

« La charia aujourd'hui, usages de la référence au droit islamique »



« La charia aujourd'hui, usages de la référence au droit islamique »

Sous la direction de Baudouin DUPRET

La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2012, 302 p

Un sondage récent publié par le quotidien le Monde révélait que 74% des français pensent que l'islam est une religion « intolérante », en citant le plus souvent le statut de femmes, ou les relations avec les autres religions. Nul doute que dans l'esprit des personnes interrogées, cette intolérance est une conséquence de l'application stricte par les musulmans de la loi religieuse. Mais l'islam est plus divers que ne peuvent le laisser croire les raccourcis courants, au point qu'il n'y a pas de consensus sur ce qui constitue la charia. C'est par le biais de la réalité jurisprudentielle que Baudouin Dupret a choisi de décrire la réalité de la norme islamique aujourd'hui. *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*¹ est paru en février 2012 aux éditions La Découverte, dans la collection Recherches, spécialisée dans les sciences sociales.

Baudouin Dupret est un juriste belge, spécialiste de l'approche sociologique et anthropologique de la norme et du droit, en particulier dans les sociétés arabes. Il est actuellement directeur de recherches au CNRS, membre associé à l'EHESS et chargé de cours à l'école normale supérieure de Cachan. Il dirige par ailleurs le centre Jacques Berque de Rabat, institut de recherche français dépendant du CNRS, principalement orienté vers l'étude des sciences humaines et sociales au Maroc.

Le professeur Dupret étudie le processus de normativisation des sociétés, en particulier l'impact des normes religieuses sur le droit positif et les modes de vie des peuples arabes. Il a tout d'abord consacré ses recherches à l'Egypte, où il a exploré les rapports entre droit religieux et droit civil. Son champ de recherches s'est progressivement élargi au reste de la Méditerranée, en se focalisant très sensiblement sur le problème du statut personnel.

¹ Baudouin Dupret et al., *La charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, Paris, France, La Découverte, 2012, 301 p., (« Recherches (Paris. 1994), ISSN 1258-4002 »).



Les contributeurs à cet ouvrage sont pour l'essentiel des juristes, chercheurs et enseignants qui exercent au sein d'universités françaises, européennes et arabes. Tous ont consacré tout ou partie de leurs recherches à la charia, qu'il s'agisse d'études sociologiques sur son impact en contexte musulman ou occidental, ou de travaux juridiques sur son intégration dans le droit positif moderne.

Plus que de se limiter à la charia, l'ouvrage dirigé par Baudouin Dupret veut décrire le statut de la norme² islamique dans les sociétés contemporaines, musulmanes ou occidentales, là où la religion est une référence institutionnelle, mais aussi dans des Etats sécularisés, où elle est de moins en moins étrangère. Qu'est-ce qui fait la charia ? Comment la discute-t-on et s'y réfère-t-on ? Comment devient-elle un élément de droit positif³ ? Au prix de quelles altérations ? Pourquoi enfin la référence à la charia pose-t-elle, avec autant d'acuité, la question du rapport entre la liberté de l'individu et l'ordre normatif imposé par l'Etat ?

Les normes édictées par leur religion sont une référence incontournable pour les musulmans, à titre individuel et collectif. La prise en compte de la charia est donc inévitable dans les sociétés où ils vivent, ce qui génère *de facto* une intégration du droit religieux à l'ordre juridique interne, quel que soit par ailleurs son degré de sécularisation.

Ce livre rassemble des contributions regroupées autour de quatre thèmes. Après le propos liminaire de Baudouin Dupret, la première partie présente l'état général de la charia aujourd'hui. Les contributeurs ouvrent ensuite le volet pratique de l'ouvrage, constitué de trois descriptions plus précises de l'expérience de la charia : dans les Etats arabes, dans les Etats musulmans non arabes puis dans les Etats occidentaux.

Dès l'ouverture de l'ouvrage, B. Dupret montre que le droit islamique est une construction juridique récente, au carrefour du souci d'objectivité scientifique de l'orientalisme et de l'introduction des instruments de l'Etat de type occidental dans les sociétés musulmanes. De ce processus procède une réduction substantielle de l'effectivité du droit religieux, essentiellement réduite au droit civil.

Ainsi, la signification du terme charia a considérablement évolué dans l'histoire. Voie vers la perfection divine, elle a longtemps été considérée comme hors de portée de l'esprit humain. Seule l'expression d'un avis, le *ra'y*, était permise au juriste médiéval sous réserve de le fonder sur l'*idjtihād*, l'étude exigeante des textes religieux. Progressivement s'est constitué une doctrine foisonnante, et volontiers contradictoire : le *fiqh*. De fait la norme religieuse dans la foi abrahamique est porteuse d'anarchie dans l'Etat moderne. Elle trouve en effet sa justification dans un ordre divin transcendant, absolu et universel, dans lequel la notion de souveraineté de l'Etat⁴, n'est pas pertinente. Quand l'Etat, qui ne souffre pas de concurrence, doit intégrer la charia dans l'ordre juridique interne, se pose la question de la hiérarchie des normes. La charia est un référent symbolique incontournable pour les Etats arabes, comment le montrent les textes constitutionnels : si seuls la Syrie et le Liban ne portent pas l'islam au rang de religion d'Etat, tous considèrent le droit islamique comme étant l'inspiration, parfois exclusive, du droit interne, en particulier dans le domaine familial. Certains Etats, comme l'Egypte, ont mis en place dès 1980 un contrôle de la production législative à l'aune de la norme islamique. Dans l'Europe sécularisée, la charia porte une charge symbolique forte, mais ne produit pas les mêmes effets. Les musulmans semblent y suivre trois voies : la fidélité à la charia, ce qui suppose retour aux

² « Norme : Terme synonyme de règle de droit, de règle juridique, générale et impersonnelle. », Raymond Guillien, Jean Vincent, Serge Guinchard[et al.], *Lexique des termes juridiques*, Paris, France, Dalloz, 2001, 592 p., p. 378.

³ « Droit positif : Ensemble des règles en vigueur dans un Etat ou dans la Communauté internationale, à un moment donné, quelles que soient leurs sources. C'est le droit « posé », le droit tel qu'il existe réellement. », *Ibidem*, p. 220

⁴ « Souveraineté de l'Etat : Le pouvoir étatique lui-même, pouvoir de droit (en raison de son institutionnalisation) originaire (c'est à dire ne dérivant d'aucun autre pouvoir) et suprême ([...] il n'a pas d'égal dans l'ordre interne ni de supérieur dans l'ordre international, où il n'est limité que par ses propres engagements et par le Droit international). [...] », Raymond Guillien[et al.], *op. cit.*, p. 521.



sources et exigence théologique ; l'« orthodoxie minimaliste », c'est à dire adapter la loi religieuse pour favoriser l'intégration ; l'approche mystique qui prône de se servir de l'islam comme d'un guide vers le dépassement de la religion. En tout état de cause, au Royaume Uni ou en France, la charia n'est pas ignorée dans l'ordre juridique interne, surtout en droit civil ou commercial. Pour autant, au Maghreb comme au Mashreq, la charia dans la politique est à la fois un système d'action et une source de respectabilité. Au point que la référence à l'islam est à même de geler le débat public ou parlementaire par la solidarité « négative » autour de convenances religieuses.

Qu'en est il de la pratique de la charia dans les Etats arabes ? Partout, elle « infuse » le droit, même si l'influence du droit napoléonien a considérablement éloigné le *fikh* du droit civil depuis le XIX^{ème} siècle. D'ailleurs, la jurisprudence est établie aujourd'hui par des juges formés avant tout au droit positif. En Egypte, la montée des groupes islamistes dans les années 1970 a remis en question cette sécularisation. Pourtant, en un siècle, en codifiant le droit hanafite, d'autres écoles et le *fikh*, l'Etat était parvenu à faire progresser la condition féminine et à prendre le contrôle du droit familial. Aujourd'hui, si le droit islamique est opposable à tout Egyptien, chaque communauté demeure libre d'adopter les usages de sa religion, en particulier en termes matrimoniaux. Le système pluri-communautaire libanais suit le même principe. La charia, essentiellement fondée sur le code civil ottoman de 1917, ne s'impose qu'aux musulmans, et, en termes de statut personnel, chaque communauté produit le droit qui lui est opposable. Mais le maintien de l'applicabilité de la charia au Liban permet de justifier l'autonomie juridique des autres communautés. En Syrie voisine, baathiste et laïque, les symboles de la pratique religieuse gardent leur importance. Pour autant, la conception centralisatrice de l'idéologie et du régime ont amené à dissoudre les juridictions islamiques et à les remplacer par des structures étatiques, tout en contrôlant l'intégration du droit religieux au droit positif. Au Maghreb, le Maroc présente un paradoxe : la charia y est marginale alors que le régime tire pourtant sa légitimité de la religion. Ceci s'explique en partie par la conception du droit, non exclusif de la diversité de la norme islamique, par la formation des juges, plus juridique que religieuse, mais surtout par le prestige de la commanderie des croyants, qui ne peut être soupçonnée d'agir à l'encontre de l'islam. La Tunisie est au contraire laïque, au moins *de jure*. Comme en Egypte, l'Etat y a été précurseur en termes de sécularisation du droit, processus qui a abouti à un statut personnel et un droit de la famille très éloignés des normes religieuses. Pour juguler la montée islamiste des années 1970, le régime a tenté de trouver une voie moyenne qui a abouti à ce que la charia soit aujourd'hui une source auxiliaire du droit par validation des jugements rendus en référence au *fikh*.

Au delà du monde arabe, dans les Etats où l'islam est une religion majoritaire, l'application de la charia n'est pas homogène, et la norme religieuse compose toujours avec l'ordre juridique moderne, et avec ce que les peuples sont capables d'accepter. L'Iran en est un excellent exemple. De 1906 à 1978, le régime a tenté d'extirper, par le compromis juridique puis par la voie réglementaire, une norme islamique jugée rétrograde. Cette désislamisation par le haut, qui a froissé le sentiment religieux des Iraniens, a été un échec. La réislamisation par la théocratie ne connaît pas plus de succès, puisqu'elle en vient à gêner l'Etat dans la pratique du pouvoir, tout en faisant peser une contrainte excessive sur la société. Le compromis est indispensable. Régi jusqu'à son indépendance par un droit « anglo-mohamédien », le Pakistan sunnite avait trouvé sa voie, entre laïcisme et islamisme, en intégrant la charia par le Coran, la *sunna* et l' *idjtihād* plutôt que par le *fikh*. Ceci a longtemps permis de garantir la conformité du corpus juridique national à la charia, sans toutefois nuire au modernisme institutionnel. La faiblesse de l'Etat démocratique a cependant récemment permis aux groupes islamiques d'imposer le retour au *fikh*. L'Indonésie est le pays au monde qui compte le plus de musulmans. Pour autant, l'application de la charia est depuis l'indépendance cantonnée à la sphère privée, et n'a eu longtemps aucune pertinence hors de ce domaine. Pour autant, suite à la montée de la revendication islamiste, et face à un certain désordre sociétal il a fallu fonder des



instances judiciaires islamiques d'Etat compétentes en droit matrimonial, et de fait, intégrer la norme islamique à l'ordre juridique interne. Au Sénégal, le droit oscille entre trois pôles : celui, traditionnel, du soufisme porté par les confréries ; le recours au droit islamique encouragé par la France au profit des chefs tribaux ; et la laïcité, depuis Léopold Sédar Senghor. Dans la pratique du code de la famille, qui équilibre ces trois tendances, les usages révèlent toutefois une forte influence de la charia, en particulier du fait des juges, fortement influencés par leur religion et du fait de l'opinion, en cours de réislamisation depuis les années 1970.

En Occident, la charia est prise en compte par le biais du droit international privé et par l'application aux musulmans du principe de liberté de culte et d'opinion, qui implique la libre observation des prescriptions religieuses. En somme, les sociétés occidentales intègrent la charia par effet indirect de leur logique démocratique, tout en imposant une individualisation de l'islam. Par ailleurs, au gré des naturalisations et des conversions, la charia est de moins en moins du ressort du droit international. Il s'agit de lui trouver une place dans l'ordre juridique interne. L'approche belge est celle du compromis. La coutume islamique peut être appliquée selon les principes de la constitution de 1830, mais sans s'imposer à l'Etat, pourvu que les prescriptions suivies par les citoyens soient fondées et sincères.

En droit, le respect de la charia ne saurait être le résultat que d'un choix individuel et non d'une contrainte collective. L'approche des Pays Bas et de l'Allemagne sont plus volontiers communautaires. Les Pays Bas conjuguent les traditions de tolérance religieuse du traité d'Utrecht de 1579 à un contact ancien avec le monde islamique en Indonésie. L'effectivité du droit de pratiquer la religion de son choix implique que l'Etat le rende possible. Ainsi, des subventions publiques sont accordées depuis longtemps aux mosquées et aux institutions religieuses islamiques. De même, l'intégration du droit étranger au droit néerlandais a souvent été particulièrement favorable à la charia, en particulier en droit matrimonial. Cependant, depuis la série d'assassinats perpétrés au début des années 2000 et la montée des partis nationalistes, l'opinion est de moins en moins favorable à ce que l'islam soit traité sur un pied d'égalité avec les autres religions. En Allemagne, le rôle de la religion est particulièrement encadré par la constitution de 1919, reprise *in extenso* dans la *Grundgesetz* : il est possible aux citoyens de s'associer au sein de structures religieuses qui pourront, à la discrétion des *länder*, lever l'impôt, siéger dans diverses institutions publiques, dispenser l'instruction religieuse, pour peu que leur religion soit reconnue, ce qui n'est pas le cas de l'islam. En ce qui concerne les individus, le juge allemand n'est pas hostile à l'application de la charia, sachant que son principe directeur sera toujours la prévalence du droit national. En Amérique du Nord, où la gestion des questions religieuses n'est pas nouvelle, s'opposent deux approches divergentes. Le premier amendement de la constitution des Etats Unis écarte radicalement l'Etat des affaires religieuses. Le principe de non établissement d'une religion par l'Etat et la logique spécifique du droit interne imposent que le droit islamique soit adapté au droit américain et non l'inverse. Au Canada au contraire, le droit interne a pour effet de reconnaître indirectement la charia, en reconnaissant la validité des arbitrages rendus par des instances islamiques en matière familiale entre 1991 et 2005. Le désir de certains juristes musulmans de construire un véritable droit communautaire ont conduit à un raidissement de l'opinion publique et à l'abrogation de la loi sur l'arbitrage de 1991, sans toutefois que la pratique juridique canadienne suive cette tendance.

L'ouvrage se ferme sur une conclusion qui oppose la « charia dans l'Etat » à la « charia sans l'Etat ». Dans le premier cas, le problème est celui de la légitimité du pouvoir d'interprétation de l'Etat face à Dieu. Dans le second, la question de l'intégrabilité du droit islamique dans l'ordre occidental est centrale. Quel que soit le contexte, et au delà des évidences, c'est la question de l'acceptation d'un droit religieux à vocation universelle dans l'ordre politique, juridique et social contemporain qui pose problème.

Les contributions se cantonnent parfois au cadre du statut personnel et du droit de la famille, en



particulier sa branche matrimoniale. Particulièrement révélateur de la pertinence de la problématique générale, ce cadre permet en outre de rendre compte du problème identitaire profond qui sous tend l'intégration des principes de l'islam dans la mondialisation. En outre, et malgré une évocation dans le quinzième chapitre, le rapport du droit français à la charia n'est que très peu évoqué, ce qui est regrettable à plus d'un titre. D'abord parce que la France est le pays d'Europe qui comprend le plus de musulmans, et que de ce fait, l'actualité des trente dernières années a été riche en débats autour de la charia. Ensuite parce que, comme l'ont d'ailleurs souligné les contributeurs, la codification du droit des pays arabes est d'inspiration française. Enfin parce que l'application de la charia à une partie des citoyens remet en question le principe d'égalité entre les citoyens tel qu'il est proclamé par la Constitution.

Cet ouvrage collectif dirigé par Baudoin Dupret, sans doute unique en son genre, donne toutefois un très bon panorama de ce qu'est la réalité de la charia au quotidien des sociétés confrontées aux prescriptions de l'islam. Le besoin d'opinions objectives dans l'effervescence du débat actuel en fait un livre particulièrement nécessaire aujourd'hui.

Chef d'escadron Olivier LASSALLE
Doctorant rattaché à l'IRSEM

