



Le Printemps arabe et l'évolution des rapports Islam-État : l'exemple de l'Égypte et de la Tunisie*

*Harith AL-DABBAGH***

**The Arab Spring and the Evolution of the Islam-State Relationship:
the Case of Egypt and Tunisia**

**La primavera Árabe y la evolución de las relaciones Islam-Estado:
el caso de Egipto y de Túnez**

**A Primavera Árabe e a evolução do relacionamento entre o Islã-Estado:
O exemplo do Egito e da Tunísia**



阿拉伯之春与伊斯兰教-国家关系的发展：以埃及和突尼斯为例

Résumé

Les relations entre la religion, l'État et le droit ont toujours été complexes, et cela, dans toutes les traditions juridiques du monde. Le cas du monde arabe est assez emblématique car l'influence de la religion n'a jamais cessé malgré un large mouvement de sécularisation consécutif

Abstract

The relationship between religion, State and the law has always been of a complex nature, and in all legal traditions of the world. In the case of the Arab world, it is rather a significant issue and since the influence of religion over the law has never ceased; this continues to be

* Depuis la remise du texte final à l'éditeur, l'Égypte s'est dotée d'une nouvelle Constitution le 26 décembre 2012, au terme d'un processus chaotique et dans un climat de division et de violence. Si le nouveau texte maintient la référence aux principes de la Charia comme « la source principale de la législation » (art. 2), il adopte une définition extensive de cette notion (art. 219). Cette évolution a pour effet de remettre en cause la distinction entre « principes absolus » et « règles relatives » établie par la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle. La place de la Charia, perçue comme un ensemble intégrant les solutions retenues par les écoles sunnites du fiqh, se voit ainsi considérablement renforcée.

** Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.



à l'avènement d'États nations centralisés. L'examen de la situation révèle l'ambivalence des rapports des pays arabes à l'Islam. De l'Islam religion d'État à l'État islamique en passant par l'Islam source de législation, des pouvoirs de facture autoritaire, ont tenté de gérer l'Islam dans le cadre de l'État.

Ces paradigmes risquent fort d'être remis en cause aujourd'hui suite au Printemps arabe. Dans un contexte transitoire marqué par les tensions politiques, les tergiversations et la domination des partis islamistes, l'auteur tentera d'évaluer l'impact de ces bouleversements sur le lien État/Islam, en vue d'envisager les perspectives d'évolution du système politico juridique, particulièrement en Égypte et en Tunisie.

the case despite the widespread secularization movements resulting from the introduction of centralized nation-states. An analysis of the situation reveals the ambiguous connection of Arab countries to the Islamic religion. From Islam as the religion of the State to an Islamic state passing Islam as the main source of legislation, the political regimes have tried to manage Islam within the frame of the state.

These paradigms are facing a strong risk of being put to question today, following the events of the Arab spring. In a transitory context marked by political tensions, procrastination and domination of Islamist parties, the author will attempt to evaluate the impact of these confusing changes on the Islam-state link; this will be with a view to closely examining the evolution prospects of the political and legal systems, particularly in Egypt and Tunisia.

Resumen

Las relaciones entre la religión, el Estado y el derecho han sido siempre complejas y esto en todas las tradiciones jurídicas del mundo. El caso del mundo árabe es suficientemente emblemático puesto que la influencia de la religión no ha cesado nunca a pesar de un fuerte movimiento de secularización consecutivo. El estudio de esta situación revela la ambivalencia de las relaciones de los países árabes al Islam. Se denota como se pasa del Islam religión de Estado al Estado islámico, pasando por el Islam fuente de legislación y de poderes de Estado autoritario. En efecto, se intenta administrar el Islam en el marco del Estado.

Estos paradigmas corren el riesgo de ser cuestionados hoy en día como res-

Resumo

A relação entre a religião, o Estado e o Direito sempre foram de natureza complexa em todas as tradições jurídicas do mundo. No caso do mundo árabe, é bastante emblemático, sendo uma questão importante a influência da religião sobre a lei que nunca cessou, o que continua a ser o caso, apesar dos movimentos de secularização generalizada resultante da introdução de centralizados estados-nação. Uma análise da situação revela a ambivalência dos países árabes com a religião islâmica. Do islamismo como religião do Estado para um Estado islâmico, utilizando o Islã como principal fonte de legislação, com poderes e autoridades, os regimes políticos tentaram gerar o Islã dentro do quadro de Estado.

puesta a la primavera árabe. En un contexto transitorio marcado por tensiones políticas, tergiversaciones y dominación de los partidos islamistas, el autor tratará de evaluar el impacto de estos cambios sobre los nexos Estado/Islam, con el fin de buscar perspectivas de evolución del sistema político jurídico, particularmente en Egipto y en Túnez.

Esses paradigmas são susceptíveis de serem questionado, hoje em dia, após a Primavera Árabe. Em um contexto marcado por tensões políticas transitórias, a procrastinação e dominação de partidos islâmicos. O autor do texto tenta avaliar o impacto dessas mudanças sobre o Estado – Islã, a fim de considerar as perspectivas da evolução do sistema jurídico e político, particularmente no Egito e na Tunísia.

摘要

宗教、国家与法律之间的关系在全世界的法律传统中总是错综复杂。阿拉伯世界的情况最为典型，因为尽管随着中央集权化的民族国家的建立，且出现了大规模的世俗化运动，但是，宗教的影响力从未停止。对这一状况的考察揭示了阿拉伯国家与伊斯兰教之间的吊诡关系。从伊斯兰国教到伊斯兰教法源，再到伊斯兰国家，独裁性的权力结构试图在国家的框架内管理伊斯兰教。这一范式在阿拉伯之春后的今天受到广泛的质疑。现在正是各种政治力量紧张、权力推诿、伊斯兰政党享有支配地位的过渡时期，在这一背景下，作者试图评价这些政治动荡事件对国家-伊斯兰教关系的影响，旨在设计（特别是埃及和突尼斯的）政治法律体系的发展前景。



Plan de l'article

Introduction	71
I. Le rapport État-Islam dans les pays arabes	71
A. La conception du pouvoir dans l'Islam.....	72
B. La conception du pouvoir dans les États arabes modernes	74
C. Les rapports entre les constitutions arabes et l'Islam.....	76
1. Les États islamiques.....	78
2. L'Islam religion d'État	79
3. L'Islam source de législation	82
II. L'impact du Printemps arabe sur l'évolution des rapports État-Islam	87
A. Le caractère civil ou religieux de l'État.....	88
B. Le processus politique : à quelle évolution faut-il s'attendre?	92
C. Le sort incertain du droit étatique et de son articulation avec le droit musulman.....	96
Conclusion.....	100



Après avoir soulevé un spectaculaire élan d'enthousiasme, les soulèvements populaires dans le monde arabe provoquent aujourd'hui des réelles inquiétudes en Occident du fait de l'arrivée au pouvoir des islamistes, dans de nombreux pays où le despotisme venait d'être renversé. Il suffira pour s'en convaincre de survoler rapidement les titres de presse de ces derniers mois: du «spectre islamiste»¹ au «péril islamiste»² en passant par le «fanatisme religieux»³, les formules sont évocatrices de craintes, du moins d'un scepticisme grandissant vis-à-vis du triomphe islamiste aux premières élections libres organisées ça et là, en Tunisie, en Égypte et au Maroc. Ces inquiétudes sont-elles justifiées? Faut-il s'attendre à l'avènement des régimes islamistes fondamentalistes plutôt qu'à l'instauration de la liberté et de la démocratie tant escomptées? Quelle sera la place de la religion dans les nouveaux régimes post-autoritaires?

La présente contribution se propose d'examiner ces questions d'un point de vue juridique. Il s'agira de faire un bilan, inéluctablement provisoire et incomplet, du processus de reconstruction institutionnelle en cours suite au printemps arabe, en vue d'en évaluer l'impact sur le rapport Islam-État. Pour atteindre cet objectif, il conviendra d'abord de mettre en lumière la place de l'Islam dans les systèmes juridiques arabes (I). Nous tenterons, ensuite, d'envisager les perspectives d'évolution, à court terme, de ce rapport dans un contexte post-printemps arabe, marqué par la montée de l'islamisme politique (II). Pour ce faire, nous nous pencherons principalement sur le cas de l'Égypte et de la Tunisie.

I. Le rapport État-Islam dans les pays arabes

Les relations entre la religion, l'État et le droit ont toujours été complexes, et cela, dans toutes les traditions juridiques du monde. Le cas du monde arabe est assez emblématique car l'influence de la religion n'a jamais cessé malgré un large mouvement de sécularisation consécutif à l'avènement d'États-nation centralisés. Dans des sociétés tiraillées entre fidélité

¹ Voir la Une du magazine *le Point* du 3 février 2011.

² Lire l'éditorial de Christophe BARBIER, publié dans *l'Express*, le 25 octobre 2011, en ligne: <http://www.lexpress.fr/actualite/monde/apres-le-printemps-arabe-l-hiver-islamiste_1044350.html> (consulté le 16 janvier 2013).

³ Lire l'article de Jean-Claude LECLERC, publié dans *Le Devoir*, le 31 octobre 2011, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/societe/ethique-et-religion/334852/la-tunisie-a-l-epreuve-le-fanatisme-religieux-menace-t-il-le-printemps-arabe>> (consulté le 16 janvier 2013).

au passé et aspiration à la modernité, les pesanteurs historiques ne sauraient être négligées. Le passé continue, comme nous le verrons, à façonner le présent et à présager l'avenir. Dès lors, il convient, avant d'envisager la place de l'Islam dans les Constitutions arabes contemporaines (C), de remonter aux origines pour rappeler, succinctement, la perception du pouvoir dans l'Islam (A) et son évolution dans les États arabes modernes (B).

A. La conception du pouvoir dans l'Islam

Force est de constater d'emblée qu'aucune théorie du pouvoir ne se dégage clairement ni du Coran, ni de la Sunna. Les sources scripturaires demeurent quasiment silencieuses sur les questions cruciales du choix des gouvernants, des modalités de contrôle de leurs actions et de leur destitution éventuelle⁴. Les rares textes habituellement invoqués en ce domaine relèvent, en effet, de pieuses exhortations d'ordre général qui ne déterminent en rien ni la forme ni la nature du gouvernement « islamique »⁵. Ce sont donc les *fouqaha* (jurisconsultes musulmans) qui ont assez tardivement⁶ élaboré deux modes de désignation du gouverneur dans l'Islam, en fonction de leurs propres intérêts ou des circonstances d'ordre économique ou politique :

⁴ Mohamed CHARFI, « L'Islam et le pouvoir », dans Anne-Marie DILLENS (dir.), *Pouvoir et religion*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005, p. 39, à la page 49.

⁵ Il s'agit du principe de la *Choura* (consultation) énoncé par le Coran : « [...] consulte-les dans leurs affaires » (sourate 3, verset 159). Il en va de même de ce verset coranique abondamment cité : « Ô vous qui croyez à Allah obéissez à l'Apôtre et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité » (Sourate 4, verset 59), ou du *hadith* bien connu : « Quiconque m'obéit, obéit à l'amir, et quiconque obéit à l'amir m'obéit ». Ces textes ne précisent ni le nombre, ni la qualité des chefs auxquels les musulmans doivent obéissance.

⁶ L'un des ouvrages restés célèbres est celui de Mawardi, Cadi de Bagdad mort en 1058, *Al-Ahkam al-Sultaniyya w'al-Wilayat al-Diniyya*, paru à une époque où l'institution califale était déjà en déclin (publié en français sous le nom *Les statuts gouvernementaux*, Alger, Adolphe Jourdan, 1915). L'ouvrage constitue une importante réflexion théorique sur la nature du pouvoir politique musulman. Il vise à revaloriser l'institution en démontrant ses fondements dans les sources scripturaires de l'Islam. Ensuite, vient *al-Muqaddima* (*Prolégomènes*, trad. de Slane, Paris, Geuthner, 1938), l'ouvrage bien connu d'Ibn Khaldoun (mort en 1406), dans lequel il tente de déterminer le symptôme et les causes de la montée et du déclin des dynasties arabes. Il s'interroge constamment sur les causes des évolutions historiques qu'il classe en facteurs sociaux, culturels, climatiques, etc.

1. L'imamat (le modèle chiite) : En vertu de cette théorie, la direction de la communauté musulmane (*oumma*) doit être réservée à la famille du prophète. Selon les chiites, Mahomet avait désigné explicitement Ali, son cousin et gendre, comme son successeur. L'imamat doit être assuré dans sa lignée, c'est-à-dire par les descendants mâles.
2. Le Califat (le modèle sunnite) : D'après les sunnites, la question n'a été réglée par aucun texte, et aucun ordre de succession n'avait été établi par le prophète. La désignation du calife est donc du ressort de la communauté musulmane et doit se faire par élection. Le calife représente l'ensemble de l'*Oumma*, la communauté des croyants, théoriquement unique et indivisible⁷.

Ironie de l'histoire, le Califat, seul système ayant été appliqué, s'est vite transformé après les quatre premiers califes (la période des califes bien-guidés⁸) en une monarchie héréditaire, en *mulk*. On voit ainsi se succéder deux dynasties à la tête de ce qui est devenu un vaste empire, les Omeyyades (661-750) et les Abbassides (750-1258).

Initialement, le Calife, simple mandataire, assumait des fonctions politiques et militaires. Il était, toutefois, dépourvu des pouvoirs religieux et normatifs⁹. En premier lieu, seul le prophète exerçait réellement un pouvoir spirituel et recevait la révélation. Depuis sa disparition, il n'y avait plus de coïncidence effective entre les pouvoirs politiques et religieux. On a pu ainsi affirmer, à juste titre, que la seule véritable théocratie qu'a connue le monde arabo-musulman avait disparu avec la mort du Prophète le 8 juin 632¹⁰. En second lieu, le droit n'est pas le produit de la volonté du souverain. La genèse du droit musulman était, en effet, organiquement et

⁷ Dans l'imaginaire islamique, l'État n'est jamais pensé en termes d'État-nation territorialisé. Le pouvoir idéal s'exerce sur l'ensemble de l'*Oumma*, la communauté de croyants. Les frontières sont contingentes, provisoires et indécises ; sur ce point, voir : Olivier ROY, *L'échec de l'islam politique*, Paris, Seuil, 1992, p. 27.

⁸ Cette période n'a duré au total qu'une trentaine d'années.

⁹ À l'opposé, dans l'Islam chiite, les imams sont non seulement les chefs de la communauté chiite, mais aussi les représentants de Dieu sur terre. Ils sont donc guidés par la divinité et infaillibles. On assiste à une réunion des pouvoirs spirituel et temporel entre les mains d'une seule personne.

¹⁰ La notion de théocratie suppose que le pouvoir soit exercé par un homme de religion, or, les califes n'avaient pas cette qualité. Dans ce sens : Yadh BEN ACHOUR, « Islam et laïcité : propos sur la recomposition d'un système de normativité », (1992) 62 *Pouvoirs* 15.

fonctionnellement indépendante du pouvoir politique. Il s'agit d'une œuvre purement doctrinale élaborée par les *fouqaha* à partir des sources révélées, sans aucune ingérence de la part de l'État (le Calife)¹¹.

Sous les Ottomans, l'institution va sensiblement évoluer pour attribuer au calife un pouvoir spirituel universel (une sorte de pape pour les musulmans). Le terme Sultan-Calife fit alors son apparition et celui-ci devint presque un chef absolu, un tyran¹². À partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle, les souverains ottomans n'hésiteront plus sous couvert du pouvoir réglementaire (*siyâsa*) qu'ils se sont arrogés, à légiférer dans divers domaines, en rupture avec la Charia¹³.

L'effondrement de l'Empire ottoman et la suppression du Califat en 1924 marqueront la fin d'un modèle qui aura duré à peu près quatorze siècles.

B. La conception du pouvoir dans les États arabes modernes

Les nouveaux États arabes issus de la décolonisation sont constitués selon le modèle européen de l'État-nation. L'adoption de ce modèle traduit la fin du concept de l'*Oumma* en faveur d'un concept territorial, celui de l'appartenance nationale. Dorénavant, pour chaque pays, une personne n'ayant pas la nationalité de l'État est un étranger, bien qu'elle soit musulmane¹⁴. Par ailleurs, l'État s'est donné le plein pouvoir de légiférer, ce qui constitue un outil indispensable dans l'effort de modernisation.

¹¹ Voir : Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1983, p. 41 ; Dominique SOURDEL, « Droit musulman et codification », (1997) 26 *Droits* 33.

¹² D'où l'inscription sur les frontons des palais califaux ottomans « Le sultan est l'ombre de Dieu sur Terre ». Sur cette évolution, voir : Noah FELDMAN, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 76-79.

¹³ Six grands Codes d'origine française ont été promulgués par la Sublime Porte entre 1850 et 1879. Il s'agit du Code de commerce, du Code pénal, du Code de commerce maritime, des Codes de procédure commerciale, civile et pénale. L'adoption de ces codes s'inscrit dans un profond mouvement de réformes connu sous le nom *tanzimat*. Pour plus de détails, voir : Jacques LAFON, « L'empire ottoman est les codes occidentaux », (1997) 26 *Droits* 51.

¹⁴ Ainsi, le terme *ahl el-kitab* « Gens du Livre » et la distinction entre musulman et *dhimmi* (protégé : adepte d'une religion monothéiste) fut remplacé par le terme « citoyen ». Notons que la notion de nationalité est tout à fait inconnue en Islam. En droit musulman, la distinction ne se fait pas entre nationaux et étrangers, mais plutôt entre musulmans et non-musulmans, les musulmans étant par définition, tous, membres de l'*Oumma* ou communauté musulmane. Ainsi « la notion de nationalité a été confondue avec celle de la religion et a été complètement absorbée par elle » : Choukri CARDAHI, « La conception et la

À partir des années 1920, les États émergents commencèrent à se doter de constitutions écrites modernes précisant les règles d'exercice et de dévolution du pouvoir politique. Ces constitutions adhèrent, de manière générale, aux idées politiques occidentales, telles que l'adoption du principe de séparation des pouvoirs et la proclamation des droits fondamentaux¹⁵. On y trouve également la référence au peuple comme seule source du pouvoir, ce qui marque une rupture avec le modèle islamique dans lequel le pouvoir appartient à Dieu¹⁶.

En dépit de ces affirmations, les régimes politiques dans les pays arabes ne pouvaient guère se targuer d'une quelconque légitimité démocratique. Les textes fondamentaux sont généralement octroyés par le prince, signe de consécration de son hégémonie politique. Il est très rare que la constitution ait été élaborée par des représentants élus ou soumis à un référendum. Ainsi, à la veille du soulèvement arabe, la légitimation du pouvoir prenait, à notre sens, l'un des trois modes suivants :

1. Une légitimité religieuse fondée sur l'ascendance prophétique, réelle ou supposée, de la dynastie dirigeante, comme c'est le cas au Maroc avec la famille chérifienne¹⁷, en Jordanie avec la famille hachémite ou encore en Arabie Saoudite où le monarque s'attribue le titre de « Serviteur des Lieux saints » de l'Islam.
2. Une légitimité tribale basée sur les alliances et la solidarité clanique, comme c'est le cas dans les monarchies du Golfe où l'organisation du pouvoir est tributaire des compromis subtils entre clans et tribus.

pratique du droit international privé dans l'Islam (Étude juridique et historique) », (1937) 60 *R.C.A.D.I.* 51.

¹⁵ Pour une revue d'ensemble de ces constitutions, voir : Éric CANAL-FORGUES (dir.), *Recueil des constitutions des pays arabes*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; Sabine LAVOREL, *Les Constitutions arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005 ; Ahmed MAHIOU (dir.), *L'État de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS Éditions, 1997.

¹⁶ Pour un modèle de constitution islamique proposé par le Parti fondamentaliste *Tahrir*, voir : <<http://albadil.edaama.org/pdf/constitution.pdf>> (consulté le 16 janvier 2013).

¹⁷ L'article 19 de la Constitution marocaine fait du souverain un « Commandeur des Croyants », dont la personne est inviolable et sacrée.

3. Une légitimité révolutionnaire ou militaire liée aux mouvements d'indépendance ou de libération nationale. C'était le cas en Tunisie, en Libye, et en Égypte. C'est encore le cas en Syrie et en Algérie.

À ce titre, il serait incongru de considérer le constitutionnalisme arabe comme représentant un frein à l'absolutisme à travers une régulation du fonctionnement des pouvoirs publics. Au contraire, il a souvent contribué à la pérennisation de l'autoritarisme, en institutionnalisant les principes d'exercice du pouvoir pratiqués jusqu'alors par les régimes en place¹⁸. En tout état de cause, ce déficit démocratique a eu pour corollaire la quasi-absence de partis politiques se réclamant de l'Islam. L'interdiction des partis politiques fondés sur la religion s'élève même dans certains pays, comme l'Égypte et la Tunisie, au rang de principe constitutionnel¹⁹. Plus frappant encore est l'absence de la terminologie islamique de la plupart de constitutions modernes. On ne saurait cependant aller jusqu'à affirmer l'émancipation totale de l'État à l'égard de la religion. On est loin de la conception occidentale de la laïcité car celle-ci suppose que l'État se tient à égale distance de toutes les religions et qu'il n'en encourage aucune officiellement²⁰. Or, hormis le Liban, tous les États arabes professent l'Islam. En outre, des mouvements islamistes souvent clandestins qui prospéraient sur l'échec social de régimes autoritaires ont imposé des lectures contestataires de la Charia sur lesquelles des gouvernements en mal de légitimité ont cru bon de surenchérir²¹, comme nous le verrons.

C. Les rapports entre les constitutions arabes et l'Islam

À l'heure actuelle, tous les pays du monde arabe se sont dotés de textes fondamentaux d'inspiration moderne. Toutefois, l'alignement sur les valeurs occidentales n'a pas eu pour conséquence de gommer toute référence à la religion dans les constitutions de ces pays. Un rapide survol de ces textes relève une grande hétérogénéité des systèmes en place quant à l'influence

¹⁸ Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Jean-Noël FERRIE, « Les architectures constitutionnelles des régimes politiques arabes », (2005) 2 Égypte/*Monde arabe* 7.

¹⁹ Voir : art. 5 de la Constitution égyptienne de 1971 ; art. 8 de la Constitution tunisienne de 1959. L'application de ces deux textes a été suspendue suite au Printemps arabe.

²⁰ Voir : Y. BEN ACHOUR, préc., note 10, 16.

²¹ Bernard BOTIVEAU, « L'insertion des convictions religieuses dans le droit positif : l'exemple de l'Égypte dans le Proche-Orient contemporain », dans *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs* : textes du colloque international de Moncton du 24 au 27 août 2008, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 175, à la page 207.

de l'Islam et quant au degré de normativité de la loi islamique²². La liaison État-Islam, complexe, ambiguë et alambiquée n'est pas, toujours, un rapport sans tension. Elle est appelée à évoluer et à varier selon le temps et les espaces.

Afin de saisir la portée de cette relation, nous adopterons un critère formel fondé sur la référence à l'Islam dans les textes constitutionnels des pays membres de la Ligue des États arabes²³. Il en résulte une classification en quatre catégories selon le degré d'intensité du lien État-Islam :

États déclarés islamiques

Arabie Saoudite, Bahreïn, Mauritanie, Oman, Soudan²⁴, Yémen.

Pays où l'Islam est religion d'État

Algérie, Égypte, Émirats-Arabes-Unis, Irak, Jordanie, Koweït, Lybie, Maroc, Palestine (Autorité nationale palestinienne), Qatar, Somalie, Tunisie.

Pays où l'Islam est religion du Chef de l'État seulement²⁵

Syrie.

Absence de religion officielle

Comores, Djibouti, Liban.

Ainsi, il en ressort qu'en dépit de certaines convergences, l'emprise du droit musulman sur le droit étatique est très variable d'un État à l'autre. Pour en tracer les traits généraux, il nous paraît important, d'une part, de dresser une ligne de démarcation entre les États dits islamiques et les États dans lesquels l'Islam est la religion officielle et, d'autre part, de faire une place à part dans cette dernière catégorie aux pays où l'Islam est considéré,

²² L'ensemble des ces constitutions est consultable en arabe et en anglais sur le site de la Ligue des États arabes : <<http://www.lasportal.org>> (consulté le 16 janvier 2013).

²³ Il faut évidemment tempérer cette approche purement positiviste par la prise en compte de la pratique réelle de chacun des États et du degré de prégnance de l'Islam dans la société.

²⁴ Suite à la séparation du sud du Soudan, un projet de nouvelle constitution est en cours de préparation. Cette constitution qualifiée d'islamique devra remplacer l'actuelle constitution intérimaire qui se contente de faire allusion à l'Islam comme religion d'État.

²⁵ Notons que, à l'exception notable du Liban, la plupart des textes fondamentaux des États arabes exigent en effet que le chef de l'État soit musulman, soit explicitement (Algérie, Tunisie, Maroc), soit implicitement parce que le serment présidentiel suppose forcément que le Président soit de confession musulmane (Égypte, Irak, pays du Golfe).

en outre, comme source de législation. Ce sont les trois points que nous examinerons successivement.

1. Les États islamiques

En se déclarant religieux, un État réserve à la religion un rôle prédominant dans le fonctionnement, les attributions et les devoirs des principales institutions étatiques. Dans un État confessionnel, l'ordre politico-juridique dans son ensemble est de type religieux. La construction politique repose sur un fondement religieux, et le droit est d'inspiration religieuse (avec des nuances selon les pays)²⁶.

À ce titre, un État islamique se caractérise par la mise en place de nombreuses garanties constitutionnelles pour assurer que l'activité législative, exécutive et judiciaire soit conforme aux principes islamiques. L'exemple emblématique est, sans doute, celui de l'Arabie Saoudite. Malgré sa répugnance au constitutionnalisme²⁷, le Royaume wahhabite a fini en 1992 par se doter d'un « Statut fondamental du gouvernement » (*nidham assassi lil-hukm*) faisant *de facto* montre de constitution. L'article 1^{er} de ce texte proclame que « [l]e Royaume d'Arabie Saoudite est un État arabe islamique jouissant d'une souveraineté entière. Sa religion est l'Islam. Sa constitution est le Livre de Dieu et la *Sunnah* de son Prophète ». Aux termes de l'article 7, le pouvoir tire son autorité du Livre de Dieu et de la *Sunnah* de son prophète auxquels est subordonné l'ordre juridique dans son ensemble. L'article 23 ajoute que « l'État protège le dogme de l'Islam, applique la Charia, commande le bien, interdit le mal et assure la *Dawa* »²⁸.

²⁶ Sur cette notion, voir : Jeroen TEMPERMAN, *State-Religion Relationships and Human Rights Law: towards a Right to Religiously Neutral Governance*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 12 et suiv.

²⁷ « Une Constitution ? Pourquoi faire ? », se demandait en 1966 le roi Fayçal d'Arabie saoudite, « le Coran est la plus ancienne et la plus efficace des constitutions... Notre constitution c'est le Coran », ajoute-il. Entretien publié dans le journal *Le Monde* du 24 juin 1966, cité par Ghassan SALAMÉ, « L'Islam et l'Arabie Saoudite », (1983) 12 *Pouvoirs* 125.

²⁸ C'est-à-dire, l'appel à l'Islam, le prosélytisme. Celui-ci peut revêtir un caractère extraterritorial et se matérialiser par un appui financier, technique, politique, voir militaire. Il faut souligner, tout de suite, que l'Islam dont il est question ici est l'Islam puritain que prône le mouvement wahhabite, fondé par Mohamed ibn Abdel-Wahhab au XVII^e siècle. Ce mouvement se rattache à l'école hanbalite réputée être parmi les quatre écoles officielles du sunnisme la plus rigoureuse au plan de l'exégèse.

Il en ressort que le pouvoir de l'État ne se justifie que par la religion où il trouve sa propre limite. En d'autres termes, dans ce modèle, il n'y a point de primauté, ni de suprématie en dehors de la religion²⁹. La loi islamique constitue, en Arabie Saoudite, un véritable *corpus juris* de droit positif, applicable directement par les tribunaux étatiques (tribunaux de la Charia). Elle couvre toutes les matières juridiques, loi fondamentale de l'État et système juridique de droit commun. Le droit applicable est généralement celui de l'école hanbalite, en particulier les fatwas et les épîtres d'Ibn Tayyimiya (XIV^e siècle). Toutefois, le pouvoir saoudien peut « légiférer », sous forme de règlements (*nizâm*)³⁰, dont la conformité au Coran et à la *Sunnah* sera contrôlée en amont par les autorités semi-religieuses chargées de son élaboration et en aval par les tribunaux³¹.

2. L'Islam religion d'État

A l'exception de la Syrie et du Liban, la reconnaissance juridique de l'islam comme religion d'État figure dans toutes les constitutions arabes. Habituellement, les constitutionnalistes ne prêtent qu'une valeur symbolique à cette mention. La religion de l'État n'étant pas nécessairement sa législation, la disposition n'aurait qu'un effet déclaratif et non normatif³².

²⁹ Sélim JAHEL, « Présentation relative au Statut fondamental du gouvernement du Royaume d'Arabie Saoudite », dans Éric CANAL-FORGUES (dir.), *Recueil des constitutions des pays arabes*, préc., note 15, p. 35, à la page 39.

³⁰ En stricte orthodoxie islamique, les autorités étatiques ne s'autorisent pas à légiférer, Dieu étant l'unique législateur. Dès lors, les textes promulgués par l'État saoudien sont appelés règlements car on n'ose pas les appeler lois. Mohamed EL SHAKANKIRI, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », (1981) 33 *R.I.D.C.* 767.

³¹ Pour plus de détails : S. JAHEL, préc., note 29, aux pages 40 et 41. Voir : Sélim JAHEL, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite », dans *Les Constitutions des pays arabes*, Actes du colloque organisé en 1998 à Beyrouth par le Centre d'études des droits des pays arabes (CEDROMA) de l'Université St-Joseph, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 57. Voir également les articles 47 et 48 du Statut fondamental du Royaume d'Arabie Saoudite.

³² Abdelfattah AMOR, « Constitution et religion dans les États musulmans », dans *Constitutions et religions*, Actes de la dixième session de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1994, p. 25, à la page 45. Adde, Abdelfattah AMOR, « La place de l'Islam dans les Constitutions des États arabes : modèle théorique et réalité juridique », dans Gérard CONAC et Abdelfattah AMOR (dir.), *Islam et droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1994, p. 13, à la page 20. Pour sa part, Ben Achour soutient à cet égard que « l'Islam religion de l'État est précisément le credo du nouvel étatisme en pays d'Islam. Il ne signifie nullement l'entrée de la religion en politique, mais bien sa sortie » : Yadh BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi* : en particulier dans l'Islam, Tunis, Cérès Production, 1993, p. 259.

La seule mention de l'Islam dans la Constitution n'implique pas la mise en œuvre du droit musulman dans l'ordre juridique étatique. En effet, « cette formulation ne peut avoir d'autre signification que celle d'attribuer à l'État, en tant que personne morale de droit public, une religion officielle »³³.

Ainsi, les conséquences juridiques découlant d'une telle reconnaissance restent, dans la plupart des cas, absentes au niveau de l'organisation et du fonctionnement de l'État. Réserver à l'Islam le statut de religion officielle impliquerait, tout au plus, la célébration des fêtes religieuses musulmanes, l'enseignement de la religion dans les écoles publiques, le financement des cultes et l'utilisation des symboles islamiques. Dès lors, dans les États relevant de cette catégorie, l'ordre politique est généralement de type civil et le système juridique est largement sécularisé, avec des nuances quant au degré de laïcisation, comme c'est le cas en Tunisie, en Algérie et en Jordanie.

À cet égard, force est de constater que le droit dans la majorité des pays arabes s'est fondamentalement sécularisé au milieu du XX^e siècle, parallèlement à l'émergence d'États nations centralisés. Un mouvement de modernisation entrepris sitôt après l'indépendance a conduit à l'adoption de législations trouvant leur inspiration dans les droits positifs occidentaux³⁴. Le corpus juridique de ces pays comporte principalement des règles modernes, c'est-à-dire différentes du droit musulman classique, dans la plupart des disciplines juridiques à commencer par la Constitution elle-même, le droit civil, le droit pénal, le droit des affaires, le droit bancaire, le droit social, le droit administratif et le droit fiscal.

Cependant, une seule branche de droit est restée pratiquement à l'abri de ce mouvement d'occidentalisation, celle du statut personnel. Ce domaine demeure incontestablement la forteresse imprenable des droits religieux, sans doute parce que « c'est là que s'expriment avec le plus d'intensité les particularismes et les identités culturelles. C'est là que survit la

³³ Ali MEZGHANI et Kalthoum MEZIOU, *Égalité entre hommes et femmes en matière successorale*, Tunis, Sud Éditions, 2006, p. 56. *Contra*, en critiquant cette distinction : S. LAVOREL, préc., note 15, p. 76 et 77.

³⁴ Sur cette influence dans le domaine du droit civil, voir notre article : « *Le droit comparé comme instrument de modernisation. L'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient* », à paraître à la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.

tradition, une tradition particulièrement forte ici, puisqu'elle s'enracine dans le temps et qu'elle se réclame du sacré»³⁵.

Ainsi, sur le plan formel, le droit musulman se verra dès le milieu du XX^e siècle cantonné dans le domaine du droit de la famille et des successions. La norme religieuse y trouve toute sa vigueur. Il n'est guère surprenant que le plus d'incompatibilités avec les instruments internationaux de protection des droits de l'homme relèvent de ce domaine³⁶. Toutefois, la Tunisie fait ici figure d'exception. Bien que l'article 1^{er} de la Constitution affirme que la religion de la République tunisienne est l'Islam, le législateur s'est senti complètement libre de légiférer en matière familiale en s'écartant des enseignements classiques du *fiqh*³⁷, en vue de promouvoir l'égalité des sexes³⁸.

Ces dispositions concernent les actes de l'individu que ce soit dans sa relation avec Dieu (culte) ou dans sa relation avec ses semblables (transactions ou affaires). En somme, sans être laïque, l'État est loin d'être islamique. Si la ligne de démarcation ainsi tracée semble assez nette, un facteur de complication peut, néanmoins, entrer en jeu : dans nombre de pays où l'Islam est religion d'État, une mention déclarant l'Islam comme source de législation a fait récemment son apparition.

³⁵ Léna GANNAGE, « Synthèse », dans Lucette KHAÏAT et Cécile MARCHAL (dir.), *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la page 420.

³⁶ On peut citer, à titre d'exemple, la polygamie, la faculté de mettre fin au mariage par volonté unilatérale du mari (répudiation *talak*), l'interdiction du mariage de la musulmane avec un non-musulman, l'inégalité successorale entre homme et femme, etc.

³⁷ Le terme *fiqh* est employé, dans les ouvrages du droit musulman classique, pour désigner les dispositions qui ont été dégagées de la charia (sources révélées) par la voie de l'*Ijtihad* (la réflexion) : Abdel-Karim ZEYDAN, *Introduction à l'étude de la Charia islamique* [en arabe], Alexandrie (Égypte), Dar Omar bin el-Khattab, 2001, p. 62.

³⁸ Ainsi, le Code du statut personnel de 1956 abolit la polygamie, la répudiation et la tutelle matrimoniale (*wilaya*). L'adoption, institution prohibée par la Charia, fut introduite par la loi du 4 mars 1958. D'autres réformes ponctuelles ont été opérées par la suite : droit successoral (1963), droit de la garde des enfants (1983). Voir : Sana BEN ACHOUR, « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », (2005-2006) 2 *L'Année du Maghreb* 55 ; Mohamed MONCEF BOUGUERRA, « Le code tunisien du statut personnel est-il un code laïque ? », (2005) 1 *JURA GENTIUM* 1, en ligne : <<http://www.juragentium.org/topics/med/tunis/fr/bouguerr.htm>> (consulté le 16 janvier 2013).

3. L'Islam source de législation

L'affirmation selon laquelle la mention de l'Islam comme religion d'État n'a qu'une portée limitée mérite ici d'être nuancée. En effet, certaines constitutions ne se contentent pas de telle proclamation et éprouvent le désir de renforcer la place de l'Islam en l'érigeant en source de législation. L'insertion d'une telle disposition dans la constitution aura une réelle portée juridique car elle établit une relation entre la Charia et le droit positif. Elle revient à élever l'Islam au rang de référent constitutionnel auquel l'ordre juridique devra se conformer. Cette disposition a dès lors pour vocation d'assurer le respect de la Loi islamique lors de l'élaboration des normes juridiques étatiques. Le texte est d'implantation récente ; on le retrouve en Égypte (après 1971) et en Irak (à partir de 2003) et dans les constitutions des pays du Golfe promulguées à la fin des années 1980.

Toutefois, la référence à l'Islam comme source de législation soulève une difficulté majeure d'interprétation. D'abord de point de vue terminologique, les formulations consacrées par les textes fondamentaux ne sont pas identiques. La Charia y apparaît tantôt comme une source principale de la législation (*masdar*), comme c'est le cas aux Émirats en Syrie et au Koweït, tantôt comme la source principale (*almasdar*), par exemple en Égypte et au Qatar.

Ensuite sur le fond, les textes ne se réfèrent pas à la Charia, mais plus spécifiquement à ses principes (*mabadii al-sharia*) comme en Égypte ou à ses préceptes établis (*thouabit ahkam*) comme en Irak. Or, n'ayant fait l'objet d'aucune définition en droit classique, ces notions demeurent entourées d'ambiguïté. Notons, toutefois, que la Constitution syrienne de 1973 se réfère, non pas à la Charia mais au *fiqh* islamique comme l'une des sources principales de la législation, de quoi relancer la controverse sur la signification respective de ces deux notions³⁹.

Enfin, on pourrait s'interroger sur les conséquences de telles dispositions ? Qu'est ce qu'elles impliquent de point de vue juridique ? Auront-

³⁹ Toutefois, une confusion règne, dans la littérature juridique et même dans les textes législatifs arabes, entre ces deux notions. La Charia y est utilisée, à tort, pour désigner le *fiqh* qui est une œuvre humaine. Sur cette confusion, voir : Mohamed Saïd ASHMAWI, *Le droit égyptien et la Charia islamique* [en arabe], 2^e éd., Le Caire, Éditions Librairie Madbouli, 1996, p. 19-27.

elles pour effet de rendre les normes musulmanes d'application immédiate dans l'ordre juridique positif?

Pour pouvoir donner une réponse à ces interrogations, il convient d'envisager l'expérience égyptienne. Les enseignements tirés de cette dernière sont très instructifs sur le plan de la gestion du religieux par l'État à travers le système judiciaire. À cet égard, il faut admettre que les débats juridiques en Égypte se sont toujours révélés de grandes résonances dans le reste du monde arabe. L'examen des conséquences inhérentes à l'introduction de l'Islam comme source de législation peut ainsi être étendu à l'ensemble des pays de la région.

Il convient d'abord de mentionner que la Constitution égyptienne de 1971 a été adoptée au lendemain de l'arrivée de Sadate à la présidence de la République en octobre 1970, suite au décès de Nasser. Pour asseoir sa légitimité face aux hommes forts du pouvoir nassérien, Sadate décide de courtiser les mouvements islamistes. Au moyen de mesures qualifiées de « redressement de la Révolution de 1952 », il entreprend une islamisation progressive de l'ordre juridique. Ainsi, la nouvelle Constitution prévoit dans son article 2 non seulement que l'Islam est la religion de l'État, mais encore, pour la première fois, que « les principes de la charia constituent une source principale de législation ». Désireux de renforcer davantage le statut du droit musulman dans l'ordre juridique, Sadate fait réviser la Constitution à la veille de son assassinat. La réforme de 1980 modifie un seul mot de l'article 2 de la Constitution. Tandis que jusqu'alors la Charia apparaissait comme *une* source principale de la législation, elle devient, d'après le nouveau texte, *la* source principale de la législation du pays. Loin d'être purement lexicale, cette modification permet l'établissement de la suprématie de la source islamique sur toutes les autres sources du droit⁴⁰.

La question s'est alors posée de savoir quel serait l'impact de cette réforme sur l'ordre juridique égyptien. Au lendemain de la réforme, certains juges zélés ont cru pouvoir appliquer directement le droit musulman classique, faisant ainsi fi du droit positif⁴¹. Cette interprétation a été sitôt

⁴⁰ Le principe constitutionnel selon lequel la loi islamique est « une » source principale de la législation, n'oblige pas le législateur d'adopter, dans ses législations, les solutions dégagées par le droit musulman, mais il lui donne tout simplement la faculté de le faire sans obstacles.

⁴¹ Le juge Abdul-Hamid Ghurab publia en 1986 un ouvrage comportant 37 jugements conformes au droit musulman, rendus en violation des lois étatiques entre le 22 février 1979

condamnée par la Cour de cassation égyptienne. Le nouveau texte n'a pas pour vocation de rendre la Charia d'application directe par les tribunaux. Le texte ne s'adressant en aucun cas au juge, ce dernier reste tenu d'appliquer la législation produite par l'État (le droit positif). Les règles du droit musulman ne sauraient être mises en œuvre que dans la mesure où elles ont été incorporées au droit positif par leur promulgation sous forme de lois⁴².

Une fois décidé ainsi, le texte implique deux choses sur le plan législatif: *primo*, la prééminence des sources islamiques dans la production des lois; *secundo*, l'interdiction de promulguer des lois allant à l'encontre des principes de la Charia.

L'adoption d'une telle interprétation avait fait redouter une islamisation massive du système juridique égyptien, jusque-là largement sécularisé⁴³. Plus de trente années ont passé depuis et l'effet redouté n'a pas eu lieu, l'islamisation des codes n'a pas été consacrée. Or, comment expliquer ce résultat?

Depuis la réforme de 1980, c'est la Haute Cour constitutionnelle qui est dorénavant investie du pouvoir de déclarer inconstitutionnelle, et donc d'écarter, toute loi contredisant les principes de la loi islamique⁴⁴. La Cour va jouer un rôle modérateur très important dans la régulation du droit islamique⁴⁵.

et le 18 mai 1985. Dans ces différents jugements, le juge, qui a été démis par la suite de ses fonctions, s'est livré à un véritable travail d'invalidation du droit étatique au nom des principes et des règles de droit musulman. Voir: Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes: mutation des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala et IREMAM, 1993, p. 271 et suiv.

⁴² Clark B. LOMBARDI, « Islamic Law as a source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Sharia in a Modern Arab State », (1998-99) 37 *Columb. J. Transnational L.* 81, 81 et suiv. *Adde*: Baudouin DUPRET, « La chari'a est la source de la législation: interprétations jurisprudentielles et théories juridiques », dans Ahmed MAHIOU (dir.), *L'État de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS Éditions, 1997, p. 125, à la page 127.

⁴³ Reposant en grande partie sur des codes empruntés aux systèmes juridiques européens, plus particulièrement à la France. Voir: Guy BECHOR, *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden-Boston, Brill, 2007, p. 50-57.

⁴⁴ Voir les articles 174 à 178 de la Constitution de 1971 et la Loi sur la Haute Cour Constitutionnelle n°48-1979.

⁴⁵ Elle a également compétence pour l'interprétation des textes législatifs, la résolution des conflits de compétence entre deux juridictions, la résolution des conflits survenant entre deux jugements contradictoires définitifs rendus sur la même cause (art. 25 et 26 de la Loi sur la HCC n°48-1979).

À cet égard, la Cour a été saisie à plusieurs reprises pour censurer des dispositions législatives contraires à la Charia. En pratique, son application de l'article 2 va se révéler très tempérée. Afin de limiter la portée de l'islamisation que la révision constitutionnelle de 1980 supposait, la Cour a usé, de manière très habile, de deux techniques d'interprétation. D'une part, la Cour a déclaré que la réforme constitutionnelle ne pouvait avoir d'effet rétroactif. Ainsi, tous les textes antérieurs à la réforme, autrement dit promulgués avant le 22 mai 1980, échappent à ce contrôle d'« islamicité ». Sur cette base, la Cour a refusé de censurer l'article 226 du Code civil égyptien admettant la prise d'intérêts (*riba*), ou la Loi n° 63 de 1967 sur la vente d'alcool, pour n'en citer que ces deux exemples⁴⁶.

D'autre part, concernant les lois postérieures à 1980, la Cour a mis d'abord en avant le fait que sa mission consiste non pas à contrôler la conformité de la loi à la Charia en général, mais, plus spécifiquement, aux principes de la Charia (*mabadie al-sharia al-islamiya*). Mais, encore faut-il en définir le sens.

À cet effet, la Cour va opérer une distinction fondamentale entre les règles dont l'établissement et la signification sont absolus, qu'aucune loi ne peut contredire sous peine d'inconstitutionnalité, et les règles relatives qui peuvent être soumises à un « effort d'interprétation » de la part du législateur, comme de la part du juge. Alors que les premières, seules qualifiées de principes, sont immuables, les secondes sont évolutives et peuvent varier dans le temps et dans l'espace. L'absence de consensus sur l'existence de la règle (*thoubout*) ou sur sa signification (*dalala*) au sein des théologiens-juristes classiques *fouqaha*, rend la règle incertaine et donc relative. Le législateur est alors libre de consacrer la solution qu'il considère comme la plus appropriée pour l'intérêt public⁴⁷.

⁴⁶ Pour plus de détails : Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Baudouin DUPRET, « Les principes de la Sharia sont la source principale de la législation : la Haute Cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique », (1999) 2 *Égypte/Monde arabe* 107.

⁴⁷ La Cour énonce que « un texte législatif ne peut contredire les dispositions de la charia dont l'établissement est définitif et le sens est explicite [...] car ces dispositions, qui représentent les principes et les fondements absolus de la Loi islamique, ne sont pas susceptibles d'interprétation ni de modification [...] quant aux dispositions non définitivement établies ou comportant plusieurs sens, elles sont évolutives et peuvent être modifiées en fonction du temps et de l'espace pour garantir leur souplesse et leur vitalité » : HCC, 15 mai 1993, n° 7/8^e année, *Recueil des décisions de la Haute Cour constitutionnelle*, vol. 5, part. 2, p. 290 et suiv.

Durant plus de trente ans, la Haute Cour a eu maintes fois l'occasion d'appliquer cette dichotomie fondamentale : chaque fois, elle identifie les préceptes de la Charia en cause comme étant des règles relatives. L'exemple le plus frappant fut la validation d'un règlement émanant du Ministre de l'Éducation interdisant le port du voile intégral (*niqab*) dans les écoles publiques égyptiennes⁴⁸. C'est aussi sur ce fondement que la Cour a déclaré conforme à la Charia une loi permettant à la femme de demander le divorce en cas de polygamie de l'époux⁴⁹, et une autre loi donnant à l'épouse la possibilité de s'adresser au juge pour obtenir rapidement la dissolution du mariage, sans avoir à justifier sa requête⁵⁰. Par une interprétation libérale, le juge constitutionnel a ainsi réussi à faire avancer le droit à partir de données traditionnelles. Il faut reconnaître que les prescriptions juridiques islamiques varient considérablement d'une école à l'autre, voire parfois au sein d'une même école. Il est donc assez rare de trouver des dispositions sur un cas d'espèce emportant le consensus unanime parmi les *fouqaha*.

On peut voir dans ce mécanisme juridictionnel une politique nouvelle d'étatisation de l'Islam, car elle reflète une réelle volonté de contrôle du champ religieux par l'État. Le contrôle d'« islamité » opéré par le juge constitutionnel se limite à l'examen de la conformité des lois à des rares principes islamiques dont il détermine, lui-même, la nature et le caractère absolu.

Au demeurant, cette évolution traduirait non pas une subordination du droit positif aux principes de la Charia, mais bien une « nationalisation » du droit musulman qui se trouve ainsi soumis au contrôle de l'État⁵¹. Ce dernier intervient par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire. Comme l'indique, à juste titre, le Professeur Bälz : « La Haute Cour constitutionnelle, et nulle autre autorité, décide d'élever ou non certaines règles de

⁴⁸ HCC, 18 mai 1998, affaire n°8/17^e année, en ligne en arabe : <<http://hccourt.gov.eg/Rules/getRule.asp?ruleId=1280&searchWords>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁴⁹ HCC, 14 août 1994, affaire n°35/9^e année, en ligne en arabe : <<http://hccourt.gov.eg/Rules/getRule.asp?ruleId=600&searchWords>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁵⁰ HCC, 15 déc. 2002, affaire n°201/23^e année, en ligne en arabe : <<http://hccourt.gov.eg/Rules/getRule.asp?ruleId=124&searchWords>> (consulté le 16 janvier 2013). Pour une revue d'ensemble de cette nouvelle loi, voir : Nathalie BERNARD-MAUGIRON, « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Égypte », (2004) 2 *R.I.D.C.* 355, 360-364.

⁵¹ S. LAVOREL, préc., note 15, p. 122 et 123.

droit islamique au rang de dispositions absolues. Ces dispositions sont dès lors une construction interne de l'ordre juridique séculier⁵². Loin d'être subordonné à la religion, l'État se pose plutôt en « maître de la religion »⁵³ ; « l'islamisation de la société devient étatisation du droit musulman »⁵⁴.

En somme, à la veille du soulèvement arabe, l'action étatique vis-à-vis de l'Islam poursuivait un double objectif : d'une part, un souci constant de recours à la légitimation religieuse de l'action politique et d'autre part, un souci d'investir le champ religieux, jusque-là l'apanage des mouvements islamistes, pour imposer « une version officielle » de l'Islam contrôlé par l'État. Celui-ci cherche à promouvoir sa propre conviction religieuse, sa propre compréhension de l'Islam à travers le droit positif. Le pouvoir judiciaire deviendrait alors un acteur clé dans la redéfinition de la teneur de la Charia et de son impact sur l'ordre juridique.

La question est à présent de savoir dans quelle mesure le séisme provoqué par le printemps arabe va bouleverser ces paradigmes ?

II. L'impact du Printemps arabe sur l'évolution des rapports État-Islam

À peine un an après le début du « printemps arabe », les islamistes sont sortis vainqueurs des élections organisées en Tunisie, au Maroc et en Égypte⁵⁵. Cette ascension risque de remettre en cause la politique étatique qui tendait jusqu'alors à gérer l'Islam dans le cadre de l'État. Nous avons remarqué qu'en Tunisie, l'Islam, religion d'État, n'a pas d'emprise directe

⁵² Kilian BÄLZ, « La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la bataille du voile dans les écoles publiques », (1998) 39 *Droit et Société* 277, 291.

⁵³ En ce sens : A. AMOR, « Constitution et religion dans les États musulmans », préc., note 32, à la page 35.

⁵⁴ Yadh BEN ACHOUR, « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », dans Franck FREGOSI (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 101, à la page 114.

⁵⁵ Seule la Libye semble pour le moment avoir échappé à cette vague islamiste. Toutefois, il ne faut pas surestimer la victoire des libéraux aux législatives tenues le 7 juillet 2012 en Libye. Ceux-ci n'ayant remporté que 40 des sièges sur les 80 réservés aux partis politiques. Les 120 sièges restant sont dévolus par scrutin uninominal à des candidats indépendants, dont la plupart serait de tendance islamiste.

sur le droit positif, tandis qu'en Égypte, l'État sélectionne, de manière discrétionnaire, certaines règles du corpus islamique et leur confère une validité dans l'ordre juridique séculier. L'arrivée des mouvements se réclamant de l'Islam politique au pouvoir risque de compromettre la dialectique État-Islam. Le débat est désormais relancé entre les adeptes d'un État religieux et les partisans d'un État « civil »⁵⁶ (A), et l'issue de l'épineux processus de transition (B) laisse planer des incertitudes quant à l'articulation du droit musulman et du droit étatique (C).

A. Le caractère civil ou religieux de l'État

La transition politique dans le monde arabe a ramené au-devant de la scène la question du rapport de l'État à l'Islam. Deux conceptions de l'État s'affrontent, l'une constituée en référence au *fiqh* islamique, l'autre aux modèles européens. Des courants de pensée de tendance laïque s'opposent aux mouvements islamistes. Pour ces derniers, l'Islam doit être posé comme fondement exclusif du pouvoir. Pour les libéraux, la Charia doit certes être tenue pour l'expression de valeurs culturelles, mais ne doit en aucune manière être considérée comme le fondement du système politico-juridique.

Ce face-à-face n'est pas nouveau⁵⁷. Il a pris forme dès le début du XX^e siècle, avec l'abolition du Califat ottoman par Mustapha Kemal Atatürk en 1924⁵⁸. La question de la nécessité du Califat fit alors l'objet d'une vive polémique⁵⁹. En témoigne l'ouvrage fortement controversé du théologien égyptien Ali Abderraziq, *L'Islam et les fondements du pouvoir*⁶⁰. Dans ce dernier, l'auteur, qui est alors docteur de l'Université islamique

⁵⁶ À noter que les tenants de la laïcité emploient le terme civil à la place de laïque. Ce dernier revêt, dans l'opinion publique, une connotation négative car souvent confondu avec l'athéisme, le communisme et l'hostilité à la religion. Les milieux religieux entretiennent consciemment l'amalgame entre laïcité et athéisme (*ilhad*), ce qui conduit irrémédiablement à ce que toute velléité laïque soit aussitôt dénoncée comme étant une forme de mainmise de l'Occident sur les mouvements de tendance libérale.

⁵⁷ Voir : Wajih KAOTHARANI, *L'État et le Califat dans le discours arabe durant la révolution kémaliste en Turquie* [en arabe], Beyrouth, Éditions *dâr al-talyaa*, 1996.

⁵⁸ L'abolition de l'institution califale a été vécue comme un choc, un drame par le monde musulman. Voir : Anne-Laure DUPONT, « Des musulmans orphelins de l'Empire ottoman et du khalifat dans les années 1920 », (2004) 82 *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 43.

⁵⁹ Voir : Émile TYAN, *Institutions du droit public musulman*, t. 2, Paris, Sirey, 1956, p. 303 et suiv.

⁶⁰ Ali ABDERRAZIQ, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, Paris, La Découverte, 1994 (Édition originale arabe : Le Caire, 1925).



d'Al-Azhar, défend le principe de la séparation des institutions politiques et religieuses, et juge infondé le système du Califat en Islam qu'il qualifie de construction humaine et conjoncturelle, dépourvu d'essence islamique. Pour Abderraziq, l'islam est un message de Dieu, et non un système de gouvernement, une religion et non un État⁶¹ ; il n'existe donc pas de modèle islamique d'État et de gouvernement. L'auteur termine son ouvrage par cette proclamation :

«Aucun principe religieux n'interdit aux musulmans de concurrencer les autres nations dans toutes les sciences sociales et politiques. Rien ne leur interdit de détruire ce système désuet qui les a avilis et les a endormis sous la poigne. Rien ne les empêche d'édifier leur État et leur système de gouvernement sur la base des dernières créations de la raison humaine et sur la base des systèmes dont la solidité a été prouvée, ceux que l'expérience des nations a désignés comme étant parmi les meilleurs.»⁶²

Cet ouvrage a valu à Abderraziq le retrait de son diplôme par Al-Azhar, et son limogeage de sa fonction de juge⁶³.

Aux antipodes de cette pensée figure le discours tenu par les fondamentalistes, à commencer par Mohammed Abdou et son disciple Mohammed Rachid Rida, propagandiste zélé de la *Salafiya*⁶⁴. Ce dernier publie un ouvrage en 1922 dans lequel il tient le Calife pour nécessité religieuse en lui attribuant une fonction nouvelle : celle de législateur. Il introduit la

⁶¹ Il démontre, en effet, que le prophète Mahomet n'était pas un roi et n'accomplit jamais qu'une mission religieuse, même lorsqu'il était amené à agir comme chef temporel. Son but était essentiellement de démontrer que les théorisations classiques, comme celle d'Al-Mawardi sur le pouvoir califal, faite au X^e siècle, ont sacralisé de façon abusive une institution purement séculière.

⁶² A. ABDERRAZIQ, préc., note 60, p. 112.

⁶³ Cette thèse est aujourd'hui reprise et renouvelée par nombreux juristes réformistes du monde arabe. Globalement, ceux-ci tentent de « désacraliser » le droit musulman et de le ramener à une création purement humaine. Citons à titre d'exemple : Mohammed Talbi, Abdou Filali-Ansari, Mohamed Charfi, Mohammed Mahmoud Taha, Yadh Ben Achour, Chafik Chéhata et Mohammed Saïd Ashmawi.

⁶⁴ En arabe « les ancêtres ». Un mouvement apparenté au wahhabisme prônant un retour à l'Islam des origines, un islam « pur » qui serait fondé sur la défense de la croyance des ancêtres (*salaf*) et expurgé des « infiltrations » exogènes. Cela implique la nécessité d'effacer les changements et les innovations (*bidaa*) qui, au cours des siècles, ont corrompu et déformé la foi. Le credo des wahhabites est centré sur l'affirmation de l'absolue unicité de Dieu ou *tawhid*, mais entendue dans le sens de l'exclusivité de la réalité divine. Cette position leur permet de déclarer apostat et frapper d'anathème (*takfir*) d'autres musulmans jugés hérétiques.



notion d'État islamique qui est, selon lui, un État devant conformer sa législation à la Charia. Après tout, pendant treize siècles, l'Islam était inséparable de l'État, un État dont le prophète aurait été le véritable fondateur⁶⁵. Toutefois, d'après Rida, le califat n'est pas une fin en soi, ce n'est rien de plus qu'un instrument destiné à assurer l'application de la Loi divine et à réaliser les objectifs de l'Islam. Il prône ainsi la soumission des gouverneurs à l'autorité unique de la loi révélée : « émanation de la sagesse divine, la charia apporte des solutions plus satisfaisantes que celles produites par une raison humaine défailante et devrait donc être la seule source du droit »⁶⁶. Dans cette perspective, la loi révélée est donc supérieure à l'État qui doit alors se soumettre aux principes et règles découlant du Coran, de la Sunna et du consensus des légistes religieux. La Charia sera en mesure de répondre aux aspirations de certains de constituer un modèle d'État juste et équilibré. C'est ce discours, repris et renouvelé par Hassan al-Banna et Sayyed Qutb⁶⁷, qui a fondé l'idéologie des frères musulmans.

Le climat post-révolutionnaire en Égypte et en Tunisie atteste d'un regain d'intérêt que soulève cette question : il s'agit de définir le caractère civil ou religieux de l'État (*Dawla diiniyya ou madaniyyah*). Un parterre d'intellectuels égyptiens a signé un texte préconisant l'instauration d'un État civil en s'inspirant de la Loi fondamentale de 1923, première constitution d'Égypte, qui ne contenait pas de référence à la religion. Ils soutiennent l'adoption de la devise : « La religion pour Dieu, la patrie pour tous » (*al-din lillah wa al-watan lil jamii*), en insistant sur le fait que, fondé sur le principe de la citoyenneté, l'État doit rester à l'abri des courants religieux. Pour les frères musulmans, toucher à l'article 2 de la Constitution est une ligne rouge. Le Cheikh de l'*Al-Azhar* est également opposé à la suppression de cet article qu'il considère comme fondamental pour l'État.

⁶⁵ Cette interprétation est aujourd'hui contestée par les réformistes pour qui le prophète n'était qu'un messager. On désigne Abu Baker, le premier calife, comme étant le véritable fondateur de l'État islamique. Voir : M. CHARFI, préc., note 4, aux pages 49 à 51.

⁶⁶ Mohammed Rachid RIDA, *Al-khilafa wal-imama al-oudhma*, Le Caire, Imprimerie *al-manar*, 1922, p. 38 et suiv.

⁶⁷ Sayyid Qutb (1906-1966), condamné à mort et pendu sous Nasser, fut l'auteur d'un commentaire du Coran, intitulé *fi dhilal al-quran* (*A l'ombre du Coran*) (édition en arabe, Beyrouth, 1971), dans lequel il entend lutter contre *al-jahiliyya*, c'est-à-dire, l'incroyance, l'ignorance, le paganisme. Voir : Olivier CARRÉ, *Mystique et politique. Le Coran des islamistes : commentaire coranique de Sayyid Qutb, frère musulman radical (1906-1966)*, Paris, Éditions du Cerf, 2004.

Il importe de noter que la révision constitutionnelle hâtivement concoctée par l'armée après la chute du Moubarak, a maintenu la référence à l'Islam. La Déclaration constitutionnelle intérimaire du 30 mars 2011 se contente de reproduire tel quel l'article 2 de la Constitution de 1971. Tarek al-Bicheri, sympathisant connu des Frères musulmans, qui a présidé la Commission d'amendement a expliqué que son équipe n'avait pas reçu mandat de toucher à ce texte de la Constitution⁶⁸. Ce sujet sera sans doute l'un des points les plus controversés auquel devra faire face l'actuelle Assemblée constituante. Connaissant des graves dysfonctionnements, celle-ci peine encore à effectuer ses travaux⁶⁹. C'est la raison pour laquelle le président égyptien s'est autorisé, en vertu de la nouvelle Déclaration du 12 août 2012, à composer une nouvelle Constituante rassemblant les différentes franges de la société, en cas d'inconvénient majeur entravant la poursuite de ses travaux par l'actuelle assemblée. Une fois rédigée, la Constitution sera soumise à référendum dans les trente jours suivant son achèvement.

En Tunisie, pays le plus sécularisé du monde arabe, des dissensions entre islamistes et libéraux ont été exposées au grand jour à l'Assemblée constituante⁷⁰, lors du débat sur la place de la Charia dans la future Constitution. En séance plénière, le 28 février 2012, le chef du groupe parlementaire *Ennahda* avait proposé que le « système des valeurs islamiques » devienne l'une des « trois principales références » de la future Constitution, ajoutant que celle-ci « ne [devrait] pas contenir des dispositions contraires au Coran »⁷¹. Mais, sous pression, le parti islamiste a finalement reculé, en

⁶⁸ Ces changements sont limités à la durée du mandat présidentiel, les lois d'exception, ou encore l'âge du président. Voir notre chronique : <<http://cahiers.cerium.ca/Constitution-egyptienne-reforme>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁶⁹ La première constituante de cent membres, issue de l'Assemblée du peuple, a été suspendue le 10 avril 2012 par le Tribunal administratif du Caire. Cette instance formée de 100 personnes, 50 parlementaires et 50 non-parlementaires, était principalement composée de membres des Frères musulmans et de fondamentalistes *salafistes*. Cette décision de justice fait suite aux plaintes de partis politiques, politiciens laïques et experts en droit constitutionnel qui réclamaient une représentation équitable de l'ensemble des forces sociales et politiques, pour que la constitution ne soit pas le reflet des opinions politico-religieuses d'un seul courant politique. Finalement le 9 juin 2012, un consensus a été trouvé entre les différentes formations politiques sur la composition d'une nouvelle assemblée constituante. Celle-ci dispose de six mois pour achever ses travaux.

⁷⁰ Élu le 23 octobre 2011, l'Assemblée constituante doit préparer, dans le délai d'un an, une nouvelle Constitution pour remplacer l'actuelle loi fondamentale, promulguée en 1959 et suspendue après la révolution.

⁷¹ Voir la chronique de Hajer JERIDI, « Tunisie, la place de l'Islam dans la Constitution fait débat », 1^{er} mars 2012, en ligne : <<http://www.lemonde.fr/international/article/2012/03/01/>>

annonçant son soutien au maintien, tel quel, de l'article premier de la Constitution tunisienne de 1959⁷². Cet article se borne, en effet, à déclarer que la Tunisie est « un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la république ». Contrairement à leurs confrères égyptiens, les frères musulmans tunisiens semblent ainsi renoncer à inscrire la charia dans la Constitution comme source principale du droit⁷³. Toutefois, la portée juridique de cette décision n'est pas si claire et il semble assez hasardeux d'en conclure que l'Islam ne jouera aucun rôle normatif dans la législation post-Ben Ali.

La question reste donc ouverte sur l'orientation que prendra la transition politique sous emprise islamiste.

B. Le processus politique : à quelle évolution faut-il s'attendre ?

Nous savons que les premières élections post-printemps arabe ont donné lieu à des parlements dominés par des partis islamistes. En Tunisie, le mouvement islamiste *Ennahda* a remporté les élections du 22 octobre 2011 avec 41,70 % des voix et obtient 90 sièges sur les 217 sièges devenant ainsi de loin la première formation politique du pays, sans pour autant détenir la majorité. En Égypte, le succès des mouvements islamistes fut plus spectaculaire : le Parti liberté et justice issu des frères musulmans a remporté 47 % des sièges, et le parti Salafiste *Al-Nour* est arrivé deuxième avec 25 % des voix ce qui donne aux islamistes près de 75 % des sièges dans la nouvelle Assemblée du peuple⁷⁴.

La tâche principale dévolue à ces nouvelles institutions consiste en la rédaction d'une constitution permanente concrétisant la transition vers

tunisie-la-place-de-l-islam-dans-la-constitution-fait-debat_1649916_3210.html> (consulté le 6 février 2013).

⁷² Lire l'article, en ligne, <<http://www.tunistribune.com/17998-larticle-premier-de-la-constitution-de-1959-maintenu#>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁷³ Cela n'empêche pas le gouvernement tunisien, au nom de la religion d'État, de contrôler et subventionner les mosquées et de payer les salaires des imams. Le président nomme également le mufti de Tunisie qui est lui-même le chef officiel des pèlerins au Hajj. Les fêtes religieuses musulmanes sont considérées comme des jours fériés (Ramadan, Aïd el-Kebir, Aïd el-Fitr, etc.). Voir Souhayma BEN ACHOUR, « Les convictions religieuses face au droit positif tunisien », dans *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs* : textes du colloque international de Moncton, préc., note 21, p. 133.

⁷⁴ Soit 360 sièges sur les 498 dont est composée la Chambre.

une société libre et démocratique. Le processus implique la mise en place d'une assemblée constituante composée soit exclusivement de parlementaires, comme en Tunisie, soit de parlementaires et de personnalités indépendantes, comme c'est le cas en Égypte. Pour assurer sa légitimité, le projet, une fois rédigé, doit être soumis à référendum. Il va sans dire qu'il s'agit d'une étape cruciale puisqu'une constitution fonde et encadre juridiquement l'État. Cela étant, on peut se demander quelles répercussions aura la domination islamiste sur la reconstruction institutionnelle en Égypte et en Tunisie.

Il va sans dire que la recomposition en cours du paysage politique rend extrêmement hasardeuse toute étude prospective. Les crises et les coups de théâtre qui ont émaillé le processus politique en Égypte ces derniers mois en sont la meilleure illustration. Ainsi, la nouvelle Assemblée du peuple dominée par les islamistes a été dissoute le 14 juin 2012 par une décision de la Haute Cour Constitutionnelle en raison d'un vice dans la loi électorale, déclarée inconstitutionnelle. Sitôt après cette dissolution, le Conseil Suprême des Forces Armées (CSFA) a émis une « Déclaration constitutionnelle complémentaire » en vertu de laquelle il s'arrogeait le pouvoir législatif et restreignait les prérogatives du futur Président⁷⁵. Mohamed Morsi, le candidat islamiste a été élu Président et entré en fonction le 30 juin 2012. Six semaines après son investiture, alors que l'armée apparaissait comme la seule maîtresse du jeu politique, Morsi, reprend la main en abrogeant la Déclaration constitutionnelle complémentaire. Qualifiée de « coup d'État constitutionnel », cette mesure audacieuse, conjuguée avec la mise à la retraite des hommes forts du CSFA⁷⁶, revient à faire de lui un chef d'État tout puissant. Il détient dorénavant les pouvoirs exécutifs et législatifs : un scénario qui n'a jamais été imaginé jusqu'ici. Les militaires, à qui Moubarak avait remis les rênes du pays et qui assuraient jusque-là la transition, semblent avoir été mis hors-jeu.

⁷⁵ Selon cette déclaration datant du 17 juin 2012, le Conseil suprême des forces armées exerce les prérogatives prévues dans le paragraphe 1^{er} de l'article 56 (le pouvoir législatif) jusqu'à l'élection d'une nouvelle Assemblée du peuple. Ce scrutin ne pourra toutefois pas avoir lieu avant la rédaction d'une nouvelle constitution et son adoption par voie référendaire.

⁷⁶ Il s'agit notamment du Maréchal Hussein Tantaoui, qui a été pendant 20 ans le ministre de la Défense de Hosni Moubarak, ainsi que du général Sami Enan, chef d'état-major des armées. Ils étaient tous les deux nommés à des postes honorifiques de « conseillers » à la présidence.

Sur l'échiquier politique, les enseignements tirés des derniers scrutins permettent de dresser un constat mitigé. Les partis laïques peinent à s'organiser, à fédérer leurs efforts et à tisser des liens avec un public plus large que celui des couches les plus cultivées de la société. Quant aux islamistes, certes mieux implantés et organisés, force est d'admettre qu'ils constituent aussi un courant politique hétérogène qui connaît des mutations et des dissensions : des quiétistes qui se concentrent sur un engagement purement religieux aux *jihadistes* qui préconisent la lutte armée, en passant par les politiques qui défendent une vision militante d'action dans l'espace civil, à divers degrés. La vision doit donc être nuancée. Les intérêts de ses factions antagonistes peuvent entrer en conflit comme le démontrent les tensions survenues lors des premières sessions du Parlement égyptien⁷⁷.

Ainsi, dans cette galaxie islamiste, il faut affirmer qu'à part les Salafistes, aucun mouvement ne plaide ouvertement pour la restauration du système califal⁷⁸. Les principaux partis islamistes (Parti Liberté et Justice en Égypte⁷⁹, mouvement *Ennahda* en Tunisie⁸⁰) semblent s'accommoder d'un État civil qui réserve une certaine place à l'Islam dans l'organisation sociale, une place somme toute contrastée selon les pays. Les islamistes tunisiens sont plus enclins à séparer la morale islamique du droit, alors

⁷⁷ Un membre du Parti salafiste *al-Assala* avait fait retentir en pleine séance parlementaire l'appel à la prière avant d'être repris par le Président de l'Assemblée issu des Frères musulmans. Ce dernier, ayant peu apprécié de se faire donner des leçons de morale, répliqua : « Tu n'es pas plus pieux que nous ! Tu interromps les débats. Si tu veux, tu peux sortir pour aller prier à la mosquée ». Cet incident est assez révélateur de la stratégie de surenchère pratiquée par les islamistes. Lire l'article de Samuel FOREY, publié dans *le Point* le 11 février 2012, en ligne : <http://www.lepoint.fr/monde/egypte-la-mauvaise-blague-de-naguib-sawiris-11-02-2012-1430434_24.php> (consulté le 16 janvier 2013).

⁷⁸ Par exemple, il y a le parti panislamiste tunisien *Hizb al-Tahrir* (illégal) qui refuse la démocratie et dont les principes reposent sur la souveraineté de l'*Oumma*, sur le califat comme meilleur régime et sur la charia comme meilleure constitution. Lire l'article de Ridha Khéfi, publié sur le Kapitalis le 12 mars 2011, en ligne : <<http://www.kapitalis.com/fokus/62-national/3038-tunisie-hizb-ettahrir-toutes-voiles-dehors-.html>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁷⁹ Le Parti Liberté et Justice est issu des Frères musulmans. Parmi ses objectifs : l'État de droit, la promotion de la morale et des valeurs islamiques, la *Choura*, les principes de la charia comme la source principale de la législation. Voir : <http://www.hurryh.com/Party_Statement_Details.aspx?Kind=4&News_ID=1509> (consulté le 16 janvier 2013).

⁸⁰ Parmi les objectifs figurant sur le programme du mouvement *Ennahda* : consacrer le principe de la souveraineté populaire par l'édification d'un État démocratique et civil. Voir : <<http://www.partistunisie.com/ar/me2-programme.html>> (consulté le 16 janvier 2013).

que leurs confrères égyptiens penchent davantage pour un projet de société encadrée par les préceptes islamiques⁸¹.

Toutefois, en participant au processus de transition, les différentes formations de l'Islam politique manifestent leur adhésion à un modèle pluraliste (le verdict des urnes) et leur acceptation de l'alternance au pouvoir. Cette conception moderne de régulation de la vie politique jure avec l'idée classique selon laquelle toute autorité procède de Dieu, puisqu'il désigne le peuple comme la source unique et souveraine du pouvoir. Le mouvement *Ennahda*, d'inspiration frériste mais réformatrice, va plus loin en plaçant pour « l'enracinement des principes démocratiques dans la culture islamique »⁸². Il se revendique davantage du modèle turc de l'AKP (Parti de la justice et du développement) se réclamant de la « démocratie islamique », mais pouvant, simplement, être qualifié de conservateur-démocrate. Si cette mutation se confirme, ce sera sans doute un véritable progrès.

Par ailleurs, la confrérie des Frères musulmans égyptiens se trouve elle-même traversée par des dynamiques complexes. Si dans l'Égypte coloniale, le mouvement s'est radicalisé sous la coupe de Sayyid Qutb, émule du fondateur Hassan al-Banna exécuté en 1966, il semble aujourd'hui prendre un virage plus modéré. Certains chercheurs n'hésitent pas à parler d'un « lifting démocratique » opéré par une composante importante des frères musulmans⁸³. En tout cas, deux tendances semblent coexister actuellement au sein de la confrérie, la première est formée de la vieille garde conservatrice plus imprégnée par les idées salafistes, la seconde se veut

⁸¹ En effet, les dynamiques au sein des Frères musulmans sont complexes. Sur les transformations de la mouvance islamiste au cours de ces dernières années : Samir AMGHAR, *Le Salafisme aujourd'hui : Mouvements sectaires en Occident*, Paris, Michalon, 2011 ; Bernard ROUGIER (dir.), *Qu'est ce que le salafisme*, Paris, PUF, coll. Proche-Orient, 2008 ; Patrick HAENNI, *L'islam de marché : l'autre révolution conservatrice*, Paris, Seuil et La République des idées, 2005.

⁸² Voir l'entretien de Dominique Lagarde avec Rached Ghannouchi, publié dans *l'Express* le 30 janvier 2011, en ligne : <http://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/rached-ghannouchi-il-faut-une-nouvelle-constitution-en-tunisie_957019.html> (consulté le 16 janvier 2013).

⁸³ Voir par exemple Patrick HAENNI : « Après le Printemps arabe, faut-il craindre l'arrivée des islamistes au pouvoir ? », *magazine Amnesty*, mars 2012, p. 31, en ligne <http://www.opa-conseils.fr/file_bdd/interventions/1331324873_amnesty_68_face_face.pdf> (consulté le 7 février 2013).

démocratique, ouverte au multipartisme aux droits des femmes et à l'intégration des minorités au jeu politique⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, même les éléments les plus fondamentalistes, conscients de la difficulté à opérer un changement brutal, semblent privilégier une approche plus pragmatique : priorité donnée au changement de l'individu, à l'éducation, au travail social, aux œuvres caritatives, dans le dessein de réformer la société et de l'amener à l'application intégrale du droit musulman. Al-Qardawi, fondamentaliste célèbre pour ses prêches sur la Chaîne Al-Jazeera, estime qu'on a donné trop d'importance à l'aspect juridique en réclamant l'application des normes religieuses notamment dans le domaine pénal. Il considère que « sans nier que ces normes font partie de la charia, [...] l'insistance sur ces normes a desservi la cause de ceux qui réclament le retour au droit musulman et donné l'occasion aux ennemis de l'Islam de l'attaquer »⁸⁵. Il conclut que « les lois seules ne font pas la société et ne construisent pas des nations. Ce qui construit les nations, c'est l'éducation, et ensuite viennent les lois comme protection »⁸⁶. La position de la confrérie des Frères musulmans reflète plus fidèlement cette volonté de se concentrer sur l'islamisation de la société par un travail progressif plutôt que par un soudain changement législatif. La modération dont fait preuve actuellement le président égyptien Mohamed Morsi, issu des frères musulmans, peut alors être perçue comme une simple technique d'opportunité.

Ces considérations nous permettent de nuancer, dans l'immédiat du moins, les craintes suscitées en Occident, mais aussi en Orient, par l'accession des partis islamistes au pouvoir. Cependant, force est d'admettre que la position de l'Islam va sûrement en sortir renforcée dans le nouvel ordre postrévolutionnaire.

C. Le sort incertain du droit étatique et de son articulation avec le droit musulman

Nous avons remarqué que le système juridique dans la majorité des pays arabes, est un système mixte faisant cohabiter en son sein des normes islamiques avec des normes de facture moderne, majoritaires. Dans cette

⁸⁴ Sur ce point, voir : S. AMGHAR, préc., note 81.

⁸⁵ Youssef AL-QARDAWI, *De la doctrine des priorités* [En arabe : *fi fiqh al-awlawiyyat*], Le Caire, Librairie Wahhba, 1996, p. 209.

⁸⁶ *Id.*, p. 219.

dichotomie, un certain équilibre avait fini par être trouvé pour assurer la cohésion du système juridique. Le vent de changement ayant soufflé sur la région, portera-t-il une nouvelle philosophie des rapports entre droit positif et droit musulman ?

Il va sans dire que tout changement de paradigme doit nécessairement avoir pour vecteur la constitution. Sur ce plan, on s'achemine, croyons-nous, vers un modèle qui prolonge le modèle hybride actuel, à savoir, une constitution qui combine à la fois des valeurs traditionnelles et libérales. Autrement dit, la conjugaison de la référence islamique et des dispositions constitutionnelles d'origine occidentale, notamment celles relatives aux droits fondamentaux⁸⁷. Le problème majeur de ce genre d'amalgame réside dans le risque grandissant d'antinomie dû à la coexistence de deux registres de valeurs différents. Entre les principes islamiques et démocratiques, lesquels doivent primer en cas de conflit ?

Deux facteurs peuvent, à notre sens, avoir une influence sur cette dialectique, à la fois fragile et subtile, entre normes religieuses et séculières : *primo*, la fonction modératrice du juge constitutionnel, et *secundo*, la formule constitutionnelle qui sera retenue pour définir la place de l'Islam au sein de l'État.

D'abord, il est patent que l'un des faits marquant ces dernières années est l'intervention croissante des juges étatiques dans les questions mettant en cause la religion. Cela s'explique par la mise en place dans de nombreux pays de la région, d'une justice constitutionnelle qui doit décider de la conformité de la loi à la Charia. Les juges seront, de plus en plus, appelés à jouer ce rôle d'arbitre. Le contrôle de constitutionnalité et d'« islamicité » exercé par la Haute Cour Constitutionnelle égyptienne en est un bon exemple. Le juge devient un acteur central dans la régulation du phénomène religieux, d'où l'importance de la formation des hauts magistrats, de

⁸⁷ Tout en consacrant les principes islamiques, ces constitutions énumèrent, en général, une longue liste de droits fondamentaux : libertés d'opinion, d'expression, de réunion, d'association, la liberté de la presse, les libertés syndicales. Le principe d'égalité est également énoncé sous différentes déclinaisons : l'égalité devant la loi, l'égalité devant les charges publiques, l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité entre l'homme et la femme en matière de droits politiques. La liberté religieuse est mentionnée. Il faut cependant prendre en considération la valeur juridique encore faible des dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme.

leur indépendance et de l'étendue de leurs pouvoirs. Le fait que l'appréciation du religieux dépende des juges formés à la discipline juridique dans des facultés de droit séparées des écoles religieuses, a une influence sur le contenu de leurs jugements et l'interprétation qu'ils font du droit musulman. Dans cette perspective, une attention particulière doit être prêtée à la manière selon laquelle la haute juridiction constitutionnelle sera restructurée et particulièrement si elle regroupera en son sein des religieux, ce qui n'était pas le cas jusqu'ici⁸⁸. Ces différentes dimensions peuvent influencer sur la manière d'interpréter et d'appliquer les diverses formules verbales relatives à l'Islam.

Sur ce dernier point, nombreuses propositions ont vu le jour ces derniers mois en Égypte relativement à la référence à l'Islam dans la Constitution. Certains Salafistes préconisent de modifier l'article 2 en substituant aux termes imprécis, «les principes de la Charia» (*mabadii al-sharia*) ceux, mieux définis, «les prescriptions de la Charia» (*ahkam al-sharia*), en tant que source principale de la législation. Les Frères musulmans envisagent pour leur part la suppression pure et simple du terme «principes» pour que la disposition puisse désormais se lire ainsi: «la Charia islamique est la source principale de la législation»⁸⁹. D'autres vont plus loin en réclamant la consécration de la charia comme la seule source, ou la source unique ou exclusive de la législation⁹⁰.

De telles formulations auront pour effet de modifier inéluctablement les équilibres antérieurs. Cela impliquerait de revoir l'ensemble des lois en vigueur afin que leurs dispositions soient en accord avec les préceptes de la Charia. Nous allons tenter de dresser un tableau, bien évidemment non exhaustif, de l'impact concret d'une telle modification sur le droit positif:

1. La réforme du système bancaire pour interdire l'intérêt (*riba*) et les opérations aléatoires (*gharar*).

⁸⁸ À l'opposé, la Constitution irakienne de 2005 prévoit l'intégration d'un nombre d'experts en *fiqh* islamique dans la composition de la Cour suprême fédérale, la plus haute juridiction du pays (art. 92-2).

⁸⁹ Voir: Nathan J. BROWN, «Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed», en ligne: <<http://carnegieendowment.org/2012/05/15/egypt-and-islamic-sharia-guide-for-perplexed/argb>> (consulté le 16 janvier 2013).

⁹⁰ Il en est ainsi en Mauritanie, où le préambule de la Constitution qualifie la charia de source unique de la législation, au Yémen, dans lequel la Constitution énonce que la charia est «la source de toutes les lois» et au Sultanat d'Oman, où le Statut fondamental confirme la charia islamique comme la source de la législation.

2. La prohibition totale de la vente d'alcool, déjà strictement encadrée.
3. Le renforcement de l'islamicité des lois familiales par la suppression de certaines réformes introduites pour améliorer la situation de la femme, déjà fortement contestées par les islamistes, comme celles fixant l'âge du mariage, imposant des restrictions à la polygamie et à la répudiation ou attribuant le droit de garde à la mère.
4. L'abrogation du code pénal et son remplacement par un code pénal islamique, ce qui constituerait une mesure très grave considérant la nature dégradante des peines pouvant être infligées⁹¹.

L'observateur avisé peut d'ores et déjà déceler quelques prémices annonciatrices de cette orientation islamiste. La presse arabe ne manque pas de faire quotidiennement l'écho des mesures controversées qui sont prises ou annoncées ça et là, parmi lesquelles :

En Tunisie : On relève l'annonce du parti *Ennahda* de son intention d'abroger la Loi du 4 mars 1958 sur l'adoption, mode de filiation prohibé par le droit musulman, et son remplacement par une loi sur la *kafala* islamique.

En Libye : Dans sa première déclaration faite après la chute de Kadhafi, Mustapha Abduljalil, le Chef du Conseil national de transition (CNT), a annoncé l'abrogation de la loi de 2002 limitant la polygamie. Selon cette réforme, deux conditions étaient exigées sous peine de nullité du second mariage : l'accord de la première épouse et l'autorisation du juge⁹².

En Égypte : On peut noter la condamnation à trois mois de prison et d'une amende du célèbre comédien Adel Imam pour diffamation

⁹¹ Le projet de Code pénal égyptien de 1982 intègre des peines prévues par le droit pénal musulman. Les *hudud* sont exercés différemment en fonction de la nature du délit commis : l'apostasie entraîne l'application de la peine de mort, l'homosexualité masculine et la relation sexuelle hors mariage entre un homme et une femme tous deux mariés, la lapidation ; le brigandage est puni par le bannissement ; la consommation de boissons enivrantes et la *Zina* (débauche ou fornication), sont passibles de la flagellation. De même, le projet prévoit l'application de l'amputation de la main à l'encontre de la personne qui a volé. Ce projet, à l'instar des autres projets des codes « islamiques » de la fin des années 1970, a été mis au placard. Voir, en critiquant ces projets : M. S. ASHMAWI, préc., note 39, p. 14 et suiv.

⁹² Loi n° 9-2002 modifiant le Code du statut personnel de 1984.

envers l'Islam dans ces œuvres artistiques qui remontent, pour l'essentiel, à une dizaine d'années.

La demande du retour à la Charia est élastique et peut toujours réserver des surprises, car ce qui fait partie du *corpus* musulman et ce qui n'en fait pas n'est pas toujours clair. Tout dépend de la lecture que l'on adopte, ce qui explique, par exemple, les excès des Talibans en Afghanistan. Pour rappel: interdiction du travail de la femme, interdiction de la musique, démolition des statues, imposition de la *jizyah*⁹³ aux non musulmans, etc.

*
* * *

Il va sans dire que la période à venir sera cruciale. Il s'agira d'un véritable apprentissage à la démocratie, d'une tentative de conciliation entre l'Islam et la modernité. Concilier la politique et la religion, c'est-à-dire, le relatif et l'absolu, est une tâche ardue. Deux scénarios se profilent qui vont vraisemblablement sceller le sort de l'islamisme politique. Soit celui-ci, mis à l'épreuve de l'exercice du pouvoir et du *realpolitik*, saura être soluble dans la démocratie, à l'instar de ce qui s'est passé avec les différentes démocraties-chrétiennes en Europe à la fin du XIX^e siècle, soit il décidera de s'enfermer dans son carcan idéologique au risque de rebuter les gens qui l'ont porté au pouvoir. Il signera alors son propre constat d'échec, faute de réponses concrètes apportées aux mouvements de contestation. Les jeunes, artisans de la révolution, avides de solutions aux problèmes sociaux (le chômage, la pauvreté, la corruption, les injustices) attendent sûrement autre chose que de se voir imposer une vision dogmatique et ténébreuse de la religion. « Le mur de la peur » s'étant à jamais écroulé, ils n'hésiteront plus à redescendre dans les rues... Peut-être un printemps arabe II avec un vent de sécularisation? À suivre!

⁹³ Impôt de capitation : impôt particulier auquel furent assujettis les non-musulmans établis en terre d'Islam.