



HAL
open science

De l'invention du droit musulman à la pratique juridique contemporaine

Baudouin Dupret, Léon Buskens

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret, Léon Buskens. De l'invention du droit musulman à la pratique juridique contemporaine. B. Dupret. La Charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique, La Découverte, pp. 9-22, 2012. halshs-00737904

HAL Id: halshs-00737904

<https://shs.hal.science/halshs-00737904>

Submitted on 3 Oct 2012

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.

Introduction

De l'invention du droit musulman à la pratique juridique contemporaine

Baudouin Dupret & Léon Buskens

C'est un truisme de dire que la notion de « droit musulman » est une catégorie sociale. Il est sans doute plus étonnant et irritant d'ajouter qu'il s'agit d'une construction scientifique, ayant servi à comprendre le phénomène de la normativité dans les sociétés musulmanes. Ce phénomène existait bel et bien avant que la science orientaliste ne s'y intéresse, mais pas la catégorie. Parler de droit musulman, de droit islamique ou de charia, au début du XXI^e siècle, c'est donc traiter d'une catégorie historique qui s'est en quelque sorte naturalisée.

Les études sur le droit musulman ont vraiment commencé en Occident au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles. La demande de connaissance du droit local trouve, dans l'expansion européenne, un élan nouveau ; pour asseoir leur pouvoir et maintenir l'ordre social, les gouvernements européens avaient besoin d'en savoir plus sur les formes juridiques des régions colonisées, quitte à rapporter à des catégories occidentales des questions qui, *a priori*, n'étaient pas formulées dans ces termes.

Des linguistes et des juristes anglais furent parmi les premiers, au début du XIX^e siècle, à s'entretenir avec des savants locaux sur les normes des hindous et des musulmans. Quelques décennies plus tard, des arabisants et des militaires français procédaient à des enquêtes, en Algérie, sur les lois indigènes en vigueur. À la même époque, des érudits néerlandais s'efforçaient de comprendre quelles étaient les normes qui régissaient la vie des indigènes en Indonésie. Cette recherche pragmatique des faits perçus comme de nature juridique a correspondu au projet de l'orientalisme naissant, qui voulait collectionner, décrire et comprendre les civilisations lointaines.

Pour répondre à ces questions sur le droit local (souvent désigné sous le nom d'« indigène »), des chercheurs métropolitains et locaux – ces derniers étant souvent engagés dans l'administration coloniale – ont recouru à des approches philologiques, historiques, ethnographiques et juridiques. Dès le début, la question fut débattue de

savoir ce qu'était le droit, et ce qu'il devait être. Le savoir n'était pas seulement une question de description et d'analyse, mais aussi de normativité définie par le positivisme juridique occidental.

Un exemple de l'entrelacement précoce des questions scientifiques et pratiques nous fait remonter aux origines des recherches sur le droit musulman aux Pays-Bas, qui étaient intimement liées à la colonisation de l'Indonésie, surtout de Java et Sumatra. Jusqu'au départ des Anglais, en 1814, les administrateurs néerlandais n'étaient guère impliqués dans la gestion des communautés indigènes. Après cette date, la politique évolua, à mesure que l'idée d'un vrai gouvernement colonial, tenu de maintenir l'ordre public et de rendre justice, s'imposa. Le gouvernement néerlandais créa à Delft et à Leiden des institutions chargées de former les administrateurs coloniaux. En 1844, l'arabisant Meursing (1812-1850) publia le premier manuel de droit musulman aux Pays-Bas. Adaptation d'un manuscrit rédigé par un savant originaire d'Aceh, ce texte fut employé comme manuel d'instruction des élèves de l'Institut colonial. Le successeur de Meursing, Salomo Keyzer (1823-1868), publia, en 1853, une introduction au droit musulman, dans laquelle il soulignait l'importance de la connaissance de l'« islam pur », qu'il contrastait avec les « aberrations » des pratiques de la vie quotidienne en Indonésie. À son avis, le droit des musulmans indonésiens se trouvait dans les textes normatifs des savants musulmans, le *fiqh*, dont il assurait l'enseignement des textes dans leur ordre classique de présentation. Des administrateurs coloniaux résidant en Indonésie, comme W.R. van Hoëvell, s'engagèrent dans des polémiques avec Keyzer. Pour eux, le droit réel se trouvait dans les pratiques des indigènes, dans leurs coutumes locales, qui étaient fort différentes des normes stipulées par les savants musulmans dans leurs textes et variaient d'un endroit à l'autre. De leur point de vue, l'enseignement destiné aux futurs administrateurs coloniaux devait plutôt se concentrer sur les coutumes, les interprétations locales et les langues indigènes, au lieu du droit musulman pur et universel et de l'arabe classique. Ces polémiques se prolongèrent durant des décennies. L'arabisant et islamologue Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936) y participa aussi. Avec le juriste Cornelis van Vollenhoven, il imposa la doctrine de l'*adatrecht* comme vulgate académique et administrative. Les recherches menées sous leur direction et regroupées dans des

recueils de droit coutumier transformèrent ainsi les coutumes (*adat*) en « droit coutumier » (*adatrecht*). Cette doctrine devint le canon des communautés musulmanes d'Indonésie avec le manuel de Th.W. Juynboll sur le droit musulman, dans lequel l'auteur juxtaposait systématiquement les normes classiques de l'école chaféite, une des quatre écoles de l'islam sunnite, et les différentes coutumes locales.

La conception des normes indigènes suivit très largement les évolutions de la pensée juridique de l'Europe continentale, marquée par la législation nationale et la codification napoléonienne. Il appartenait aux chercheurs de décider si une norme méritait d'être élevée au niveau du droit ou non. Les études, de terrain ou en chambre, constituaient un premier stade de transformation des normes en droit. Ces avis doctes, quand ils étaient entérinés au niveau politique, devenaient le nouveau droit des administrateurs coloniaux et parfois même des « indigènes » concernés. Les raisons de ce positivisme juridique, qui menait à un ethnocentrisme conceptuel flagrant, sont multiples : beaucoup d'administrateurs coloniaux avaient reçu une formation juridique ; un nombre considérable de savants avait combiné étude des langues orientales et droit ; plusieurs ethnologues des premiers temps étaient à l'origine des juristes.

Au XIX^e siècle, le discours juridique était prépondérant dans l'analyse des sociétés de métropole. Cette vision normative des processus sociaux était étroitement liée au processus même de formation des États nationaux, qui dominait l'histoire européenne de l'époque. Ce positivisme servit, à son tour, à comprendre la normativité des sociétés musulmanes. Il conduisit toutefois à occulter les différences normatives, au profit de la seule conception européenne. Il aboutit à l'introduction de nouvelles catégories analytiques, telles que « statut personnel », « droit pénal », « droit public » et « droit privé », inconnues jusqu'alors des savants musulmans. Les savants européens cherchaient à identifier le plus vite possible les abrégés les plus répandus de chaque école (*madhhab*) et à en faire l'édition et la traduction. Les Néerlandais se concentraient sur les classiques chaféites enseignés en Indonésie. Les Français et les Italiens, qui étaient engagés dans la colonisation des pays du Maghreb, firent de nombreuses éditions et traductions des ouvrages de référence de l'école malékite.

Certains savants exprimèrent des réserves à l'égard de cette vision juridique de la

normativité islamique. Pour Snouck Hurgronje, l'un d'entre eux, la normativité islamique, principalement représentée par le *fiqh*, était une déontologie plus qu'un système juridique et l'idée de la codifier était donc totalement contraire à son esprit. Joseph Schacht (1902-1969) et Georges-Henri Bousquet (1900-1978) perpétuèrent cette conception déontologique, mais ils n'en utilisèrent pas moins l'expression « droit musulman » dans le titre de leurs travaux.

Le travail des savants européens au XIX^e siècle n'a été possible qu'à l'aide de collaborateurs locaux. Ces informateurs, travaillant généralement dans l'ombre, recueillaient les matériaux et renseignements qui servaient à écrire les études de leurs commanditaires européens. Souvent, le rôle d'informateur allait de pair avec des services d'interprète, de traducteur, d'assistant de recherches, de conseiller. Certains travaillaient comme *drogmans* pour les consulats et combinaient leur connaissance des langues orientales avec une expertise des normes en vigueur. Plus tard, des institutions coloniales furent expressément créées pour la transmission du savoir et la formation des cadres. Les institutions chargées du maintien de l'ordre, comme les bureaux d'affaires indigènes et les tribunaux, dépendaient aussi de la collaboration des indigènes ayant une connaissance des langues, cultures et normes locales.

La perspective orientaliste, qui transformait la normativité islamique en droit musulman devint tout à fait naturelle pour les collaborateurs orientaux, du fait de leur pratique quotidienne de l'administration coloniale. Ils assimilèrent ainsi une nouvelle vision de leur société et de ses normes. Dans les générations postérieures, il y eut de plus en plus de juristes soutenant des thèses sur le « droit musulman », dans leur pays d'origine ou en métropole. Quelques-uns parmi eux devinrent fameux, comme 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971), le grand architecte de la codification du droit civil au Moyen-Orient, qu'il voulait fonder sur les héritages juridiques islamique, romain et français. Pour l'Indonésie, la vie et l'œuvre de Pangeran Ario Hoesein Djajadiningrat (1886-1960) offrent un exemple de l'internalisation de l'approche occidentale de la normativité islamique. Les collaborateurs orientaux étaient formés en droit, à l'europpéenne, et leur conception de la normativité islamique procédait directement de ce positivisme. Pour eux, la notion de « droit musulman » était naturelle.

La compréhension orientaliste du droit musulman était guidée par les expériences

régionales de colonisation. Dans chaque région, les chercheurs entreprenaient de « découvrir » les configurations spécifiques de coutumes et de règles, et de les faire rentrer dans le moule positiviste. Ainsi en va-t-il du *'amal* au Maroc, du droit kabyle en Algérie, de l' *Anglo-Muhammadan Law* en Inde britannique ou de l'*adatrecht* en Indonésie. Ces appréhensions régionales du droit musulman et de sa relation aux coutumes étaient donc marquées par les traditions nationales de gouvernance et de science juridique. Il n'est donc guère étonnant que l'image du droit musulman maghrébin chez les auteurs français reflète la conception civiliste française, tandis que l'*Anglo-Muhammadan Law* procède manifestement de la *Common Law* britannique.

La conception orientaliste s'est prolongée jusqu'au XXI^e siècle ; elle a été reproduite, de génération en génération, en Occident comme en Orient. La notion de « droit musulman » a été en quelque sorte naturalisée, aux yeux des chercheurs comme des musulmans, si bien que parler de l'« invention du droit musulman » peut aujourd'hui sembler sacrilège pour certains. Dès l'époque coloniale, il y eut des tentatives de codification du droit musulman (*Code Morand* en Algérie ou *Code Santillana* en Tunisie) et du droit coutumier (*Petit code coutumier* de van Vollenhoven en Indonésie), guidés par cette vision positiviste. La codification, en 1875, du droit de la famille hanéfite par Qadri Pasha, en Égypte, et la promulgation, en 1877, de la Mecelle, dans l'empire ottoman, constituent des formes primitives de réception du positivisme juridique. La tendance se poursuivit au-delà des indépendances, avec les codifications de Sanhuri en Irak, en Égypte et dans d'autres pays du Levant. Cette vision positiviste du droit musulman semble, de nos jours, plus vivante que jamais, les expériences de codification se multipliant, comme en Iran et en Indonésie. Cette même vision positiviste du droit musulman se retrouve dans l'enseignement universitaire, dans les pays musulmans comme en Europe.

La référence à la normativité islamique a été complètement bouleversée, en deux siècles, dans les sociétés musulmanes. Tous les systèmes judiciaires de ces pays ont été transformés. Sans que cela ne puisse être strictement corrélé au colonialisme, certains pays n'ayant jamais été colonisés, il est manifeste que le droit d'inspiration religieuse s'est retrouvé progressivement confiné au seul domaine du statut personnel (mariage, divorce, filiation, successions) et que les juridictions administrant ce droit

ont été dépouillées de leur compétence au profit de juridictions nationales plus ou moins séculières. L'Iran, depuis la révolution de 1978, et l'Arabie saoudite, ainsi qu'à des degrés divers plusieurs pays du Golfe, font exception en la matière, encore que l'affirmation mérite d'être nuancée. Dans le « domaine réservé » du statut personnel, on peut aussi noter l'adoption de lois codifiées, technique étrangère à la tradition normative islamique, dont l'application est confiée à des chambres spécialisées des tribunaux civils composées de juges formés dans les facultés de droit. Et, si une tendance à l'« islamisation » d'un droit jugé par trop séculier est observable depuis les années 1970, elle ne s'est pas traduite par un retour à la normativité islamique classique, mais par l'adoption de textes législatifs explicitement référencés à la charia, elle-même souvent promue au rang de source principale de la législation.

On peut s'arrêter un instant au cas égyptien pour bien mesurer la portée de ces bouleversements aux plans législatif et judiciaire. Au premier niveau, la référence à l'islam s'inscrit dans le cadre d'une institution parlementaire chargée de l'adoption des lois dans un État musulman. Dès lors que le droit musulman, repris sous le vocable de charia, est constitutionnellement élevé au rang de source principale de la législation, le législateur doit veiller à ce que les lois y soient conformes dans une double acception politique (ne pas heurter l'opinion) et juridique (ne pas s'exposer à un arrêt en inconstitutionnalité de la Haute Cour constitutionnelle). Comme, depuis les années 1970, le langage normal de la sphère publique égyptienne est religieux, tendu vers la promotion de la réislamisation de la société, l'islam, sinon l'islamisme, est devenu le langage qui convient à toutes les situations, même s'il peut se rapporter à des positions normatives singulièrement différentes. C'est ainsi qu'au Parlement, on peut se référer au Coran pour défendre telle ou telle disposition ou pour s'y opposer, mais ce n'est pas ce qui détermine, *in fine*, l'acceptabilité législative du texte. Ce qui apparaît ici, c'est que la norme islamique n'acquiert son autorité que dans le corset de la procédure parlementaire, avec entre autre ses règles de parole, de vote et de majorité. La pertinence coranique peut imposer la rhétorique des débats, mais elle s'avère insuffisante pour en contraindre l'issue.

Au niveau judiciaire, en Égypte toujours, on peut observer qu'à l'endroit même où elle est supposée massive et écrasante, à savoir le droit du statut personnel, la référence

au droit musulman est loin d'apparaître systématiquement. Cette question ne procède, dans le domaine du droit, ni du poids que la tradition scientifique semble vouloir imputer à la référence islamique ni des voies exceptionnelles que son expression est présumée suivre. En d'autres termes, la référence explicite à l'autorité de l'islam est occasionnelle. Cette référence est, de plus, toujours médiatisée par le recours aux sources premières du droit positif égyptien d'aujourd'hui : la loi et la jurisprudence. Elle s'inscrit donc dans la banalité et la routine de l'accomplissement pratique de l'activité du juge, qui consiste, avant toute autre chose, à qualifier juridiquement des faits qui lui sont soumis. Ce faisant, le juge s'attache avant tout à manifester sa capacité à juger correctement, selon les standards de la profession, les contraintes formelles qui s'appliquent à son exercice, les sources juridiques sur lesquelles elle s'appuie et les normes du travail interprétatif qu'elle suppose. Si référence islamique il y a, dans son travail, c'est par le truchement du droit positif égyptien et de ses institutions.

On peut en conclure à la dilution du droit islamique dans l'ordre constitutionnel moderne et à la positivisation de la normativité islamique. Il est indubitable que les expériences contemporaines d'intégration de la charia dans le corps juridique des États-nations ont provoqué un bouleversement de l'économie et de l'épistémologie de la normativité, c'est-à-dire une transformation de l'équilibre général, des fondamentaux et des sources et références sur lesquels cette dernière repose, ce que l'on pourrait aussi appeler sa grammaire. C'est vrai à un niveau institutionnel, avec la mise en place d'architectures constitutionnelles consacrant la séparation des pouvoirs, la hiérarchie des juridictions, le principe législatif, la représentation populaire, et les droits et libertés fondamentaux. C'est également vrai à un niveau substantiel, les normes applicables étant largement formulées par voie de codification, non pas dans la continuité doctrinale avec la normativité islamique classique (*fiqh*), mais plutôt dans l'évitement de la contradiction flagrante avec celle-ci.

Si la charia et le *fiqh*, dans leur forme classique, ont disparu de l'univers juridique, le droit référé à l'islam, c'est-à-dire un droit positif s'inscrivant, dans le jeu des sources et de la référence, sous l'égide de la charia, s'est, en revanche, très largement imposé. L'immense majorité des Constitutions des pays dont la population est

majoritairement musulmane accordent une place au droit musulman, sous une appellation ou une autre, ce qui impose un travail de mise en conformité, non pas tant à des dispositions substantielles qu'à un référentiel éthique. D'où la part toujours plus grande occupée par des notions telles que l'« ordre public » islamique, dans lesquelles la technique juridique cède le pas à des jeux d'appréciation de l'air sociopolitique du temps. Ainsi donc, même dans les situations où la normativité islamique se trouve projetée au centre du système juridique, cela se fait selon des modalités institutionnelles, procédurales et référentielles partiellement ou totalement différentes de ce qu'elles étaient avant l'invention orientaliste du droit musulman.

Ce livre offre un regard sur les formes multiples de référencement du droit à l'islam et à la charia. Là où Joseph Schacht parlait, s'agissant de la normativité islamique, de « droit de juristes », il faut bien constater que l'on a maintenant affaire à un « droit de législateurs et de juges ». Le centre de gravité de la normativité islamique, fut-elle qualifiée de droit, s'est déplacé, au cours des deux derniers siècles, vers les enceintes parlementaires et judiciaires. En ce sens, et au-delà de la nature purement formelle des dispositions du droit applicable, c'est toute l'économie du droit qui s'est transformée, y compris dans les domaines comme le droit de la famille (ou droit du statut personnel), où référence est faite à l'islam. Ce livre est une invitation à réfléchir aux transformations de cette économie du droit islamique. Plus encore, il s'agit d'une invitation à observer comment les gens s'orientent vers un objet religieux et confèrent à sa référence une autorité manifeste et intelligible. Cette autorité n'est pas nécessairement juridique, elle peut être aussi politique. Appréhender le droit islamique sous cet angle, quand cela est indiqué, permet de sérier les problèmes et, à tout le moins, de comprendre qu'un appel de telle ou telle formation politique à l'application de la charia ne correspond pas tant à une volonté de retour à la normativité islamique classique qu'à une mise en cause de la légitimité du régime en place.

Il convient enfin de souligner que le débat sur la question de ce qu'est ou n'est pas le droit islamique n'a aucun sens. Si le droit musulman exerce une autorité, ce n'est pas de manière inhérente, mais de façon circonstancielle et contextuelle. Autrement dit, le droit musulman n'a pas d'autorité en soi ; il correspond à des situations ponctuelles où les gens s'orientent vers quelque chose qu'ils identifient comme étant

du droit fondé religieusement et dont ils reconnaissent l'autorité, participant de ce fait aussi bien à la production de cette autorité qu'à sa réactualisation. Il arrive qu'on nous présente la règle de droit islamique comme indépendante de toute pratique : elle existerait, serait dotée d'un sens clair et déterminerait le comportement des gens de manière univoque ; elle serait revêtue d'une autorité intrinsèque tenant à son appartenance au registre du religieux. Ce faisant, la règle islamique serait censée échapper à toute herméneutique ; elle serait un objet rigide et atemporel, à l'abri des aléas et de la contingence, en vertu même de son inspiration divine.

Il convient, tout à l'inverse, de considérer que la règle de droit, islamique ou non, est caractérisée par sa « texture ouverte », pour reprendre la formule du philosophe Herbert Hart. Elle n'a pas de signification en soi ; elle ne flotte pas dans le vide et n'existe pas en dehors de l'action de les écrire, de les lire et de les mettre en œuvre. La règle est un accomplissement pratique et son autorité est une modalité procédant de la force qu'on lui reconnaît ponctuellement. C'est de la pratique même qu'émerge l'autorité de la règle. En ce sens, dire d'une règle qu'elle est islamique et, partant, lui reconnaître une autorité spécifique, c'est observer que, dans un contexte particulier, des gens lui attribuent cette qualité et fondent dessus son autorité. La question de savoir si ce que les gens considèrent comme du droit islamique correspond ou non au modèle idéalisé de cette normativité n'est simplement pas pertinente, parce qu'elle est totalement désincarnée. Il ne s'agit pas de savoir ce qu'« est » le droit islamique, mais ce que « font » les gens quand ils se réfèrent à quelque chose qu'ils appellent droit islamique. Autrement dit, il faut s'intéresser aux jeux de langage de la normativité islamique et, particulièrement, de sa forme juridique positiviste d'aujourd'hui.

Les contributeurs de ce livre décrivent différentes configurations des rapports qu'entretiennent la normativité islamique et le droit. Dans une première partie, ils contextualisent le mot « charia », que ce soit dans ses usages historiques (Robert Gleave), ses articulations philosophiques (Marinos Diamantidis), ses usages discursifs (Franck Frégosi), ses utilisations politiques (Jean-Noël Ferrié) ou ses formulations constitutionnelles (Nathalie Bernard-Maugiron). La deuxième partie offre une exploration de plusieurs contextes arabes : l'Égypte (Nathalie Bernard-Maugiron), la Syrie (Jessica Carlisle), le Liban (Samer Ghamroun), le Maroc (Mohamed Mouaqit) et

la Tunisie (Monia Ben Jemia). La troisième partie porte sur différentes expériences musulmanes non arabes, en Iran (Ardechir Amir-Arjomand), au Pakistan (Muhammad Khalid Masud), en Indonésie (Ayang Utriza) et au Sénégal (Marième N'Diaye). Enfin, la quatrième partie est consacrée à la présence de la normativité islamique dans les espaces juridiques occidentaux, en Belgique et en France (Louis-Léon Christians), aux Pays-Bas (Maaïke Voorhoeve), en Allemagne (Jörn Thielman et al.) et en Amérique du Nord (Nadia Marzouki). Une synthèse de ces contributions et une esquisse des perspectives qu'elles ouvrent forment la conclusion de l'ouvrage (J. Ph. Bras).

Cet ouvrage n'aurait pas vu le jour sans le soutien de Francis Messner, du laboratoire PRISME, de la Maison interdisciplinaire des sciences sociales et humaines d'Alsace (MISHA) et du Centre Jacques-Berque pour les sciences humaines et sociales (CJB) de Rabat, au Maroc.