



HAL
open science

Les principes de la sharia sont la source de la législation

Baudouin Dupret, Nathalie Bernard-Maugiron

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret, Nathalie Bernard-Maugiron. Les principes de la sharia sont la source de la législation. *Égypte Soudan mondes arabes*, 1999, 2, pp.107-125. halshs-00179477

HAL Id: halshs-00179477

<https://shs.hal.science/halshs-00179477v1>

Submitted on 15 Oct 2007

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

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

“LES PRINCIPES DE LA SHARI’A SONT LA SOURCE PRINCIPALE DE LA LEGISLATION”

La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique

Nathalie BERNARD-MAUGIRON, Cedej
Baudouin DUPRET, CNRS/Cedej

Nous voudrions, dans cet article, nous attacher à la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle concernant l'article 2 de la Constitution égyptienne qui stipule, depuis 1980, que "l'islam est la religion de l'Etat, l'arabe sa langue officielle et les principes de la shari'a islamique *la source principale de la législation*" (*mabâdi' al-sharî'a al-islâmiyya al-masdar al-ra'îsî li-l-tashrî'*)¹.

Dans la littérature égyptienne, cette disposition constitutionnelle a fait l'objet d'interprétations fort divergentes. On en voudra pour preuve les deux interprétations antagonistes suivantes.

D'abord, le juge 'Abd al-Hamîd Ghurâb, qui s'exprime sans ambiguïté en faveur d'une application immédiate et totale de la *sharî'a*. Dans ses *Jugements islamiques contredisant les lois positives*, ce magistrat affirme :

“Il n'y a pas de place en Egypte, après l'amendement de l'article 2 de la Constitution, pour autre chose que la *sharî'a* de l'islam. Il faut, dès lors, que le juge suive aujourd'hui la voie de la *sharî'a* et ses principes à l'aide des règles dégagées par les fondements du droit (...). La responsabilité lourde qui s'impose, après l'amendement constitutionnel précité, ne concerne pas le pouvoir législatif mais appartient au juge. C'est une responsabilité qu'il assume devant Dieu...” (Ghurâb, 1986).

On citera en contrepoint la position du professeur Hossam Issa, qui a une interprétation radicalement inverse par rapport à l'article 2 de la Constitution :

“Nous pensons que cet article 2 est adressé uniquement au législateur et ne peut être sanctionné que politiquement. L'article 2 de la Constitution ne contient aucune norme objective sur laquelle une action en nullité pour inconstitutionnalité pourrait se baser” (Issa, 1997, p. 350).

Entre ces deux interprétations, la Haute Cour constitutionnelle s'est frayé un chemin. Cet article a pour première ambition de passer en revue l'évolution de la jurisprudence de cette cour. Dans un deuxième temps, il vise à présenter les principaux types d'interprétation théorique qui ont été proposés de l'articulation, dans le contexte égyptien contemporain, du droit positif et de la normativité religieuse. C'est en quelque sorte un bilan jurisprudentiel et théorique de quinze ans de contentieux constitutionnel portant sur la *sharî'a* qui est ainsi proposé.

Jurisprudence et prudence judiciaire

La Haute Cour constitutionnelle fut amenée, en 1985, à se prononcer pour la première fois sur l'interprétation à donner à l'article 2. Elle posa alors le principe de son incompétence pour

¹La formulation actuelle de cet article date de l'amendement constitutionnel de 1980. Le texte originel de la Constitution de 1971 se lisait comme suit : "L'islam est la religion de l'Etat, l'arabe sa langue officielle et les principes de la shari'a islamique *une source principale de la législation* (*mabâdi' al-sharî'a al-islâmiyya masdar ra'îsî li-l-tashrî'*)".

contrôler la conformité à la Loi islamique des lois antérieures à 1980 (principe de non-rétroactivité). Dans un deuxième temps, elle établit une distinction entre les principes absolus et les principes relatifs de la *sharî'a* islamique, de telle sorte qu'à ce jour, elle n'a jamais déclaré un texte contraire à l'article 2. On remarquera qu'incidemment, la Cour a fait parfois référence à l'islam et à sa Loi, mais d'une manière en quelque sorte superfétatoire.

La non-rétroactivité de l'amendement constitutionnel de 1980

L'arrêt du 4 mai 1985, par lequel la Haute Cour constitutionnelle s'est pour la première fois prononcée sur la place de la loi islamique dans le système juridique égyptien actuel (HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, *Rec.*, vol. 3, p. 209 et s.), concernait une dette contractée par le ministère des Waqf et al-Azhar suite à l'achat d'appareils chirurgicaux pour la Faculté de médecine de l'Université d'al-Azhar. Condamné par le tribunal administratif à régler le solde de la dette, plus les intérêts moratoires prévus par l'article 226 du Code civil, le doyen de la Faculté de médecine d'al-Azhar fit appel de ce jugement devant la Haute Cour administrative du Conseil d'Etat et souleva alors l'exception d'inconstitutionnalité dudit article 226, estimant qu'il violait les principes de la *sharî'a* islamique en légalisant l'usure (*ribâ*), prohibée par le Coran. Le juge administratif ayant estimé l'exception sérieuse autorisa le requérant à saisir la Haute Cour constitutionnelle. Celle-ci rejeta la prétention du requérant, en posant deux principes de base qu'elle suivra fidèlement dans tous ses arrêts ultérieurs.

Elle prit tout d'abord en considération la date de l'amendement de l'article 2 pour opérer une distinction au sein de la législation, estimant que cette réforme constitutionnelle avait introduit une obligation nouvelle qui ne devait s'imposer qu'à partir de la date de son édicition. Les lois postérieures au 22 mai 1980 doivent donc effectivement respecter les principes de la *sharî'a* islamique, sous peine d'être déclarées inconstitutionnelles par la Haute Cour. Par contre, tous les textes adoptés par le législateur égyptien avant le 22 mai 1980 échappent à ce contrôle, la Haute Cour n'est pas compétente pour vérifier leur conformité aux principes de la *sharî'a* islamique. Ces textes restent ainsi en vigueur tant qu'il n'ont pas été abrogés ou amendés par le législateur. Pour le juge constitutionnel, en effet, l'amendement de 1980 vise à limiter le pouvoir du législateur à compter seulement de sa date d'adoption :

"Considérant qu'il ressort de la formulation de la deuxième partie de l'article 2, tel qu'amendé, que le législateur constitutionnel a apporté une limitation au pouvoir chargé de la législation, consistant en l'obligation pour ce pouvoir, lorsqu'il légifère, de recourir aux principes de la *sharî'a* islamique pour en tirer les règles d'organisation de la société. [...] Cela signifie que le pouvoir législatif, depuis la date d'entrée en vigueur de l'amendement à l'article 2 de la Constitution, soit le 22 mai 1980, est tenu de veiller à ce que les nouvelles lois qu'il élabore ainsi que les amendements qu'il apporte aux lois antérieures à cette date, soient conformes aux principes de la *sharî'a* islamique, sans que pour autant elles ne portent atteinte aux règles et limites que les autres dispositions constitutionnelles imposent au législateur dans l'exercice de ses fonctions. Ce sont ces dernières, ainsi que la nouvelle limitation, qui délimitent le cadre dans lequel la Haute Cour Constitutionnelle exerce son contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la législation. L'obligation qui pèse sur le législateur de considérer les principes de la *sharî'a* islamique comme la source principale de la législation, conformément à ce qui précède, ne s'étend qu'aux lois promulguées après la date de l'entrée en vigueur de cette obligation. Ces textes seront alors considérés comme inconstitutionnels s'ils violent les principes de la *sharî'a* islamique. Quant aux lois antérieures à cette date, elles échappent à l'application de l'obligation nouvelle car elles ont été promulguées avant, c'est-à-dire à une époque où la limitation n'était pas encore en vigueur et obligatoire" (HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e., *Rec.*, vol. 3, pp. 220-221).

Dans cet arrêt, la Haute Cour constitutionnelle dénie par ailleurs aux principes de la loi islamique tout effet direct immédiat dans l'ordre juridique égyptien. L'amendement est une injonction à l'adresse du législateur et non du juge. Il n'a pas fait des principes de la loi

islamique des règles de droit positif immédiatement applicables par les tribunaux. Tant que le législateur n'est pas intervenu pour les reprendre dans un texte législatif, ils restent inopérants et le juge, en particulier, ne peut s'en prévaloir pour refuser d'appliquer un texte qu'il estimerait leur être contraire et lui substituer un principe tiré de la loi islamique. La Haute Cour réfute donc l'argument du requérant, selon lequel toutes les lois existantes contraires à la loi islamique auraient été abrogées implicitement du fait que les principes de la *shari'a* islamique leur seraient supérieurs et n'auraient pas besoin, pour prévaloir, d'être codifiés.

Pour justifier son interprétation, la Cour invoque tout d'abord la volonté du Constituant, telle qu'elle s'est exprimée dans les travaux préparatoires à l'élaboration de l'amendement de 1980. Le rapport que la Commission spéciale chargée de préparer la réforme constitutionnelle a présenté à l'Assemblée du peuple indiquait que le but de la nouvelle formulation de l'article 2 était de "contraindre le législateur à recourir aux commandements de la Loi islamique". Quant à celui présenté par la Commission générale à l'Assemblée du peuple, il insistait sur le fait que la transition du régime juridique en vigueur en Egypte depuis plus d'un siècle vers un régime juridique islamique intégral demanderait beaucoup de patience et de réflexion. En conséquence, il fallait laisser à ceux chargés de la modification du système juridique "un délai suffisant qui leur permette de rassembler tout le matériel juridique et de le fondre en un système complet dans le cadre du Coran, de la Sunna et des opinions des juristes musulmans éclairés et des Imams" (*ibid.*, p. 222). De plus, pour la Cour, si le Constituant avait voulu donner valeur constitutionnelle aux principes de la *shari'a* islamique ou les rendre immédiatement applicables par les tribunaux, sans qu'il soit nécessaire de les reprendre dans un texte législatif, il l'aurait indiqué expressément. Enfin, elle fait peser l'argument du risque de chaos juridique : donner force obligatoire et effet direct aux principes de la loi islamique "entraînerait non seulement l'abrogation de toutes les législations antérieures contraires aux principes de la loi islamique dans les domaines civil, pénal, social ou économique, mais obligerait aussi les tribunaux à appliquer aux litiges qui leurs sont soumis des règles non codifiées à la place des lois abrogées, avec tous les risques que cela comporte de contradictions entre ces règles, de contrariété entre les jugements et de déstabilisation [de l'ordre juridique]" (*ibid.*, p. 223). Ceci étant, la Cour souligne que le législateur a la responsabilité politique d'intervenir, tout en respectant bien sûr les autres dispositions constitutionnelles, pour purifier les textes antérieurs à 1980 de toute atteinte portée aux principes de la *shari'a* islamique.

Comme le texte incriminé dans l'affaire en cause (le Code civil) était antérieur à 1980 et n'avait pas été amendé depuis son adoption, la Cour conclut sur l'impossibilité de faire prévaloir l'article 2 :

"Etant donné que la limitation instituée par cet article - après son amendement en date du 22 mai 1980 - vise à obliger le législateur à ne pas violer les principes de la *shari'a* islamique et ne s'applique pas aux lois qui lui sont antérieures, comme exposé précédemment, et que l'article 226 du Code civil promulgué en 1948 n'a pas été modifié depuis lors, il n'y a pas lieu de faire valoir que cette disposition viole l'article 2 de la Constitution, et ceci quelque opinion qu'on ait quant à sa contrariété avec les principes de la *shari'a* islamique" (*ibid.*, p. 224).

Pendant plusieurs années, la Haute Cour va s'en tenir à cette jurisprudence, se déclarant incompétente pour juger de la conformité à la *shari'a* de multiples dispositions du Code civil (entre autres, celles relatives aux intérêts moratoires), du Code testamentaire, du Code pénal (à propos notamment des relations sexuelles de la femme célibataire ou de la femme mariée), du Code de procédure pénale (sur la répression de la prostitution), de la loi 63/1976 sur la vente d'alcool, du décret-loi 178/1952 sur la réforme agraire ou du décret-loi 100/1964 sur l'exercice du droit de préemption.

La distinction entre principes relatifs et absolus de la sharî'a islamique

En 1993, la Haute Cour constitutionnelle fut saisie pour la première fois de la constitutionnalité d'un texte postérieur à la réforme constitutionnelle de 1980. Il s'agissait de la loi 100/1985 amendant le décret-loi 25/1929 sur le statut personnel. La Cour fut donc amenée à examiner la constitutionnalité de cette loi par rapport à l'article 2, dans un arrêt de principe qui fut le point de départ d'une nouvelle étape dans l'interprétation de l'article 2.

L'affaire concernait une femme divorcée qui avait déposé un recours afin d'obtenir la garde de son fils et le droit de rester avec lui dans l'ex-domicile conjugal, conformément à l'article 20 alinéa 1 du décret-loi 25/1929 tel qu'amendé par la loi 100/1985, qui confie à la mère la garde des jeunes enfants et lui donne le droit, pendant toute la durée de la garde, de demeurer dans l'ex-domicile conjugal. S'appuyant sur l'article 18 alinéa 2 de la même loi, amendé lui-aussi en 1985, l'ex-épouse réclamait par ailleurs le droit de toucher une compensation, un "don de consolation" (*mut`a*) d'un montant équivalent à dix années de pension alimentaire. L'ex-mari, refusant d'accéder aux demandes de son ex-épouse et arguant de la non-conformité de ces deux dispositions de la loi 100/1985 à l'article 2 de la Constitution, saisit la Haute Cour constitutionnelle (HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, pp. 290-324). Comme le texte qui faisait l'objet du recours était postérieur à 1980, le principe de non-rétroactivité de l'amendement à l'article 2 ne pouvait plus prévaloir et la Cour fut conduite à procéder à un examen substantiel de la conformité des dispositions en cause avec l'article 2, donc avec les principes de la *sharî'a* islamique.

A cette occasion, la Cour établit une distinction entre les principes islamiques absolus et les règles relatives. Elle commença par poser un attendu de principe, qu'elle devait reprendre par la suite quasiment intégralement dans tous ses autres arrêts portant sur l'article 2 :

"Attendu que ce que la Constitution a stipulé dans son article 2 après son amendement de 1980, et conformément à la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle, ne s'applique qu'à la législation promulguée après son entrée en vigueur, au titre de laquelle figurent les dispositions de la loi 100/1985. Ceci a pour conséquence l'interdiction pour un texte législatif de contredire les règles de la *sharî'a* dont l'origine et la signification sont absolues (*al-ahkâm al-shar`iyya al-qat`iyya fî thubûtihâ wa dalâlatihâ*), ces règles étant les seules pour lesquelles le raisonnement interprétatif (*ijtihâd*) n'est pas autorisé. Incarnant les principes fondamentaux (*kulliyya*) et les fondements fixes de la *sharî'a* islamique, elles sont immuables et n'admettent aucune interprétation (*ta`wîl*). Il est donc inconcevable que leur sens se modifie en fonction du temps et du lieu, dès lors qu'elles défient tout amendement et qu'il n'est pas permis de leur porter atteinte. Quant à la compétence de la Haute Cour constitutionnelle à leur sujet, elle se limite à contrôler qu'elles sont bien respectées et qu'elles l'emportent sur toute disposition juridique qui les contredirait. Cela signifie que l'article 2 de la Constitution fait prévaloir sur ces règles les dispositions de la *sharî'a* dans leurs fondements et leurs principes supérieurs" (*ibid.*, p. 316).

A ces principes absolus, la Haute Cour va opposer des règles de nature relative :

"A l'opposé, l'on trouve les règles relatives (*ahkâm zanniyya*), dans leur origine, dans leur signification ou dans les deux. Le champ d'application de l'effort interprétatif (*ijtihâd*) se limite à elles et à elles seules. Elles changent en fonction du temps et du lieu, afin de garantir leur souplesse et leur vitalité et de faire face aux événements quels qu'ils soient, en organisant les affaires des hommes (*`ibâd*) de manière à satisfaire leurs intérêts considérés comme légitimes, pour autant toutefois que cet effort interprétatif se produise dans le cadre des principes fondamentaux de la *sharî'a* islamique, sans les outrepasser" (*ibid.*, *eod.loc.*).

Dans cet arrêt, la Haute Cour a donc effectué une distinction entre principes absolus et principes relatifs de la *sharî'a* islamique², les seconds étant les seuls auxquels son autorité puisse s'étendre. Dans un arrêt ultérieur (26 mars 1994), la Cour va préciser les conditions d'exercice de l'*ijtihâd* qui permettra d'adapter les règles relatives aux changements socio-temporels : fondé sur la raison, il appartient au "détenteur de l'autorité" (*walî al-amr*) qui n'est, en la matière, limité par aucune opinion.

"L'*ijtihâd* n'est rien d'autre qu'un effort intellectuel visant à déduire les règles pratiques de la *sharî'a* à partir de ses signes circonstanciés (*adilla tafsiliyya*). Il n'est donc pas possible qu'il se contente d'imiter les prédécesseurs (*al-awwalîn*), qu'il calomnie Dieu par le mensonge en posant des autorisations ou des interdictions sans fondement ou se détourne de la Révélation pour ce qui concerne les affaires des gens et ce qui est d'honorable dans leurs coutumes. Il s'agit d'utiliser le jugement de la raison (*hukm al-`aql*) lorsqu'il n'existe pas de texte, afin de parvenir à l'établissement des règles pratiques imposées par l'équité et la clémence de Dieu à Ses serviteurs. Cela est dû au fait que ces règles sont contenues dans la *sharî'a* islamique, dès lors que celle-ci n'est pas repliée sur elle-même et n'attribue pas de sacralité (*qudsiyya*) aux propos d'un juriste quelconque dans l'une ou l'autre des matières la concernant et n'interdit pas qu'on l'interprète, qu'on l'évalue ou qu'on lui substitue une autre règle. Les opinions interprétatives n'ont pas en elles-mêmes de force obligatoire s'étendant à d'autres que ceux qui les soutiennent. Il n'est donc pas permis de les considérer comme des règles fixes, immuables et incontestables, sinon ce serait nier la réflexion (*ta'ammul*) et la clairvoyance (*tabassur*) dans la religion du Dieu Très-Haut et ne pas admettre une vérité qui est que l'erreur est potentielle dans tout *ijtihâd*" (*ibid.*, p. 250).

Pour la Haute Cour, le fait qu'une de ces règles existe depuis longtemps ne constitue pas un obstacle à son remplacement par une nouvelle norme, si l'intérêt de la société l'exige et qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu de la *sharî'a*. Lorsque les temps changent, l'interprétation doit évoluer en conséquence, afin de refléter la souplesse intrinsèque de la loi islamique.

La Haute Cour constitutionnelle a eu maintes fois l'occasion d'appliquer cette distinction. A chaque fois, elle a identifié le principe de la *sharî'a* qui était en cause comme un principe relatif, soumis par conséquent à l'interprétation du *walî al-amr*.

Dans son arrêt de 1993 (HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, *op.cit.*), qui portait sur le droit de garde des enfants et la compensation (*mut`a*) de la femme répudiée, la Haute Cour estima qu'en prenant en considération avant tout l'intérêt de l'enfant dans l'attribution de la garde, le législateur³ avait respecté les directives fondamentales de la *sharî'a*. Sur la question de la compensation, que le législateur imposait à certaines conditions et dont il déterminait le montant, le juge constitutionnel considéra qu'il s'agissait également d'une règle relative que le législateur avait interprétée sans contredire de principe absolu de la *sharî'a*⁴.

²Suivant en cela une distinction classique du *fiqh*, que le Comité préparatoire à l'amendement de la Constitution de l'Assemblée du peuple avait lui-même invoquée. Cf. compte rendu de la séance n° 77 de l'Assemblée du peuple, 30 avril 1980, p. 7402 (cité par Sharîf, 1988, pp. 219-221).

³La loi donne à la mère la garde des enfants, en cas de divorce, jusqu'à l'âge de 12 ans pour les filles, jusqu'à l'âge de 10 ans pour les garçons, avec la possibilité pour le juge de prolonger cette garde jusqu'à l'âge de 15 ans pour le garçon et jusqu'à son mariage pour la fille.

⁴La disposition attaquée prévoyait deux conditions pour pouvoir bénéficier de la *mut`a* : que le mariage ait été juridiquement légal et que le divorce ne soit pas survenu à l'initiative de la femme (ou qu'elle n'en ait pas été responsable). La Cour estima que cet article était conforme aux principes de la loi islamique, car la *mut`a* vise à attribuer une compensation à la femme pour le préjudice matériel et moral qu'elle a subi. Quant au montant de la compensation, la

Dans un arrêt du 26 mars 1994 (n° 29/11e, *Rec.*, vol. 6, pp. 231-256), la Cour examina la constitutionnalité de la disposition autorisant tout enfant à réclamer rétroactivement à son père le paiement de sa pension alimentaire (*nafaqa al-awlâd*) à compter du jour où il a cessé de la lui verser. Considérant qu'il n'existe pas dans la loi islamique de principe absolu interdisant à l'enfant de toucher la pension alimentaire rétroactivement, la Cour affirma qu'en conséquence, il était bien permis au *walî al-amr* de recourir au raisonnement interprétatif⁵ et de fixer le jour à partir duquel elle devait être versée. Dans un arrêt du 6 janvier 1996 (n°5/8e, *Rec.*, vol. 7, pp. 347-387), la Cour estima par ailleurs que pourvoir au logement des enfants faisait partie de l'obligation de pension alimentaire incombant au père et que la *sharî'a* n'interdit pas que cette obligation soit effectuée en nature.

Le 14 août 1994, la Haute Cour rendit un arrêt sur le droit de l'épouse à demander le divorce en cas de second mariage de son époux (n° 35/9e, *Rec.*, vol. 6, pp. 331-357)⁶. La Haute Cour constitutionnelle, reconnaissant que le principe même de la licéité de la polygamie dérive d'un verset coranique, immuable dans le temps et dans l'espace, a toutefois constaté que la polygamie n'est pas une obligation mais une simple faculté et a souligné ensuite que cette autorisation est subordonnée à la garantie que toutes les épouses seront traitées de manière juste et équitable. Pour la Cour, la disposition objet du recours n'avait pas interdit à un homme d'avoir plusieurs épouses, ce qui aurait effectivement constitué une atteinte à un principe absolu. Elle a simplement pris en considération le critère objectif de la souffrance matérielle et morale de la première épouse (la charge de la preuve de cette souffrance appartenant à celle-ci), qui rendait impossible le maintien d'une vie décente entre les époux.

La Haute Cour fut également saisie de la constitutionnalité de l'arrêté 113/1994 (complété par l'arrêté 208/1994) du ministre de l'Education interdisant l'accès à l'école aux élèves portant le voile complet (*niqâb*) et soumettant le port d'un voile partiel (*hijâb*) à la demande écrite du

Haute Cour estima qu'en l'absence de consensus à son sujet, le législateur était libre de le réglementer en tenant compte de l'intérêt de la société. En fixant un montant représentant au minimum deux années de pension alimentaire, évalué par le juge en fonction de la situation financière du mari, des circonstances du divorce et de la durée du mariage, la loi avait bien poursuivi des objectifs réalistes et modérés.

⁵Le recours devant la Haute Cour constitutionnelle aurait été introduit par un père condamné en 1989 par le juge du fond à payer à la mère de leur fille des arriérés de pension remontant à 1973. Il invoqua l'inconstitutionnalité de cet article pour atteinte à la loi islamique, estimant que l'école hanafite n'imposait le paiement de la pension alimentaire qu'à partir du jour du jugement et que l'article 280 du règlement d'organisation des anciens tribunaux *shar'i* prévoyait qu'en l'absence de texte législatif, il fallait se référer aux textes de l'école d'Abû Hanîfa. Selon la Cour, si la solution proposée par l'école hanafite a pu correspondre aux besoins d'une certaine époque, lorsque les contraintes religieuses étaient plus strictes et l'accès au juge plus rapide, les temps ont changé et les règles juridiques islamiques doivent changer également. Les mesures dilatoires utilisées par le père pour ne pas verser la pension alimentaire constituent une injustice que le législateur doit faire cesser.

⁶L'article 11 du décret-loi 29/1929, tel qu'amendé par la loi 100/1985, donne le droit à la femme mariée d'obtenir le divorce si son mari épouse une autre femme, à condition toutefois qu'elle prouve avoir subi un préjudice matériel ou moral du fait de ce nouveau mariage, de nature à rendre la vie conjugale impossible. Tout homme qui contracte mariage doit indiquer son statut sur le contrat de mariage. S'il est déjà marié, alors l'officiel en charge du mariage doit informer la première épouse du remariage de son époux. Elle a alors le droit de demander le divorce, dans un délai d'une année à compter du jour de la notification, à condition qu'elle puisse prouver l'existence d'un préjudice. Un époux bigame, dont la femme demandait le divorce sur cette base, avait soulevé l'inconstitutionnalité de cet article pour violation de l'article 2 de la Constitution, estimant que les conditions posées par cette disposition restreignaient le droit que la *sharî'a* lui a donné d'avoir plusieurs épouses.

tuteur légal (*walî al-amr*) de l'élève⁷. Dans son arrêt du 18 mai 1996 (n° 8/17e, *Rec.*, vol. 7, pp. 657-679), la Haute Cour a souligné qu'il n'existe pas de texte absolu dans son origine et sa signification réglementant en détail les vêtements que la femme doit porter et les parties de son corps qu'elle doit obligatoirement voiler. S'il existe des textes dont l'origine est absolue — le Coran ici —, leur signification est relative. Le législateur peut donc recourir au raisonnement individuel pour légiférer, en tenant compte des coutumes et usages courants dans sa société, à condition bien sur qu'ils ne contredisent pas un principe absolu de la loi islamique.

Le 3 mai 1997, la Haute Cour constitutionnelle rendit un arrêt sur la question de la pension alimentaire due à la femme qui a continué à exercer une profession alors que son mari lui enjoignait de rester au domicile conjugal (n° 18/14e, *Journal officiel*, n° 20, 15 mai 1997, pp. 1129 ss.)⁸. La Haute Cour affirma que la *shari`a* ordonne à la femme d'obéir à son époux, que la pension alimentaire due à la femme est la contrepartie de sa soumission et qu'il est établi que le mari a le droit d'imposer à sa femme de rester à la maison. Mais la Cour souligna qu'il peut aussi renoncer à ce droit, expressément ou tacitement, et qu'il doit alors être lié par cette décision. Elle estima que l'autorisation du mari ne pouvait être retirée à la femme que dans l'intérêt de la famille ou si la femme abusait de son droit. Pour la Cour, le législateur n'a pas seulement voulu, à travers la disposition objet du recours, protéger l'indépendance économique de la femme vis-à-vis de son mari et de sa famille, mais a également recherché l'intérêt de la société et de la famille, car le fait que la femme travaille est conforme à cet intérêt tant que cet emploi est légitime et qu'il n'a pas d'impact négatif sur sa famille. Par ailleurs, comme les avis divergent sur l'injonction coranique qui est faite aux femmes de rester à la maison et qu'il n'existe pas de principe absolu dans la *shari`a* quant au caractère obligatoire du versement d'une pension alimentaire à la femme qui travaille, la Cour rappella que le détenteur de l'autorité est habilité à intervenir, indépendamment des interprétations antérieures et conformément aux circonstances actuelles.

Sur le droit de la femme à demander le divorce, la Cour rendit un arrêt le 5 juillet 1997 (n° 82/17e; *Journal officiel*, n° 29, 19 juillet 1997, pp. 1665 ss.)⁹. La Haute Cour constitutionnelle

⁷Ses deux filles s'étant vues interdire l'admission à l'école parce qu'elles portaient un voile cachant leur visage, leur père saisit le tribunal administratif d'Alexandrie pour obtenir l'annulation de la décision du directeur de l'école refusant l'admission de ses filles. Il invoqua à cette occasion l'inconstitutionnalité de l'arrêté ministériel, pour violation notamment de l'article 2 de la Constitution. Après avoir rappelé que l'islam est intervenu pour rehausser la valeur de la femme et l'inciter à protéger sa chasteté, à préserver son corps de la déchéance et de l'indécence, à la mettre hors de portée des instincts bestiaux — ce qui signifie en conséquence que la femme n'est pas libre de se vêtir comme elle le souhaiterait —, la Cour met en garde contre toute exagération qui conduirait à considérer le corps tout entier de la femme comme constitué de parties sexuelles. Si ses habits doivent protéger sa vertu, ils ne doivent pas entraver ses gestes. Il faut trouver un équilibre.

⁸Un mari, dont la femme exerçait jusqu'alors une profession avec son accord, exigea d'elle qu'elle arrête de travailler. Devant son refus, il la renvoya du foyer conjugal avec leurs deux enfants et cessa de payer toute pension alimentaire. Sa femme le poursuivant devant la justice pour obtenir le versement de la *nafaqa*, le mari demanda qu'elle regagne le domicile conjugal et invoqua l'inconstitutionnalité de l'article 1 alinéa 5 de la loi 25/1920 tel qu'amendé par la loi 100/1985, selon lequel la pension alimentaire de l'épouse ne peut être suspendue au motif que la femme exerce une profession légitime, tant qu'elle n'en fait pas un mauvais usage et que les intérêts de la famille n'en souffrent pas. Le mari estimait que cette disposition était contraire à l'article 2 de la Constitution, car l'islam exige qu'une femme obéisse à son mari.

⁹Un mari introduisit une plainte contre sa femme pour désobéissance, demandant son retour au foyer conjugal. La femme refusa de réintégrer le domicile conjugal et répliqua par une

estima qu'il n'existe pas, dans la *sharî'a*, de principe absolu quant à la possibilité ou non de faire prononcer le divorce par un juge, les écoles juridiques divergeant en la matière. Le détenteur de l'autorité pouvait donc légiférer et, en l'espèce, la disposition législative n'avait pas violé la loi islamique.

L'invocation "superfétatoire" des principes de la sharî'a

Il arrive parfois que le requérant soulève dans son recours l'inconstitutionnalité d'une loi pour violation de diverses dispositions de la Constitution, dont l'article 2. Un texte lui ayant ainsi été déféré pour violation du droit de propriété tel que garanti à la fois par la Constitution (article 34) et par la *sharî'a* islamique, le juge constitutionnel a été amené à se prononcer sur sa conception du droit de propriété dans la loi islamique. Après avoir jugé que le texte objet du recours n'avait pas violé le droit de propriété tel que garanti par la Constitution et n'avait pas été au-delà de sa fonction sociale, il affirma que :

"les principes de la *sharî'a* islamique, auxquels la Constitution a prévu que les textes législatifs devaient se rattacher afin de garantir qu'ils leur soient conformes, ne sont pas violés par la réglementation légale objet du présent recours, mais viennent au contraire la renforcer. En effet, le détenteur de l'autorité est tenu d'intervenir pour réglementer la propriété si les gens font un mauvais usage de leurs biens, afin qu'il les remette dans la bonne voie, conformément à l'intérêt de la société, à ses besoins, et en écartant d'elle tout préjudice" (HCC, 4 mai 1991, n° 23/9e, *Rec.*, vol. 4, pp. 335 et s.).

De même, dans une autre affaire portant également sur le droit de propriété, et où le requérant avait là aussi invoqué la violation des articles 2 et 34 de la Constitution, la Haute Cour rejeta ce grief en affirmant que conformément à la *sharî'a*, "tous les biens appartiennent à Dieu, c'est lui qui les a créés et c'est à lui qu'ils reviennent. Il a confié aux hommes le soin de peupler la terre et ils sont responsables des biens qu'ils possèdent en tant que représentants désignés". La Cour insista sur le fait que la propriété n'est pas un droit purement privé, mais doit être réglementée par le *walî al-amr*, conformément aux objectifs de la *sharî'a* en la matière. Or, parmi ces derniers, figure le respect de l'intérêt du groupe (*maslaha al-jamâ'a*) que le *walî al-amr* doit donc protéger de tout préjudice. En opérant un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt privé, le législateur n'avait pas violé la loi islamique (HCC, 14 mars 1992, n° 36/9e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 274 et s.).

Dans une affaire concernant cette fois-ci non plus le droit de propriété mais le principe d'égalité, le demandeur invoqua le non respect des articles 2, 8 (égalité des chances) et 40 (égalité devant la loi) de la Constitution. La Haute Cour devait rejeter tous les griefs du demandeur, estimant que les articles 8 et 40 n'avaient pas été violés car ils garantissent une égalité relative et non absolue et que le législateur peut user de son pouvoir discrétionnaire pour procéder à des distinctions si elles sont fondées objectivement et conformes à l'intérêt général. Quant à l'article 2 de la Constitution, "les considérations qui ressortent des travaux préparatoires des deux textes législatifs objets de l'exception confirment qu'ils visaient à asseoir le concept d'équité (*adâla*) en ce qui concerne le montant de la retraite, sans porter atteinte aux principes de la *sharî'a* islamique" (HCC, 7 mars 1992, n° 37/7e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 229-239, ici p. 238).

Il est vrai qu'il est arrivé à la Haute Cour constitutionnelle de déclarer qu'un texte n'avait pas respecté un principe de la *sharî'a* islamique, mais cette affirmation était à chaque fois accompagnée de la déclaration d'inconstitutionnalité du texte pour violation d'un droit

demande en divorce, sur la base de l'article 11 bis du décret-loi 25/1929, tel qu'amendé par la loi 100/1985. Le mari souleva l'inconstitutionnalité de cette disposition, estimant que selon la loi islamique, seuls les maris pouvaient mettre fin au contrat de mariage.

fondamental garanti par la Constitution. La violation de l'article 2 venait donc en surplus, à titre corroboratif en quelque sorte. Elle a ainsi affirmé que le fait de fixer une limite maximale au montant des biens restitués en nature suite à la mise sous séquestre de 1964 est contraire à la fonction sociale de la propriété privée telle que garantie par l'article 32 de la Constitution et par les principes de la *sharî'a* islamique, sans développer davantage cet argument et alors même que le demandeur, s'il avait invoqué la violation de nombreux articles de la Constitution, n'avait pas mentionné l'article 2. La Cour réaffirmera peu de temps après que priver le propriétaire de tous ses droits sur l'appartement qu'il possède est contraire aux principes de la *sharî'a* islamique et que le *walî al-amr* aurait dû procéder à un équilibre entre les droits du propriétaire et ceux du locataire au lieu d'infliger tous les préjudices au propriétaire seulement. Là non plus, toutefois, la Haute Cour ne se réfère à aucun principe précis de la loi islamique. Elle ne reprend même pas la violation de l'article 2 dans son dispositif, déclarant dans les deux cas le texte inconstitutionnel pour violation des articles de la Constitution relatifs au droit de propriété stricto sensu (HCC, 16 mai 1992, n° 65/4e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 344-362 et HCC, 27 mai 1992, n° 25/11e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp. 408-428)¹⁰.

La Haute Cour recourt parfois à l'ordre normatif religieux dans le cadre de sa création du droit. Cherchant à faire dériver du texte constitutionnel un droit fondamental qui n'y était pas expressément consacré, elle va recourir à diverses méthodes d'interprétation, dont le recours au droit international et à la *sharî'a*, pour prouver qu'il faut considérer le droit en question comme dérivant obligatoirement des autres dispositions constitutionnelles.

Une exception d'inconstitutionnalité lui fut soumise (HCC, 18 mars 1995, n° 23/16e, *Rec.*, vol. 6, pp. 567-596) contre l'article 73 de la loi du Conseil d'Etat, promulguée par le décret-loi 47/1972, qui interdisait aux conseillers d'Etat d'épouser une étrangère. Bien que la Constitution égyptienne ne garantisse pas expressément le droit de choisir librement son conjoint, la Haute Cour réussit à affirmer l'existence de ce droit en combinant plusieurs dispositions constitutionnelles et en faisant appel à des textes internationaux et à des principes de la *sharî'a* islamique. Le juge constitutionnel invoqua ainsi à l'appui de sa démonstration, d'une part, le fait que la *sharî'a* protège la vie privée et, d'autre part, qu'elle encourage au mariage.

De même, la Cour fut saisie (HCC, 3 juillet 1995, n° 25/16e, *Rec.*, vol. 7, pp. 45-94) de l'article 15 de la loi 40/1977 sur les partis politiques, telle qu'amendée par le décret-loi 6/1979, qui prévoit la responsabilité personnelle du chef de parti en matière de publication. Afin de démontrer que la Constitution garantit le caractère personnel de la responsabilité pénale, la Haute Cour se référa à différents répertoires normatifs, dont le répertoire normatif islamique¹¹.

La Cour a aussi recouru à la *sharî'a* islamique pour renforcer la garantie du principe de la présomption d'innocence, déclarant un texte inconstitutionnel pour avoir violé l'article 2, mais aussi d'autres dispositions constitutionnelles comme la liberté personnelle, le respect des droits de la défense ou le principe de séparation des pouvoirs (HCC, 20 mai 1995, n° 31/16e, *Rec.*, vol. 6, pp. 716-739).

¹⁰Réaffirmant les mêmes principes dans un arrêt ultérieur, la Haute Cour conclura que le texte objet du recours n'étant pas parvenu à l'équilibre nécessaire entre l'intérêt du bailleur et celui du propriétaire, il avait par conséquent violé le droit de propriété (articles 32 et 34 de la Constitution), mais aussi l'article 2 (HCC, 18 mars 1995, n° 6/9e, *Recueil des décisions*, vol. 6, pp. 542-566).

¹¹ Le Coran était invoqué : "il ne vous sera pas demandé compte de ce que Nous avons commis et il ne vous sera pas demandé compte de ce que vous faites. L'homme n'a que ce qu'il mérite et la sanction la plus juste est la conséquence de ses actes et le fruit de sa volonté libre dont elle est issue"(XXXIV, 25).

Signalons, enfin, que la Haute Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le concept d'usure (*ribâ*) (HCC, 18 mai 1995, n° 93/6e, *Rec.*, vol. 7, pp. 709 et s.). Elle fut ainsi saisie d'un recours en inconstitutionnalité contre l'article 38 alinéa 2 de la loi 133/1981 relative aux taxes à la consommation, que le requérant accusait de légaliser l'usure, en violation des principes de la *sharî'a* islamique. Le juge constitutionnel commença par rappeler la définition de l'usure telle que la loi islamique la prohibe : il s'agit d'un accord entre deux parties en vertu duquel le créancier accorde un délai au débiteur en échange d'une augmentation du montant de la dette, constitutif d'exploitation (*istighlâl*) et d'opportunisme (*intihâz*), et que la faiblesse (*du`f*) et la soumission (*rudûkh*) du débiteur poussent à accepter. Or, en l'espèce, l'amende prévue par le texte objet du recours devait être considérée comme une pénalisation visant à inciter le contribuable à s'acquitter du paiement de ses impôts dans les délais fixés par la loi. Ce n'était donc pas la contrepartie de l'octroi d'un délai supplémentaire que l'Etat accorderait au contribuable, mais une mesure dissuasive visant à l'inciter à payer ses taxes à l'échéance légale. Il n'y avait donc pas *ribâ* et ceci d'autant plus que la sanction prévue par ce texte était imposée par un texte légal.

Interprétations théoriques

Après avoir passé en revue la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle relative à l'article 2, nous voudrions à présent nous attacher aux différents types d'interprétation théorique qui lui ont été apportés. De manière schématique, on en distinguera trois : constitutionnaliste, systémique et actorielle. Loin de s'invalidiser mutuellement, ces approches semblent au contraire largement se compléter. Plus précisément, il serait utile de les envisager dans une perspective cumulative.

Les principes de la sharî'a n'ont pas valeur supra-constitutionnelle

Cette première position donne pour portée à l'article 2 de faire du droit islamique un corps de normes supra-constitutionnelles. Il s'agirait en quelque sorte d'une " *Grundnorm* islamique ". "Kelsen, qui a développé le concept de *Grundnorm* dans sa *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*), l'a défini comme la " source commune de validité de toutes les règles juridiques appartenant au même ordre (juridique)" (Kelsen, 1960, p. 197). Dans ce contexte, il distingue, d'une part, la *Grundnorm* procédurale du droit positif, qui est la procédure par laquelle les règles juridiques sont engendrées, et, d'autre part, la *Grundnorm* substantielle du droit naturel (*ibid.*, pp. 198-200). Dans ce dernier cas, les règles juridiques sont dérivées d'un corps de règles substantielles présumé : les règles juridiques ne sont valides que si elles rencontrent certaines exigences de substance (*ibid.*, pp. 226-227). Dans cette perspective, les " principes de la *sharî'a* islamique " constituent donc, dans la formule de l'article 2, une source substantielle (*masdar mawdû'î*) de législation positive (Mutawallî, 1975, p. 21). En allant encore plus loin, et pour reprendre les termes de Botiveau, " il existe [...] une hiérarchie déclarée entre l'esprit de l'article 2 posant la *charî'a* comme source première et les autres articles [de la Constitution égyptienne] régis par le droit positif et donc susceptibles d'être, pour partie d'entre eux, contestés comme non conformes à l'article 2" (Botiveau, 1993, p. 286).

A la lumière de la jurisprudence de la Cour, il ressort clairement que les principes de la *sharî'a* islamique n'ont pas reçu de valeur supra-constitutionnelle et que la validité des dispositions de la Constitution de 1971 n'a jamais été évaluée à l'aune des principes de la *sharî'a* islamique. S'il est vrai que, dans son arrêt de 1985, la Cour a distingué l'article 2, d'un côté, et puis tous les autres articles, d'un autre côté, cette distinction est loin d'être à l'avantage de l'article 2. Si la Cour refuse de contrôler la constitutionnalité par rapport à l'article 2 de toute loi antérieure à la date d'entrée en vigueur de sa formulation actuelle (1980), parallèlement elle n'a jamais refusé de contrôler la conformité aux autres dispositions constitutionnelles de lois antérieures à leur entrée en vigueur (1971 pour la plupart). De plus, si elle enjoint au législateur d'amender les lois antérieures à 1980 pour les rendre conformes aux principes de la *sharî'a* islamique, elle ne lui fixe toutefois pas de délai pour s'acquitter de

cette responsabilité et ne fait pas de cette obligation une responsabilité juridique. En fait, on pourrait presque affirmer que, loin de donner valeur supra-constitutionnelle aux principes de la *sharî'a* islamique, la Haute Cour leur a au contraire attribué une valeur infra-constitutionnelle. Ceci n'est toutefois pas tout à fait exact non plus, dans la mesure où le juge constitutionnel a constamment réaffirmé que la Constitution est un ensemble cohérent de principes homogènes et non contradictoires et que son interprétation de l'article 2 se fait à la lumière des autres dispositions constitutionnelles.

Par ailleurs, la Haute Cour constitutionnelle a octroyé une très grande liberté au législateur pour adapter les règles relatives de la *sharî'a* à l' "évolution de la société". Elle lui reconnaît le droit de procéder à sa propre interprétation, en se référant à l'une ou l'autre école juridique, sans avoir nécessairement à suivre l'opinion antérieure d'un jurisconsulte quel qu'il soit. Les seules conditions qui s'imposent à lui sont d'édicter des règles conformes aux conditions sociales actuelles, en se fondant sur les principes généraux de la loi islamique et sans en violer un principe absolu. C'est donc à la Cour que revient, en dernier lieu, de distinguer principes absolus et relatifs et de vérifier que le législateur n'a violé aucun principe absolu de la loi islamique — principes absolus dont elle sera amenée à déterminer elle-même le contenu également. Or, jusqu'à présent, elle a toujours estimé qu'on se trouvait face à des principes relatifs qui autorisaient l'interprétation du législateur.

Il est vrai qu'à l'occasion de nombreux arrêts, la Haute Cour a reconnu l'existence de principes absolus, mais c'était toujours à travers des *obiter dicta* qui n'avaient pas d'influence sur la solution de la question de constitutionnalité. Elle a ainsi affirmé que sont des principes absolus dans leur signification et leur origine : le fait que l'obligation d'entretien des enfants mineurs pèse sur le père seul, le droit du mari musulman à avoir quatre épouses, l'obligation pour la femme de se vêtir de façon pudique et le droit du détenteur de l'autorité à intervenir pour leur imposer des règles en ce domaine, l'obligation d'obéissance de la femme à son mari, ou encore l'interdiction de l'usure.

Il en résulte donc qu'en cas de contradiction entre un principe absolu et un droit fondamental garanti par la Constitution, le principe absolu devrait l'emporter. Mais les seuls principes de la *sharî'a* que la Haute Cour a invoqués jusqu'à présent sont des principes relatifs, lesquels, à la différence des principes absolus, sont de rang inférieur à la Constitution puisqu'ils doivent être interprétés à la lumière des autres dispositions constitutionnelles, sans les contredire.

Droit positif et sharî'a dans une relation systémique

Suivons Kilian Bälz (1997) dans la présentation qu'il fait de cette perspective. Face à ce type de production jurisprudentielle, différents auteurs ont proposé une approche pluraliste organisée autour de l'idée de coexistence de différents ordres juridiques. Il serait ainsi possible d'affirmer que *sharî'a* et droit positif constituent deux ordres juridiques séparés. Dans le cas égyptien, l'ordre juridique islamique serait toutefois incorporé, *via* l'article 2, dans l'ordre de la législation positive, limitant ainsi le pouvoir discrétionnaire du pouvoir législatif : la législation positive doit, en substance, se conformer aux " principes de la *sharî'a* islamique ". Cependant, les règles du droit islamique ne seraient pas valides tant qu'elles n'auraient pas été incorporées à l'ordre du droit positif par leur promulgation formelle en forme de lois. C'est ce que Marie-Françoise Rigaux appelle " hétéronomie par corporation " (Rigaux, 1985, p. 205). Le droit islamique impose dans ce cas une limitation externe à l'ordre du droit séculier. La relation du droit islamique et de la législation positive est donc caractérisée par l'interpénétration de deux ordres juridiques (Rigaux, telle que citée par Dupret, 1995).

Le modèle systémique de Teubner s'oriente dans la même direction, en ce qu'il reconnaît la " solution pluraliste " du problème. Il conçoit cependant différemment la relation intersystème des ordres juridiques coexistants dans la mesure où il prétend à l'autonomie

radicale de la *shari'a* et du droit positif en tant qu'ordres juridiques. Cette lecture procède des fondements de la théorie des systèmes qui définit le droit comme un système "opérationnellement fermé" parmi d'autres. Le droit constitue ici un sujet épistémique distinct qui construit sa propre réalité sociale (Teubner, 1989 ; Luhmann, 1993). Cette approche constructiviste a également des implications pour la compréhension du pluralisme juridique. Si plusieurs ordres juridiques coexistent dans un même champ social, ils dépendent de l'"introduction" de règles juridiques appartenant à d'autres ordres normatifs. Ces "règles juridiques incorporées" sont toujours engendrées par un processus interne de reconstruction (Teubner, 1992, pp. 1452-1456). On met alors l'accent, non plus sur la formulation de l'article 2 de la Constitution, mais sur le processus par lequel cette disposition constitutionnelle est mise en pratique. Dans cette perspective, on peut affirmer que le droit islamique n'exerce pas d'"influence directe" sur l'ordre juridique séculier par l'établissement d'un ensemble de "normes supra-législatives", pas plus qu'il n'impose de limitation externe à la législation positive. L'ordre juridique séculier maintient au contraire son autonomie par la construction d'une lecture "séculière" du droit islamique (Bälz, 1996, pp. 45-53).

Un des problèmes majeurs de la théorie de l'autopoièse vient du peu de cas qu'elle fait de la relation normes/acteurs, ceci valant aussi bien pour les destinataires de la règle de droit que pour ses formulateurs, interprètes et experts. Or, les individus, dans leur rapport au droit, élaborent des systèmes d'action qui renvoient à des processus de discrimination, des jugements (dans un sens non limité à l'énoncé produit dans l'enceinte judiciaire), c'est-à-dire «aux diverses façons selon lesquelles les acteurs ordinaires saisissent les actions des autres à partir de repères (fussent-ils locaux) qui servent de référence à l'ajustement des conduites» (Thévenot, 1992, pp. 1282-1283). Il faut admettre qu'il en va pour la norme de droit comme de toute action normative (opinion, attitude, conduite), en ce que son admissibilité comme son inadmissibilité sont le fruit d'une construction, elle-même produit d'un accord d'intersubjectivité, fondée sur la «fiction institutive» de sa propre transcendance et de son extériorité aux conflits qu'il est censé résoudre, ce qui pose le principe de son autonomie relative (Ferrié, Boëtsch et Ouafik, 1994). Ce sont donc les repères (basés sur un accord d'intersubjectivité) qui fondent la norme, et plus particulièrement la norme juridique.

Il ne faudrait toutefois pas s'aventurer à rejeter en bloc la théorie de l'autopoièse. Le système normatif (et juridique en particulier) fonctionne bien en «autopoièse», avec un certain degré d'autonomie non exclusif de l'influence de facteurs externes mais non complètement déterminé par eux. La question n'est pas de demander au droit d'incorporer le savoir social dans ses constructions du monde, mais de demander à l'analyste du droit en tant que phénomène social de bien prendre la mesure de l'impact du champ social — et des constructions du monde qu'il suppose — sur le champ du droit — et les constructions du monde qu'il développe. Si le principe de l'autopoièse du droit semble donc pouvoir être admis, c'est sous une forme relative. Il faut, à cet égard, distinguer entre l'autopoièse du mode cognitif juridique d'appréhension du réel (dimension close du système juridique) et le fait que le droit est inscrit par ses acteurs dans le champ social (dimension ouverte du système juridique).

Si donc l'on s'interroge sur la nature des rapports qu'entretiennent ordre juridique positif et ordre juridique religieux en Egypte, on constate que les règles islamiques sont en quelque sorte "substantialisées" dans l'ordre juridique séculier. Mais cette compénétration s'opère, non par une subordination de la législation positive et "séculière" aux "principes de la *shari'a*", mais bien davantage par une "nationalisation" du droit islamique qui se trouve soumis au contrôle de l'Etat-nation (Bälz, 1998).

L'étude détaillée de l'ensemble de la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle relative à l'article 2 ne fait que renforcer cette analyse. Certes, le juge constitutionnel a bien reconnu la valeur symbolique de la *shari'a* islamique dans l'ordre juridique égyptien, mais il n'a guère été plus loin que cette simple reconnaissance. Le droit positif s'est au contraire

réapproprié ce corpus normatif religieux pour mieux le façonner et l'incorporer dans son propre système normatif. La référence de la Cour au système juridique islamique en général et son emprunt simultané et indifférencié aux quatre écoles du fiqh sunnite, mais aussi à d'autres écoles sunnites plus ou moins "oubliées", n'est pas sans rappeler la technique du *talfîq*, procédé faisant appel aux opinions de juristes sunnites de plusieurs écoles qui permet de choisir la mieux adaptée à une situation donnée, utilisée par certains législateurs lors de codifications du droit musulman.

Si la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a reconnu la valeur juridique des principes de la *sharî'a* islamique et la nécessité pour le législateur de respecter ceux "dont l'origine et la signification sont absolues", c'est donc paradoxalement pour mieux en limiter les effets. Elle se déclare liée par les normes issues de la *sharî'a* islamique, mais se réserve le droit d'en déterminer le contenu. Non seulement le répertoire normatif islamique est incorporé au répertoire positif, mais en plus il est interprété de façon à le légitimer sans le contredire.

Acteurs du droit et répertoires juridiques

L'approche par les répertoires que la section précédente a introduite suppose de réintégrer les "acteurs sociaux" dans l'analyse du droit. C'est ce que propose une approche plus directement anthropologique.

Si l'on examine l'article 2 de la Constitution et son interprétation, on peut identifier, dans une perspective propre à des auteurs comme Sally F. Moore et J. Griffiths, l'existence d'une multiplicité de champs sociaux partiellement autonomes et de représentations contrastées d'une règle unique dans son énoncé formel. Rien qu'à relever les différents acteurs ayant été amenés à s'engager dans un conflit portant sur l'interprétation de cette règle, la multiplicité s'impose : l'Université d'al-Azhar et le Ministère des *waqf* dans les questions d'intérêts moratoires, différents particuliers dans les matières relevant du statut personnel, l'administration du contentieux de l'Etat dans sa défense des intérêts de ce dernier chaque fois qu'il était mis en cause, le juge du fond qui pose la question de constitutionnalité ou à qui il est demandé l'autorisation de procéder à pareille requête, les avocats au contentieux d'instance et au contentieux constitutionnel, etc. A quoi il faut ajouter la Haute Cour constitutionnelle elle-même et les membres qui la composent (juges et magistrats instructeurs).

De manière générale, le législateur, le juge, le justiciable et son avocat doivent exercer leur activité ou situer leur action dans l'ordre du raisonnable, de l'acceptable et du praticable. Dans les trois cas, il y a lieu pour eux d'agir dans un cadre qui puisse faire sens aussi bien pour l'instigateur de l'action que pour son destinataire. Ce principe suppose dès lors que l'on procède à une analyse des acteurs participant au contentieux constitutionnel, et ceci implique de poser dans un premier temps les jalons d'une anthropologie du processus de résolution des conflits.

Chaque conflit est l'occasion d'une balance opérée entre les normes supposées s'imposer aux différents acteurs et les résultats qu'effectivement leur comportement a pu produire. Les différents acteurs sont confrontés à des contraintes et des choix. Dans le cas du contentieux de l'article 2, il faut avoir à l'esprit cette situation intermédiaire des juges égyptiens, à l'intersection de la logique de professionnels du droit et du sens commun concernant la *sharî'a*. Leur attitude peut sans doute s'analyser en termes de stratégie visant à la réduction de la tension opposant morale et justice. Le magistrat, dans sa position «intersectrice», se meut ainsi dans un espace où se cotoient et sa connaissance du système de droit et sa conception courante de la vie. Il se trouve tout particulièrement au lieu de l'articulation «entre le social et l'individuel, entre la norme publique et l'intérêt personnel, les vocabulaires collectifs et les idiosyncrasies privées» (Ferrié, Boëtsch et Ouafik, 1994). Force est de constater que ces agents sont des acteurs sociaux et que, dans des matières comme la *sharî'a* mêlant aussi inextricablement sens commun et savoir technique, leur droit est indubitablement pétri de

sens de la justice. Ceci ne peut que conditionner l'entièreté de leur travail de production, d'interprétation et d'exécution.

La recherche ne peut toutefois pas s'arrêter à l'identification des mécanismes d'interpénétration de différents ordres normatifs s'imposant au législateur et au juge constitutionnel. Pour des raisons de sociologie et d'anthropologie du droit, d'abord. La question de la contrainte sociale ne saurait se contenter d'être analysée au travers d'un seul et unique espace de production du droit, comme l'Etat par exemple. Il est une multitude de champs sociaux partiellement autonomes auxquels correspondent autant de versions de réception du référent normatif religieux. Ces champs se situent d'ailleurs aussi bien en dehors de l'Etat qu'à l'intérieur même de son appareil, ce dernier terme soulignant qu'il ne constitue qu'un agrégat de plusieurs champs. Par ailleurs, la nature de la *shari'a* tend, aujourd'hui, à la mettre, plus explicitement que toute autre chose, à l'intersection du sens commun et d'un savoir technique. De plus — et sans préjuger du contenu effectif du corpus qu'elle constitue —, la *shari'a*, en tant qu'elle associe une appréhension du monde et un ordre de valeurs et en tant qu'on se la représente comme telle, a tendance à être particulièrement exploitable en termes idéologiques. Si la nature de la norme est de participer étroitement à la construction idéologique, la nature de la *shari'a* est de lui être consubstantielle. Chacun (ou presque) des protagonistes de la scène politique tend en effet à en projeter la représentation qu'il s'en fait et l'utilisation qu'il prétend en faire sur la scène publique, laquelle est censée n'y voir que l'expression d'une évidence. Matériellement, bien entendu, les choses sont loin d'être acquises, tout acteur entretenant avec la norme un rapport étroitement stratégique. Il reste toutefois qu'il est difficile, actuellement, de se positionner hors de l'espace qui est ainsi défini. Il ne s'agit certes que d'un cadre, mais c'est le cadre d'un tamis au crible duquel tout discours doit nécessairement passer.

Bibliographie

- Al-mahkama al-dustûriyya al-`ulyâ (La Haute Cour constitutionnelle), Rec., volumes 1 à 7.
- Bälz K. 1997, «Submitting Faith to Judicial Scrutiny Through the Family Trial : The "Abû Zayd Case"», *Die Welt des Islams*, vol. 37, pp. 135-155
- Bälz K., 1996 "Shari'a and Qanun in Egyptian Law: a Systems Theory Approach to Legal Pluralism", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, pp. 37-53.
- Bälz K., 1998, "La construction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la "bataille du voile" dans les écoles publiques", *Droit et Société*, 39, pp. 277-291.
- Blachère R., 1980, *Le Coran* (traduction), Paris, Maisonneuve & Larose.
- Botiveau B., 1993, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Karthala-IREMAM.
- Brown N., 1997, "Islamic Constitutionalism in Theory and Practice", paper presented at the Cairo Conference on Democracy and the Rule of Law, Le Caire, 7-9 décembre 1997.
- Brown N., 1997, *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press.
- Dupret B., 1995, "La shari'a comme référent législatif : du droit positif à l'anthropologie du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34, pp. 99-153.
- Dupret B., 1995, "Entre le droit et la loi. Le juge et le jeu de la normalisation islamique du droit positif", *Droits et Cultures*, 30, pp. 47-64.
- Dupret B., 1997, "A propos de la constitutionnalité de la shari'a : présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne", *Islamic Law and Society*, 4, 1, pp. 91-113.
- Dupret B., 1998, "La recherche judiciaire d'une moralité conforme : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le voile", in *Urbanité arabe. Hommage à Bernard Lepetit*, Arles, Sindbad, Actes Sud, pp. 353-381.
- Ferrié J.N., Boëtsch G. et Ouafik A., 1994, «"Vécu juridique", norme et sens de la justice : à propos de l'avortement au Maroc», *Droit et société*, 28, pp. 677-690

Gabr H.A.L., 1996, "The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court", in Kevin Boyle et Adel Omar Sherif, *Human Rights and Democracy - The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, CIMEL Book Series, n° 3, pp. 217-227.

Ghurâb M. 'A. H. 1986, *Jugements islamiques contredisant les lois positives* (en arabe). Le Caire: Dâr al-i'tisâm

Grewe C. et Rumpf C., 1991, "La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au foulard islamique", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 3, n° 4, pp. 113-124 et 143-151.

Griffiths J., 1986, «What is Legal Pluralism ?», *Journal of Legal Pluralism*, 24, pp. 1-55

Issa H., 1997, "L'Etat de droit en Egypte, Mythe idéologique et réalités politiques, in A. Mahiou (ed.), *L'Etat de droit dans le monde arabe*, CNRS Editions, p. 345-353.

Jacquemond R., 1988, "La Haute cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. IV, 271-295 et 549-579 (repris et actualisé dans "Dix ans de justice constitutionnelle en Egypte (1979-1990), Politiques législatives: Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, Le Caire, Dossiers du CEDEJ, pp. 79-96).

Johansen B., 1997, "Supra-Legislative Norms and Constitutional Courts: the Case of France and Egypt", in Eugene Cotran et Adel Omar Sherif (eds), *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, CIMEL Book Series, n° 5, pp. 347-376.

Kelsen H. 1960, *Reine Rechtslehre*, trad. C. Einsenman *Théorie pure du droit*, 2e. éd., Dalloz, 1962

Khalil M., 1996, *al-qânûn al-dûstûrî wa al-dasâtîr al-misriyya* (droit constitutionnel et constitutions égyptiennes), *al-maktaba al-qânuniyya*, Dâr al-jamâ'a al-jadîda li-l-nashr, Alexandrie.

Luhmann N., 1993,, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp

Mallat C., 1995, "Constitutional law in the Middle East: The Emergence of Judicial Power", in E. Cotran and C. Mallat (eds), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 1, 1994, Kluwer Law International, pp. 86-100.

Moore S. F., 1978, *Law as Process : An Anthropological Approach*, London, Henley and Boston, Routledge & Kegan Paul

Murray J. et El-Molla M., 1997, "Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt", communication présentée à la Conférence sur Democracy and the Rule of Law, Le Caire, 15 p.

Mutawallî H., 1975, *Al-Sharî'a al-Islâmiyya ka-masdar asâsî lil-dustûr* (La shari`a islamique comme source principale de la législation), Alexandrie, al-Ma`ârif.

Rigaux M.F. 1985, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier

Sâlîman 'A.M., 1995, *Riqâba dustûriyyat al-qawânîn* (Le contrôle de constitutionnalité des lois), Dâr al-Fikr al-`arabî, Le Caire

Sharîf, 'A.'U. (Sherif A.O.), 1988, *al-qadâ' al-dustûrî fi Misr* (La justice constitutionnelle en Egypte), Dâr al-Sha`b, Le Caire.

Teubner G., 1989, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp

Teubner G., 1992, "The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, vol. 13, pp. 1443-1462

Thévenot L., 1992, «Jugements ordinaires et jugement de droit», *Annales ESC*, 6, pp. 1279-1299

Vogel F.E., 1997, "Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality under article 2: Some issues of Theory, Practice, and Comparison", communication présentée à la Conférence sur Democracy and the Rule of Law, Le Caire, 17 p.