31, 1997, pp. 93-112; B. Dupret, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2000.

[17] *Cf.* A. Salvatore, "La sharî'a moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique", *Droit et Société*, n. 39, 1998, pp. 293-316.

[18] *Cf.* M. Chiba, "The Identity Postulate of Indigenous Law and its Function in Legal Transplantation", dans P. Sack, E. Minchin (eds.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Camberra Law Workshop VII*, Camberra, Law Department, Research School of Social Sciences, Australian National University, 1986.

désormais confronté n'est autre que l'ancien système juridique local revêtu d'un système juridique de style français ?[19] Peut-être nous faudrait-il répondre que ce qui constitue aujourd'hui le droit égyptien ne peut échapper à sa structure formelle, c'est-à-dire à son organisation structurelle de droit civil. Autrement dit, le droit égyptien (législation et jurisprudence) doit toujours comporter l'ensemble complexe de principes et de critères qui opèrent activement dans tout système juridique de la même famille. Parmi ces principes fondamentaux, on peut identifier les suivants : culte du droit écrit, unité du corps législatif dont les intentions peuvent être déduites de textes et de travaux préliminaires, forme pyramidale du système, rationalité du corps législatif qui « ne parle jamais pour ne rien dire » et qui est totalement cohérent, doctrine du sens exact du langage juridique, application syllogistique de la loi aux faits, valeurs de sécurité, de stabilité et d'ordre, critères d'ordre ou de principes publics, bon caractère moral, bon père de famille, etc.[20].

Pour en revenir au concept de Salvatore sur l'implosion de la charia, il faut souligner la transformation radicale dont la charia a fait l'expérience au cours des deux derniers siècles. La meilleure traduction que l'on puisse donner du mot charia est : « normativité islamique »[21]. Elle comprend des normes à la fois morales et juridiques. Selon Salvatore, cette nature double a été placée dans le champ de tension entre la différenciation d'un système juridique autonome en Égypte et le discours normatif de dé-différenciation de la réforme islamique (*islah*)[22]. À la fin du XIXe siècle, l'Égypte a assisté en même temps à la montée d'une sphère publique, à la continuation de la codification du droit et à l'émergence d'un mouvement juridique et constitutionnel. C'est dans ce contexte que la charia commença à faire cette expérience paradoxale : elle se distinguait du droit et des institutions judiciaires tout en étant mobilisée pour légitimer le système normatif et, à la longue, juridique. Par implosion de la charia, on entend donc la transformation de sa perception : on est passé de son efficacité de système objective et institutionnelle de l'époque antérieure à la construction de l'État moderne, à son noyau prétendument authentique, normatif et civilisant[23]. Selon Rudolph Peters, l'adoption du droit français a précipité la marginalisation de la charia, puis son abandon presque complet, alors qu'« avec la meilleure organisation de l'appareil d'État égyptien, la justice de la charia [est également devenue] mieux organisée au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, grâce à une législation plus claire, à la régulation de la fonction du mufti et à la création de procédures de contrôle des décision du cadi »[24]. Au contraire, on est plutôt tenté d'observer que c'est la transformation ou la montée de la sphère publique – qui apportait avec elle la transformation ou la montée de l'appareil d'État et des moyens avec lesquels il règle légalement sa relation avec ses citoyens – qui a conduit non pas à l'abandon de la charia mais à son implosion. Autrement dit, la charia a fait l'expérience d'un clivage interne qui a marginalisé sa dimension

---

[19] *Cf.* B. Botiveau, Loi islamique *et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala-IREMAM, 1993.
[20] *Cf.* B. Dupret, *art. cit.*, 1997.
[21] B. Johansen, *Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fish*, Leiden-Boston-Köln, Brill, 1998, p. 39.
[22] *Cf.* A. Salvatore, *art. cit.*, 1998.
[23] *Cf.* A. Salvatore, *art. cit.*, 1998.
[24] R. Peters, *art. cit.*, 1995.

juridique objective tout en grossissant sa dimension morale « méta-normative ».

Si l'on considère, d'une part, les nombreux principes et critères juridiques mis en œuvre dans le système juridique et, d'autre part, l'implosion de la charia, il nous faut envisager la pratique juridique et judiciaire en Égypte pour examiner la relation entre le droit et la morale, sans exclure la charia.

L'empire d'une loi moralement contrainte

La jurisprudence égyptienne reconnaît la différence entre le droit et la morale. Quant à la définition du droit, elle suit en réalité de très près la théorie de commande d'Austin. Hassan Gemei définit par exemple le droit comme « l'ensemble des règles qui gouvernent le comportement des individus dans une société, règles auxquelles ils doivent obéir, sans quoi une autorité compétente les soumettra à des sanctions juridiques »[25]. Les règles juridiques, prétend Gemei, ne sont pas les seules à vouloir régler et stabiliser les relations entre les membres de toute société donnée ; elles vont de pair avec d'autres règles comme celles de la courtoisie, des coutumes, des traditions, de la morale et de la religion. Quant aux règles morales, ce sont « des principes et des enseignements que la majorité des membres de la société considèrent comme des règles de comportement obligatoires visant à accomplir des idéaux élevés »[26]. Elles partagent un certain nombre de caractéristiques avec les règles juridiques : elles changent en fonction du temps et du lieu, elles ont pour but d'organiser la société, et elles ont une nature obligatoire associée à des sanctions. Mais elles en diffèrent sous trois aspects : leur portée : « Alors que la morale comprend les attitudes personnelles et sociales, le droit aborde la relation entre une personne et autrui du point de vue de l'aspect ostensible du comportement, sans prendre en considération les intentions qui ne sont pas associées à l'action physique »[27] ; le genre de sanctions infligées dans chacun des cas : « Alors que la sanction de la transgression des règles morales n'est qu'une sanction morale allant du remords à la dénonciation en passant par le mépris de la société, la sanction de la transgression des règles juridiques est l'incarcération physique, l'emprisonnement, les travaux forcés, etc., et elle est imposée par l'autorité publique »[28] ; leurs desseins : « Alors que les règles morales visent à rendre les hommes meilleurs, les règles juridiques visent à obtenir l'ordre et la stabilité dans la société »[29] ; la forme sous laquelle elles apparaissent : « Les règles juridiques apparaissent le plus souvent sous une forme claire et précise, alors que les règles morales ne sont pas très claires parce qu'elles se rapportent à des sensations intérieures qui peuvent différer d'une personne à l'autre »[30].

---

[25] H. Gemei, *Introduction to Law: Theory of Law, Theory of Right*, Cairo, Cairo University, 1997, p. 6.
[26] H. Gemei, *op. cit.*, 1997, p. 15.
[27] *Ibidem*, p. 16.
[28] *Ibidem*, p. 17.
[29] *Ibidem*.
[30] *Ibidem*.

Quand il en vient aux règles religieuses, Gemei insiste sur le fait qu'elles ont beaucoup de choses en commun avec les règles juridiques, mais que leur domaine est beaucoup plus vaste et que la peine infligée pour leur transgression est imposée par l'Ancien monde[31]. La différence qu'il établit entre les règles morales et les règles religieuses est évidemment très mince. Toutefois, ajoute Gemei, une telle distinction entre les règles juridiques et les règles religieuses « ne peut être adoptée en ce qui concerne la charia islamique »[32], parce que l'islam est une foi globale qui inclut le droit. Ce qui veut dire que la portée de la charia est plus grande que celle du droit : « La charia islamique est la source de la législation d'où doivent dériver les règles juridiques dans les États islamiques »[33] ; « La charia islamique a été prescrite comme une loi divine pour gouverner la conduite de la société islamique, formuler les pensées des musulmans et régler les rapports humains. Révélée par Allah, la charia dirige la société vers les idéaux les plus élevés et cherche à parvenir à la sagesse pour laquelle Dieu a créé l'homme sur la Terre »[34]. Ici aussi, il convient de remarquer que, malgré son refus de faire une distinction entre le droit et la charia, Gemei recourt aux mêmes arguments que ceux qu'il a précédemment adoptés quand il examinait les règles morales et religieuses : autrement dit, le droit, bien qu'il diffère de la charia en raison de sa portée, de la nature de ses sanctions et de ses objectifs, procède bel et bien (ou devrait procéder) de ces principes idéaux et plus élevés. En d'autres termes, Gemei, en excellent représentant de la jurisprudence égyptienne, semble alimenter une double assertion tout en revendiquant un statut spécial pour la charia : d'une part, les règles islamiques sont aujourd'hui très proches des règles morales, et d'autre part, le droit permet d'atteindre, avec ses outils techniques particuliers, des objectifs qui ne vont généralement pas à l'encontre de principes moraux ou religieux.

À un autre niveau, il faut observer que, au cours des trois dernières décennies, l'Égypte a assisté à une tendance croissante à exiger l'application de la charia. Ce qui nous intéresse, ce ne sont pas les détails historiques d'une telle revendication, qui s'étend de l'arène politique à la magistrature, mais uniquement la question de savoir comment donner un sens à cette revendication en termes de rapports entre le droit et la morale. Autrement dit, ce qui nous intéresse, ce sont les manières dont les professionnels conçoivent le rapport entre la législature de l'État et la charia, ainsi que les réponses que les tribunaux fournissent à des procès où les principes de la charia sont sollicités d'une manière ou d'une autre pour fonder des décisions judiciaires, parce que ces représentations et ces jugements reflètent l'effet contraignant que la morale – y compris la morale religieuse – exerce sur la pensée et l'application du droit.

Les juristes ont différentes conceptions de l'islam et de son rôle dans le droit égyptien. Ils mettent généralement l'accent sur la dualité des répertoires auxquels le droit fait appel en Égypte, bien qu'ils soulignent la nature « englobante » de la charia : « La charia est la base sur laquelle repose la loi »[35]. Dans une certaine mesure, cela revient à dire que la charia transcende la loi : « Il y une énorme différence entre

[31] *Ibidem*, p. 18.
[32] *Ibidem*.
[33] *Ibidem*, p. 27.
[34] *Ibidem*, p. 28.
[35] Interview avec M. D., avocat, Octobre 1994.

un document législatif et la charia. La charia n'est pas un document législatif mais un projet de vie »[36]. Cela peut même vouloir dire que le droit objectif et la charia sont sans rapport : « Le droit objectif ne va pas davantage à l'encontre de l'islam qu'il ne va dans son sens. […] Selon moi, l'islam ne s'abaisse et ne s'abaissera jamais à des lois »[37]. Ainsi, d'une manière générale, ce n'est que la question du référent qui pose problème, et non le contenu des clauses dont les acteurs reconnaissent la très vaste compatibilité : « L'interprétation des textes et leur application doivent se reporter à l'islam. Si l'on découvrait aujourd'hui ce cadre de référence, quatre-vingt-dix pour cent de nos problèmes seraient résolus »[38]. Une telle notion de référent reflète la perception d'une normalité culturelle, c'est-à-dire la tradition authentique que la société considère prétendument comme la seule qui soit légitime : « Si les gens estiment que c'est leur droit et leur religion, ils s'y conformeront »[39]. Il va sans dire que la référence à une tradition ne peut être analysée que dans le cadre d'un processus de (re)construction. Au cours de ce processus, les acteurs s'attendent à ce que leurs croyances soient socialement acceptables et désirables. Leur perception d'eux-mêmes, qui détermine rigoureusement leur comportement et le contenu de leurs actions, dérive elle-même de perceptions et de jugements anticipés du domaine social : ils organisent la société à laquelle ils attribuent un composé de normes idéalisées.

Il n'en reste pas moins que c'est surtout la question de la traversée du domaine politique qui demeure essentielle pour évaluer l'attitude des juristes professionnels que l'on a interrogés. On peut tout de même recourir à l'idée d'une solidarité sans consensus[40] dans le cas que nous avons ici sous la main. Au-delà de la solidarité relative au répertoire juridique de l'islam, il nous reste à examiner ce qui explique ce désaccord eu égard aux implications de cette référence et à son contenu. La seule explication qui semble satisfaisante est de nature politique, de même que les intérêts en jeu dans l'exercice du pouvoir et l'usage de la charia dans ce contexte. Que l'on se contente de comparer les phrases suivantes : « Je suis personnellement convaincu que ce type de conflit juridique (entre les principes de la charia et le droit objectif) signifie l'effondrement de l'État, un effondrement que la Cour suprême constitutionnelle ne peut permettre, pas plus que tout individu doté de bon sens »[41] ; « Si, en Égypte, on fournissait aux gens l'occasion de choisir leurs lignes de conduite, ils choisiraient sans nul doute la charia »[42] ; « Certains pensent que tout est contraignant, même certaines coutumes. Je ne crois pas que ce mouvement que l'on nomme "salafite" puisse tenir lieu de base à une société moderne. Mais une tendance qui prendrait la charia comme cadre de référence pour le droit pourrait favoriser le renouvellement des règles qui se rapportent aux transactions quotidiennes »[43]; « En Égypte, la charia peut être appliquée en l'espace d'une journée ou

[36] Interview avec N. H., avocat, Janvier 1994.
[37] Interview avec N. H., avocat, Janvier 1994.
[38] Interview avec A. W., avocat et, avant, magistrat, Juin 1994.
[39] Interview avec A. W., avocat et, avant, magistrat, Juin 1994.
[40] *Cf.* D. Kertzer, *Rituals, Politics and Power*, New Haven, Yale University Press, 1988; J. N. Ferrié, "Les paradoxes de la réislamisation en Égypte", *Maghreb Machrek*, n. 151, 1996, pp. 3-5.
[41] Interview avec N. H., avocat, Janvier 1994.
[42] Interview avec M. N., avocat, Janvier 1994.
[43] Interview avec B. I., magistrat, Novembre 1993.

du jour au lendemain »[44]. Il est possible que l'un des éléments essentiels de la question vienne de là. Faire appel à la mise en œuvre de la charia peut effectivement refléter le souhait de transformer ce qui est socialement accepté et désirable (ou du moins supposé comme tel) en un ensemble de règles qui fassent office de prescription et de proscription. C'est comme s'il y avait en quelque sorte une inversion structurelle : à partir d'un « ordre culturel » transmis et manipulé par la norme, on passerait à un « ordre juridique » qui influencerait la culture et établirait ses normes légitimes. Cette transition se déroule probablement à travers un processus qui renforce la norme. Cela n'est pourtant possible que si l'on peut fournir une nature régulatrice au répertoire normatif initial. Mais cette condition n'est pas à elle seule suffisante. Elle doit être associée à des conditions d'une nature plus politique pour conduire certains acteurs à souhaiter inclure ces particularités régulatrices dans le répertoire normatif[45].

Il n'est pas inutile de considérer désormais quelques cas où la morale – y compris, mais non exclusivement, la morale religieuse – joue clairement un rôle fondamental. Dans l'Égypte contemporaine, ces genres d'affaires sont légion. Certains pourraient même y voir une pathologie judiciaire. En nous concentrant sur l'organisation judiciaire, nous nous référerons à trois cas afin d'illustrer l'impact contraignant de la morale sur la mise en œuvre du droit. Chacune de ces affaires illustre nettement un aspect d'une relation aussi contingente : les contraintes de procédures et les spécifications de bon sens qui opèrent dans la caractérisation juridique des faits ; l'articulation de la morale, de la religion et de la politique ; le pouvoir de l'argument de normalité. De plus, dans les trois cas, on observera la dimension politique même de la combinaison.

La première affaire est connue sous le nom d'« affaire de la jeune Maadi ». En janvier 1985, cinq jeunes hommes enlevèrent, en les menaçant d'un couteau, une jeune fille de 17 ans et son petit ami. Ils les emmenèrent dans un endroit à l'écart, où deux des agresseurs eurent des rapports sexuels avec la jeune fille, avant d'être contraints à se déplacer vers un autre endroit. Un sixième jeune homme les hébergea dans le garage où il habitait, où ils eurent tous, à l'exception du sixième, des rapports sexuels avec la jeune fille, avant de lui voler, ainsi qu'à son petit ami, sa montre et ses bijoux. Ils relâchèrent leurs victimes dans les environs. Celles-ci s'adressèrent à la police pour porter plainte et les jeunes gens furent vite arrêtés, toujours en possession du couteau et de leur maigre butin. L'affaire fut considérablement diffusée par les médias et un procès expéditif s'ensuivit dont la sentence fut la peine de mort pour enlèvement, viol et vol pour les cinq principaux agresseurs, et une peine de 7 ans de prison pour participation active pour le sixième. Le Mufti de la République entérina les peines de mort et les sentences furent exécutées.

Cette affaire est intéressante à plusieurs niveaux, dont deux en particulier : un niveau très pragmatique de construction morale dans un cadre judiciaire, et un niveau plus général d'effets politiques de cas non-politiques. À un niveau pragmatique, il faut tout d'abord prêter attention aux définitions qui ont été

---

[44] Interview avec M. Z., *ulema*, Janvier 1994.

[45] *Cf.* B. Dupret, *op. cit.*, 2000; B. Dupret, "A Return to the Shari'a? Egyptian Judges and Referring to Islam",dans F. Burgat (ed.), *Islam and Re-islamization,* à paraitre.

données par la Cour de cassation égyptienne (*mahkamat al-naqd*) aux parties sexuelles du corps (*mi'yar al-'awra),* dont la violation est condamnée : « Le contrevenant couche la victime sur le sol et perfore son hymen avec son doigt » ; «Le contrevenant pince un postérieur de femme » ; « Le contrevenant empoigne le sein de sa victime » ; « Le contrevenant pince la cuisse de sa victime », etc. « Selon ce critère, les tribunaux ne considèrent pas le fait d'embrasser une jeune fille sur les joues ou un jeune homme sur le cou, ou le fait que celui-ci morde l'endroit où l'embrasse un transgresseur de sa pudeur »[46]. Il faut ensuite souligner à quel point le modèle de la procédure engagée par le magistrat était préétabli. Cette approche de l'affaire par la procédure, c'est-à-dire par la manière dont les magistrats formulent les règles auxquelles ils se réfèrent, c'est ce qui distingue les professionnels des profanes. Autrement dit, la « mise en narration » des faits est construite de façon à la rendre pertinente pour toutes fins juridiques, c'est-à-dire pour la caractérisation juridique et la condamnation pénale. D'ailleurs, la manière dont le procureur construit son récit est également agencée en une espèce d'« hyper-accusation », une accusation qui « anticipe les usages que le tribunal pourra en faire »[47]. On peut enfin remarquer les nombreuses stratégies pour établir ou éviter la nature de reproche des accusations : le procureur général recherche la nature intentionnelle des crimes des contrevenants, alors que les contrevenants recherchent d'autres exposés des faits qui les dissocieraient des implications potentiellement nuisibles de la formulation du magistrat, ou bien ils cherchent à minimiser leur participation active afin d'effacer leur action. Ils soulignaient par exemple la nature collective du crime, ou le demi-consentement des victimes, ou encore l'effet des circonstances. Les contrevenants ne mettaient pas en question la morale en jeu ; ils affirmaient au contraire leur adhésion à cette morale tout en essayant de fournir un autre tableau de leur participation au crime et des implications morales que celui-ci avait sur leur propre morale[48].

À un autre niveau, on pourrait mettre en évidence le fait que cette affaire, quoique non-politique à première vue, devint politique par ricochet. Elle connut une formidable diffusion publique qui exposa en long et en large (davantage qu'elle ne discuta) des conceptions emblématiques de pudeur féminine, de sexualité, de contrôle de la sexualité et de répression de toute violation de ses limites. Cela montre clairement comment des questions morales deviennent (sont rendues) publiques. Les relations sexuelles sont complètement vidées de toute dimension d'intimité et d'émotion pour constituer une question juridique publique qui tourne autour de leur seule définition licite : le mariage, et de leur contre-définition : le viol et les relations sexuelles en dehors du mariage. Le caractère public des affaires morales devient lui-même aisément politique. Dans ce genre de situation, toutes les autorités publiques font des déclarations sur l'affaire. Par exemple, dans le cas d'une autre affaire de viol, celle de la « jeune Ataba », le président Moubarak consentit à une proposition visant à l'amendement de la clause juridique sur le viol, si bien que cette loi fut

---

[46] N. Hasan, "Law of the protection of decency" (en arabe), *Majallat al-qânûn wa l-iqtisâd - huqûq al-insân*, s.d.

[47] M. Komter, *Dilemmas in the Courtroom. A Study of Trials of Violent Crime in the Netherlands*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, 1998, p. 168.

[48] *Cf.* B. Dupret, "La typification des atteinte aux bonnes moeurs: approche praxéologique d'une affaire égyptienne", *International Journal for the Semiotics of Law/Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, vol. XI, n. 33, 1998, pp. 303-322; B. Dupret, "Repères pour une praxéologie de l'activité juridique: le traitement judiciaire de la moralité à partir d'un exemple égyptien", *Egypte-Monde arabe*, n. 34, 1998, pp. 115-139.

bel et bien modifiée et sa sanction aggravée. En commentant cette même affaire, un bulletin islamique annuel mis explicitement en relation la baisse de la sécurité dans la société et l'attention croissante que l'on accordait à la sécurité politique. Proche de l'orientation de la Confrérie musulmane, ce bulletin saisit également l'occasion pour déclarer que la nouvelle loi était en contradiction avec la charia islamique, puisqu'« elle a le principal défaut de ne pas traiter la question de l'honneur et de ne pas infliger de châtiment aux rapports sexuels avec consentement »[49].

La seconde affaire se rapporte à l'excision. En juillet 1996, le ministre égyptien de la Santé promulgua le décret 261/1996 interdisant l'excision aussi bien dans les hôpitaux que dans les cliniques publiques ou privées, sauf dans les cas de maladie, et sanctionnant toute personne étrangère au corps médical qui pratiquerait cette opération. Ce décret fut attaqué au Tribunal administratif du Caire par un groupe de personnes dirigées par une éminente personnalité islamique, Shaykh Yusif al-Badri, déclarant ce décret nul et non avenu puisqu'il violait les principes du droit islamique, lesquels sont, selon l'article 2 de la Constitution, « la principale source de la législation ». Ils affirmaient que l'excision était une pratique légitime et que le souverain ne peut imposer des restrictions à ce que la charia autorise, rend obligatoire et recommande. Le Tribunal administratif statua en faveur des plaignants, mais le ministre de la Santé se pourvut en cassation et le jugement précédent fut rejeté. La Cour administrative de cassation affirma tout d'abord que, dans le cas de la contestation d'un décret administratif devant les tribunaux administratifs, toute personne ayant une position juridique particulière a un intérêt personnel dans l'action. Ce qui signifiait par conséquent que « toute personne qui croit en l'islam et qui estime que le jugement correct […] sur l'excision dérive de cette croyance […] agit dans son intérêt personnel en intentant une action judiciaire ». En second lieu, elle plaidait dans le sens de la Cour suprême constitutionnelle, en déclarant que, au cas où il n'existerait aucune clause précise de la charia régissant une affaire particulière, la législature est en droit d'exercer une argumentation indépendante en accord avec le contexte particulier de l'affaire. Comme il n'y a pas de consensus parmi les érudits islamiques à l'égard de l'excision, on ne peut exciper d'une clause claire et précise, ce qui veut dire que la législature doit interpréter les principes islamiques généraux à la lumière des conditions sociales contemporaines. En troisième lieu, la Cour administrative de cassation estime que toute usurpation sur le droit à l'intégrité corporelle exige une légitimation qui n'existe pas dans le cas de l'excision, à l'exception de quelques rares cas où l'opération est justifiée médicalement[50].

Cette affaire soulève d'importantes questions sur le rapport entre la morale et le droit et le rapport entre la morale et la politique. L'excision est un archétype de ce qui appartient, dans la charia islamique, au

---

[49] *Cf.* S. e., *The Nation in One Year. An Arab Political and Economic Report* (en arabe), Cairo, Markaz al-Dirâsât al-hadâriyya, 1993; B. Dupret, "L'Annuaire de l'Umma et la question sécuritaire", *Egypte-Monde arabe*, n. 17, 1994, pp. 157-184.

[50] *Cf.* K. Bälz, "Human Rights, The Rule of Law and the Construction of Tradition: The Egyptian Supreme Administrative Court and Female Circumcision", *Egypte-Monde arabe*, n. 34, 1998, pp. 141-153; B. Dupret, "Justice and sexual morality: Female Circumcision and Sex Change Operations Before Egyptian Courts", *Islamic Law and Society*, à paraitre.

domaine de la morale, c'est-à-dire à ce qui, sans être obligatoire, est autorisé (*mubah)* ou recommandé (*mandub*) selon certaines traditions. Néanmoins, avec la distinction entre le droit et la morale, il ne s'agit plus de ce que la charia considère comme bon, neutre ou mauvais, mais de ce que l'État s'approprie pour étendre son emprise sur la population. Ce qui explique pourquoi les autorités juridiques commencent à s'immiscer dans des affaires qui auparavant n'étaient pas dans leur champ d'intervention, notamment la sexualité et le contrôle de la sexualité. On pourrait nommer cela un phénomène de législation des rapports intimes. La magistrature et le corps législatif égyptiens ont promulgué des lois et prononcé des jugements interdisant toute forme de transgression de l'intégrité corporelle, à l'exception des cas où des médecins pratiquent des opérations destinées à soigner des patients. Ainsi la distinction entre le droit et la morale conduit à reléguer la charia au domaine de la morale et à en faire une morale parmi d'autres (même si elle reste peut-être la plus importante). On peut considérer qu'en contestant la tentative du gouvernement d'interdire l'excision, les plaignants tentèrent de réintroduire la religion parmi les principes moraux essentiels sur lesquels doit se fonder le droit. Il n'était pas question d'intérêt personnel dans cette affaire, mais de l'exigence de définir quels principes sont d'une importance suprême dans la définition du droit. La Cour de cassation a en réalité reconnu que le droit était encadré par les principes islamiques, même s'il interprète l'existence et le sens de ces principes d'une manière différente. Cela ne veut pourtant pas dire que le droit et les lois religieuses vont une fois encore s'amalgamer, mais uniquement que l'on a conféré à la religion le statut de référence morale, autrement dit qu'on a conféré aux principes de la charia le statut de la source morale principale de législation à travers un processus juridique et judiciaire.

Cette affaire est également digne d'intérêt pour l'éclairage qu'elle apporte au rapport entre la morale, le droit et la politique. Faire enregistrer une requête administrative contre un décret du ministre interdisant l'excision est un moyen d'intenter une action fondée sur une question précise, laquelle est lancée dans le domaine public afin de soutenir l'exposition et la défense d'une conception particulière de l'ordonnancement général de la société. L'excision est élevée au statut de cause, c'est-à-dire à la mobilisation d'intérêt général au profit du bien public (ou du moins d'une certaine conception du bien public), au-dessus et hors des intérêts de tout individu en particulier[51]. Le problème de l'excision devient l'affaire de l'excision à travers la mise en scène des raisons de s'opposer au décret du ministre. Cette affaire devient une « cause » dès qu'elle est utilisée afin de promouvoir un enjeu d'une nature plus général. Cette affaire, dont on a fait une affaire juridique publique, vient soutenir la cause qui revendique la nature islamique de l'État égyptien, de ses institutions et de la définition de cette nature islamique. C'est ce que Claverie appelle un modèle d'« exposition critique »[52], c'est-à-dire la mise en évidence du fait que certains acteurs ont la possibilité de déformer la définition substantielle de la référence qu'utilisent et fournissent les autorités, tout en recourant aux nombreuses ressources institutionnelles à leur disposition et en restant formellement à l'intérieur du cadre de référence. Dans le cas de l'excision, il n'est pas question de pouvoir et de puissantes personnalités : le droit et l'arène judiciaire sont utilisés dans le dessein de partager le

[51] *Cf.* E. Claverie, "Procès, Affaire, Cause. Voltaire et l'innovation critique", *Politix*, n. 26, 1994, pp. 76-85.
[52] E. Claverie, *art. cit*., 1994, p. 85.

pouvoir en jouant le jeu de ses institutions et en tentant de définir les principes fondamentaux sur lesquels il est construit.

La troisième affaire se rapporte à la privatisation du secteur public égyptien. C'est par sa nature une affaire politique, puisqu'elle traite directement de la nature du régime. Dans un contexte de réforme économique, le gouvernement égyptien a promulgué de nombreuses lois dans les domaines commercial et économique. Cependant, les principes constitutionnels établissant la nature socialiste de l'État égyptien n'ont pas été modifiés. La Cour suprême constitutionnelle d'Égypte dut affronter les tensions qui résultaient de la transformation du pays en économie de marché sous une constitution « socialiste ». Dans un jugement rendu le 1er février 1997, il est stipulé que la loi 203/1991 relative à la privatisation des entreprises publiques ne va pas à l'encontre de la Constitution. Pour le plaignant, un ancien employé du secteur public, la privatisation des entreprises publiques contrevenaient aux principes économiques que défend la Constitution. La Cour de cassation prétendit que celle-ci ne statue pas sur un système économique spécifique, autrement dit que les clauses constitutionnelles doivent être interprétées à la lumière de l'objectif suprême de l'accomplissement du progrès, c'est-à-dire de la croissance économique, qui dépend de l'investissement privé. L'unique rôle de l'investissement public est d'ouvrir la voie à l'investissement privé, un objectif qui tient compte de la privatisation des entreprises du secteur public. Conformément à cet argument, la Cour rejeta la requête[53].

Cette affaire traite à l'évidence de principes de moralité. Elle reflète la recherche de réponses aux questions suivantes : est-ce que la privatisation constitue un bon et honnête moyen de mener une politique économique ? Jusqu'à quel point les principes libéraux sont-ils désirables ? Quel est le « bien » auquel on devrait aspirer ? Tout cela est construit en termes juridiques. On pourrait considérer ce cas comme une affaire dont la solution fait jurisprudence pour ce que Dworkin décrit comme le droit en tant qu'intégrité. Toutefois, ce qu'il y a surtout d'intéressant, c'est la manière dont la Cour suprême constitutionnelle interprète les principes et les clauses de façon à rendre moral ce qui aurait été autrement considéré comme complètement déloyal. Cela montre jusqu'où peut aller l'interprétation pour déformer un cadre textuel et l'adapter à de nouvelles contraintes morales et politiques. C'est pourquoi elle fait ressortir le rôle majeur que jouent les magistrats (de la Cour suprême constitutionnelle en l'occurrence) dans le processus qui consiste à conférer une existence juridique à des principes moraux à travers une interprétation officielle. Cela se fait en recourant à des critères juridiques. Dans cette affaire, la Cour suprême constitutionnelle prétendit que les principes constitutionnels devaient être interprétés à la lumière de leur objectif suprême, à savoir la libération politique et économique de la mère patrie et de ses citoyens. Autrement dit, l'État doit accomplir son devoir de défense, de sécurité, de santé, d'éducation et d'environnement, mais il doit se libérer de tous les devoirs superflus. Ainsi n'y a-t-il pas de stricte définition de la notion constitutionnelle

[53] *Cf.* K. Bälz, "Marktwirtschaft unter einer sozialistischen Verfassung? Verfassungsrechtliche Aspekte der Privatisierung von Staatsunternehmen in Ägypten (VerfGH, Urteil 7/16 vom 1.2.1997)", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 58(3), 1998, pp. 703-711; B. Dupret, "L'interprétation libérale d'une Constitution socialiste: La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la privatisation du secteur public", dans D. El-Khawaga, E. Kienle (eds), *Political Structures and Logics of Actions in the Face of Economic Liberalization*, à paraitre.

du profit socialiste : la Constitution est un document progressiste qui doit être interprété d'une manière évolutive. Pour la Cour, « il n'est pas permis d'interpréter des textes constitutionnels d'une manière qui les envisage comme une solution précise et perpétuelle aux problèmes économiques dont la nature a été modifiée par le temps » ; « la Constitution est un document progressiste dont le large horizon n'entrave pas l'évolution ; son contenu doit nécessairement être en harmonie avec l'esprit du temps ». C'est ce que l'on appelait autrefois l'argument de la normalité. Il amalgame le sens statistique et le sens éthique de la norme afin d'ajouter un poids normatif à la description des faits soi-disant statistiques. Quand il se réfère à l'esprit du temps, le magistrat prétend que le texte constitutionnel est conforme à ce qu'il suppose être la normalité économique et politique de la société égyptienne. L'acceptation de ces principes (notamment les nouveaux objectifs que la société veut atteindre) est admise comme largement partagée puisqu'ils sont, argumente-t-on, objectivement fondés : le rôle complémentaire du secteur privé, son efficacité et son dynamisme sont présentés par le magistrat de la Cour suprême constitutionnelle comme relevant du domaine de ce qui n'est pas véritablement contestable. Au contraire, ils relèvent de la normalité, ce qui revient à dire qu'ils sont moralement souhaitables et par conséquent juridiquement applicables.

Conclusion

Les principes moraux sont en grande mesure à l'œuvre au sein du droit. Cela est d'autant plus vrai dans le contexte égyptien. La question est de savoir sur quelle base ils opèrent. La théorie positiviste a fermement établi la nature autonome du droit, c'est-à-dire le fait qu'il est déterminé par des acteurs humains. Ce qui signifie que sa source originelle, qu'elle soit divine ou artificielle, n'a pas vraiment d'importance. Il n'en reste pas moins que cette théorie avait tort de circonscrire le droit, au sens propre, aux règles primordiales (substantielles) et secondaires (de procédures) que l'on peut discerner dans un système juridique. Elle omet la dimension importante des principes auxquels la législature et les magistrats se réfèrent, les incorporant de la sorte à l'empire du droit. D'autre part, la théorie de Dworkin suit une ligne dialectique qui est discutable. Alors qu'il évoque des principes moraux que le magistrat considère depuis le début comme intégrés dans un système juridique cohérent, on pourrait en revanche affirmer la chose suivante : c'est le juriste qui a légalisé ces principes. Si l'on s'en tient à cette affirmation, il faut orienter notre regard vers ce que font concrètement les juristes pendant l'exercice de leur profession. C'est à travers cette profession que des principes très généraux et confus sont validés. Autrement dit, c'est en examinant de près le droit en acte que nous pourrons comprendre comment le juriste manie les contraintes morales, non pas en reconnaissant la nature différente de la morale, mais en légalisant certains de ses principes. C'est ainsi que, par exemple, des notions morales des parties sexuelles du corps se changent en définitions juridiques par le truchement du magistrat de la Cour de cassation. Ou bien, dans le cas de l'excision, le magistrat du Conseil d'État ne désavoue pas le statut juridique de la charia, mais décide de classer les nombreux principes de la

charia et de choisir parmi ces principes celui qui peut être considéré comme une loi. Enfin, le magistrat de la Cour suprême constitutionnelle transforme la notion libérale de développement et de croissance économique en une règle juridique coercitive qui tient compte de la privatisation du secteur public. Pour le magistrat, le meilleur moyen d'effectuer cette « légalisation » de principes moraux est de forger leur normalité afin qu'il soit possible de passer de la dimension soi-disant statistique à la dimension coercitive de la norme que l'on impose de manière autoritaire.

L'autorité de la loi est un principe qui figure dans le texte de la constitution égyptienne. L'article 64 stipule que « la souveraineté de la loi (*siyadat al-qanun)* est à la base du pouvoir de l'État ». Que l'État s'en tienne aux principes de l'autorité de la loi, c'est d'ailleurs l'une des principales revendications de l'opposition politique en Égypte. Au même moment, la législature de ce pays produit une grande quantité de normes juridiques, alors que ses tribunaux sont submergés de litiges civils et pénaux, ce qui signifie que les citoyens sont d'une manière ou d'une autre convaincus que ces tribunaux appliquent les clauses de la loi égyptienne. Cela révèle probablement la nature paradoxale de l'autorité de la loi, dont le respect peut être considéré comme une importante protection, pour les individus, contre le caractère arbitraire de l'État, bien que sa mise en œuvre puisse être utilisée comme un outil fondamental pour construire « un État plus fort, plus efficace, plus centralisé et plus envahissant »[54]. Ce phénomène est avéré quand on considère la relation entre le droit et la morale. D'une part, le recours aux principes moraux permet aux individus de remettre en question l'autorité de l'État, mais, d'autre part, cela permet également à la magistrature de formuler une interprétation judiciaire et officiellement approuvée de ces mêmes principes.

En d'autres termes, la morale entrave la loi, mais les juristes légalisent la morale. Ainsi transforment-ils la nature de la morale, dont le statut prétendument hétéronome devient en réalité un statut tout à fait objectif et légal. En ce sens, l'autorité de la loi est renforcée, les citoyens et l'État étant tenus de respecter des règles qui sont définies légalement et judiciairement. Il s'agit toutefois de l'autorité de la loi de juristes, et cela soulève la question du pouvoir dont ceux-ci disposent pour exercer cette fonction législative alors qu'ils n'ont aucune légitimité démocratique. C'est là le problème classique du gouvernement des juges. Dans le contexte politique égyptien, le problème est toutefois beaucoup plus vaste, aucune institution n'ayant réellement droit de prétendre à une légitimité démocratique. Autrement dit, en se concentrant sur le gouvernement des juges, on finit par complètement éluder la question du débat politique, de son issue législative et de l'exercice du pouvoir. Dans le contexte égyptien où les questions politiquement délicates sont monopolisées par le pouvoir exécutif, créant ainsi une dichotomie qui ne repose pas sur l'opposition entre le droit et la morale mais sur l'opposition entre la loi ordinaire et la loi extraordinaire, il ne s'agit plus de la simple question de l'autorité d'une loi moralement contrainte. Il faut l'étendre à la question de l'autorité d'une loi hiérarchique où les affaires sont traitées différemment selon leur nature politique. De l'autorité de la loi, on passe à la loi de l'autorité.

[54] N. J. Brown, *op. cit.*, 1995, p. 113.