



HAL
open science

L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique

Léon Buskens, Baudouin Dupret

► To cite this version:

Léon Buskens, Baudouin Dupret. L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique. L'Orient créé par l'Orient, Karthala, pp.71-92, 2012. halshs-00743741

HAL Id: halshs-00743741

<https://shs.hal.science/halshs-00743741>

Submitted on 23 Oct 2012

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

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

L'INVENTION DU DROIT MUSULMAN

Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique

A la mémoire d'Albert Dekker (1952- 2011), fin connaisseur du droit colonial néerlandais et ami cher

Léon Buskens¹ & Baudouin Dupret

1. Introduction

C'est un truisme de dire que la notion de « droit musulman » est une catégorie sociale. Il est sans doute plus étonnant et irritant d'ajouter qu'il s'agit d'une construction scientifique ayant servi à comprendre le phénomène de la normativité dans les sociétés musulmanes. Ce phénomène existait bel et bien avant que la science orientaliste ne s'y intéresse, mais pas la catégorie. Pourtant, de nos jours, cette notion est devenue si naturelle et politisée, aussi bien pour les musulmans que pour les non-musulmans, que certains parmi les premiers prennent comme une provocation le fait d'en mettre en question la genèse.

Dans ce texte nous proposons néanmoins de considérer le développement et la propagation de cette nouvelle façon, tout d'abord occidentale, d'appeler pour la comprendre la normativité islamique. Nous abordons aussi brièvement la manière dont cette notion a été intégrée et diffusée dans les sociétés musulmanes actuelles. L'enseignement et les recherches ont largement contribué à la diffusion de cette vision positiviste de la normativité islamique, de même, bien sûr et surtout, que la pratique législative et judiciaire des Etats post-coloniaux.

Le but principal de cet essai est donc de suivre la production et la reproduction de la notion de « droit musulman ». Le premier auteur s'est surtout voué à en comprendre la genèse historique dans le monde orientaliste, tandis que le second s'est concentré sur la reproduction de cette idée dans des sociétés musulmanes d'aujourd'hui. Pour des raisons de commodité, nous empruntons nos exemples à des savants français et néerlandais liés aux expériences colonialistes au Maghreb et en Asie du Sud-Est, laissant de côté d'autres traditions importantes (anglaise, espagnole, russe, allemande, etc.) Nous tentons néanmoins d'amorcer une approche comparative. De même, parce que d'un point de vue historique, les notions de droit musulman et de droit coutumier sont souvent liées, il nous arrivera d'en traiter simultanément.

2. Débuts et débats : des leçons de Delft et de Leiden

Les études sur le droit musulman ont vraiment commencé en Occident au tournant des 18^{ème} et 19^{ème} siècles. Dès le début, il y avait un lien net entre savoir et pouvoir. La demande de connaissance du droit local trouve un nouvel élan avec l'expansion européenne. A la fin du 18^{ème} siècle, les pouvoirs européens, ne se contentant plus du commerce avec des comptoirs implantés en terre étrangère, ont commencé à coloniser l'outre-mer, ce qui impliquait de gouverner les peuples colonisés. Pour asseoir leur pouvoir et maintenir l'ordre social, les gouvernements européens avaient besoin d'en savoir plus sur le droit local, quitte à rapporter à des catégories occidentales des questions qui, a priori, n'étaient pas formulées dans ces termes.

¹ Léon Buskens remercie vivement Michèle Boin pour l'aimable révision de son français septentrional, le regretté Mostapha Naji qui lui a fourni tant de documents précieux sur les études françaises du droit musulman au Maghreb, Jean Kommers pour des échanges amicaux sur l'histoire de l'ethnographie et du colonialisme depuis plus de 25 ans, et François Pouillon pour son intérêt pour le sujet et ses encouragements.

Des linguistes et des juristes anglais furent parmi les premiers à s'entretenir avec des savants locaux sur les normes des hindous et des musulmans². Quelques décennies plus tard, des arabisants et des militaires français procédaient à des enquêtes en Algérie sur les lois indigènes en vigueur³. A la même époque, des érudits néerlandais s'efforçaient de comprendre quelles étaient les normes qui régissaient la vie des indigènes en Indonésie⁴. Ces enquêtes, d'ordre pratique, d'investigation des faits perçus comme étant de nature juridique étaient liées au grand projet de l'orientalisme naissant : collectionner, décrire et comprendre les civilisations lointaines. Cela se fit en parallèle de l'émergence des études philologiques, historiques et ethnologiques en tant que disciplines académiques sérieuses. Ainsi les études des chercheurs issus des pays colonisateurs faisaient-elles partie d'un plus large projet de « découverte » de l'islam et du droit musulman⁵.

Pour répondre à ces questions sur le droit local (souvent désigné sous le nom d'« indigène »), des chercheurs métropolitains et locaux – ces derniers étant souvent engagés

² Voir sur les études anglaises les travaux de: Bernard Cohn, *Colonialism and Its Forms of Knowledge. The British in India*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996; Iza Hussin, <The Pursuit of the Perak Regalia: Islam, Law, and the Politics of Authority in the Colonial State>, *Law & Social Inquiry*, vol. 32, no. 3, 2007, 759-788; Scott Alan Kugle, <Framed, Blamed and Renamed: The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia>, *Modern Asian Studies*, 35, no. 2, 2001, p. 257-313; Elisa Guinchi, <The Reinvention of *Shari`a* under the British Raj: In Search of Authenticity and Certainty>, *Journal of Asian Studies*, vol. 69, no. 4, 2010, p. 1119-1142; Shamil Jeppie, Ebrahim Moosa, et Richard Roberts (eds), *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa. Colonial Legacies and Post-Colonial Challenges*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2010; A.K.J.M. Strijbosch, *Juristen en de studie van volksrecht in Nederlands-Indië en Anglofoon Afrika*, Nijmegen, Instituut voor Volksrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Nijmegen, 1980.

³ Jean-Robert Henry et François Baliq, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1979 en offrent un aperçu; Jean-Claude Vatin, <Exotisme et rationalité: A l'origine de l'enseignement du droit en Algérie (1879-1909)>, in Jean-Claude Vatin (dir), *Connaissances du Maghreb. Sciences sociales et colonisation*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, p. 161-183.

⁴ B.J. Boland et I. Farjon, *Islam in Indonesia. A Bibliographical Survey 1600-1942, with Post-1945 Addenda*, Dordrecht, Foris, 1983; Albert A. Trouwborst, <Anthropology, the Study of Islam, and Adat Law in The Netherlands and the Netherlands East Indies, 1920-1950>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 673-694; Léon Buskens et Jean Kommers, <The Delayed Reception of Colonial Studies about Adat Law and Islamic Law in Dutch Anthropology>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 733-755; Léon Buskens, <Twee negentiende eeuwse ontdekkers van het Islamitisch recht te Delft. Een begin van het debat over theorie en praktijk>, in Paulien van der Grinten et Ton Heukels (eds), *Crossing Borders. Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 153-171; A.K.J.M. Strijbosch, *Juristen en de studie van volksrecht in Nederlands-Indië en Anglofoon Afrika*, op. cit.; Cornelis van Vollenhoven, *De ontdekking van het adatrecht*, Leiden, E.J. Brill, 1928; Peter Burns, *The Leiden Legacy. Concepts of Law in Indonesia*, Leiden, KITLV Press, 2004.

⁵ La littérature sur l'histoire de l'orientalisme et les études occidentales est abondante. Le texte classique est Johann Fück, *Die arabischen Studien in Europa bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts*, Leipzig, Otto Harrassowitz, 1955. Un aperçu récent, conçu comme une réfutation d' Edward Said, *Orientalism*, est dû à Robert Irwin, *For Lust of Knowing. The Orientalists and Their Enemies*, London, Allen Lane, 2006. L'ouvrage de base sur l'orientalisme francophone est: François Pouillon (dir.), *Dictionnaire des orientalistes de langue française*, Paris, Karthala, 2008. Spécifiquement sur le droit musulman voir: Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989. Amalia Zomeño offre un aperçu des études espagnoles sur le droit musulman marocain: <El derecho islámico a través de su imagen colonial durante el Protectorado español en Marruecos>, in Fernando Rodríguez Mediano et Helena de Felipe (eds), *El protectorado español en Marruecos. Gestión colonial e identidades*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002, p. 307-337. Voir les travaux de Michael Kemper sur l'histoire de l'orientalisme russe, surtout à propos des relations entre l'islam et les coutumes locales, par exemple <`Adat against *Shari`a*: Russian Approaches Toward Daghestani 'Customary Law' in the 19th Century>, in *Ab Imperio* 3, 2005, p. 147-174.

dans l'administration coloniale – ont recouru à des approches philologiques, historiques, ethnographiques et juridiques. Dès le début, la question fut débattue de savoir ce qu'était le droit, et ce qu'il devait être. Le savoir n'était pas seulement une question de description et d'analyse, mais aussi de normativité définie par le positivisme juridique occidental. La question sur la relation entre théorie et pratique, centrale dans les études occidentales sur le droit musulman, trouve son origine dans ces débats savants et politiques initiés au 19^{ème} siècle.

Un exemple de l'entrelacement précoce des questions scientifiques et pratiques nous fait remonter aux origines des recherches sur le droit musulman aux Pays-Bas⁶, qui étaient intimement liées à la colonisation de l'Indonésie, surtout de Java et Sumatra. Après le départ des Anglais, en 1814, les administrateurs néerlandais savaient très peu sur l'islam et les normes islamiques. Jusqu'alors, de telles connaissances avaient peu d'importance, parce que les Néerlandais n'étaient guère impliqués dans la gestion des communautés indigènes. Après deux siècles de présence néerlandaise, la politique évolua, à mesure qu'un vrai gouvernement colonial tenu de maintenir l'ordre public et de rendre justice en appliquant les normes locales apparaissait comme nécessaire⁷.

Le gouvernement néerlandais créa à Delft et à Leiden des institutions chargées de former les administrateurs coloniaux⁸. En 1844, l'arabisant Meursinge (1812-1850) publia le premier manuel de droit musulman aux Pays-Bas⁹. C'était une sorte d'édition et adaptation d'un manuscrit, en malais rédigé en caractères arabes, écrit par un savant originaire d'Aceh, que le biologiste Reinwardt avait reçu en cadeau du Rajah de Gorontalo (Sulawesi du Nord) pendant son séjour en Indonésie¹⁰. Le manuscrit fut plus tard déposé à la bibliothèque de l'Université de Leiden (Cod Or. 1633). Ce texte était employé comme manuel pour enseigner aux élèves de l'institut colonial à Delft le droit musulman dans sa réception indonésienne. Evidemment, des connaissances en langue malaise étaient requises pour suivre ce cours. En fait, les études de langue (malais et arabe) et de l'islam étaient étroitement liées dans le cursus de formation des administrateurs coloniaux.

Meursinge mourut assez jeune et eut pour successeur Salomo Keyzer (1823-1868). D'origine juive, celui-ci avait étudié l'hébreu et la Loi israélite avant d'entreprendre à Leiden l'étude du droit, de l'arabe et de l'islam. En 1847, il soutint une thèse sur la loi talmudique. Comme son prédécesseur, il ne fit jamais le voyage des Indes néerlandaises. Avant tout philologue, il réalisa un grand travail de traduction et d'explication des classiques de l'école

⁶ Voir Léon Buskens, <Twee negentiende eeuwse ontdekkers van het Islamitisch recht te Delft. Een begin van het debat over theorie en praktijk>, *op. cit.*, pour des références plus détaillées.

⁷ Voir sur le droit et la jurisprudence coloniale aux Indes néerlandaises: Albert Dekker et Hanneke van Katwijk, *Recht en rechtspraak in Nederlands-Indië*, Leiden, KITLV Uitgeverij, 1993; Jan Michiel Otto et Sebastiaan Pompe, <The Legal Oriental Connection>, in Willem Otterspeer (ed.), *Leiden Oriental Connections 1850-1940*, Leiden, E.J. Brill, 1989, p. 230-249. Pour le cadre général de la politique néerlandaise envers les musulmans en Indonésie, voir: Michael F. Laffan, *Islamic Nationhood and Colonial Indonesia. The Umma Below the Winds*, London, RoutledgeCurzon, 2003; H.W. van den Doel, *Zover de wereld strekt. De geschiedenis van Nederland overzee vanaf 1800*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011.

⁸ Voir H.W. van den Doel, *De stille macht. Het Europese binnenlands bestuur op Java en Madoera, 1808-1942*, Amsterdam, Bert Bakker, 1994; C. Fasseur, *De Indologen. Ambtenaren voor de Oost 1825-1950*, Amsterdam, Bert Bakker, 1994; J.H.M. Kommers, *Besturen in een onbekende wereld. Het Europese binnenlands bestuur in Nederlands-Indië: 1800-1830. Een antropologische studie*, Meppel, Krips Repro, 1979, 2 vol.

⁹ Albert Meursinge, *Handboek van het Mohammedaansche regt, in de Maleische taal; naar oorspronkelijke, Maleische en Arabische, werken van Mohammedaansche regtsgeleerden bewerkt door ...*, Amsterdam: Johannes Müller, 1844.

¹⁰ Sur Reinwardt et ses recherches aux Indes orientales voir: Andreas Weber, <Encountering the Netherlands Indies. Caspar G.C. Reinwardt's Field Trip to the East (1816-1822)>, *Itinerario* vol. 33, no. 1, 2009, p. 45-60.

chaféite, en néerlandais comme en français, la langue savante de l'époque. En 1853, il publia une introduction au droit musulman, la première en néerlandais, principalement destinée à ses élèves à Delft¹¹. Keyzer soulignait l'importance de la connaissance de l'« islam pur », qu'il contrastait avec les « aberrations » des pratiques de la vie quotidienne en Indonésie, de même que celle de l'étude de l'arabe pour les futurs administrateurs coloniaux. A son avis, le droit des musulmans indonésiens se trouvait dans les textes normatifs des savants musulmans, le *fiqh*, dont il assurait l'enseignement des textes dans leur ordre classique de présentation. Il préconisait l'œuvre des chercheurs français sur l'école malékite en Algérie comme modèle pour la politique coloniale néerlandaise.

Des administrateurs coloniaux résidant en Indonésie, comme W.R. van Hoëvell¹², s'engagèrent dans des polémiques avec Keyzer. Pour eux, le droit réel se trouvait plutôt dans les pratiques des indigènes, dans leurs coutumes locales, qui étaient fort différentes des normes stipulées par les savants musulmans dans leurs textes et variaient d'un endroit à l'autre. De leur point de vue, l'enseignement destiné aux futurs administrateurs coloniaux devait plutôt se concentrer sur les coutumes, les interprétations locales et les langues indigènes, au lieu du droit musulman pur et universel et de l'arabe classique.

Ces vives polémiques, publiées dans des revues coloniales et des brochures, se prolongèrent durant des décennies. L'arabisant et islamologue Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936) y contribua par sa grande controverse avec L.W.C. van den Berg, un successeur de Keyzer à Delft, dans les années 1880. A son retour à Leiden, en 1906, Snouck Hurgronje imposa, en étroite collaboration avec le juriste Cornelis van Vollenhoven, la doctrine de l'*adatrecht*, le droit coutumier indonésien, comme vulgate académique aussi bien qu'administrative¹³. Dans cette doctrine, ces deux savants soulignaient l'écart considérable entre le droit musulman des textes et les coutumes locales, et considéraient que l'étude des textes islamiques normatifs devait toujours être complétée par des travaux de terrain sur les pratiques indigènes. Des chercheurs, guidés par une liste détaillée des questions réunies dans l'*Adatrechtwijzer* (Guide de droit coutumier indonésien), publié en avril 1910¹⁴, compilaient les coutumes locales et en produisaient des descriptions savantes à l'usage des juges et administrateurs coloniaux comme des universitaires. Leurs recherches, réunies dans des *Adatrechtbundels* (Recueils de droit coutumier) transformèrent ainsi les coutumes (*adat*) en « droit coutumier » (*adatrecht*).

Cette doctrine devint le canon des communautés musulmanes d'Indonésie avec le manuel de Th.W. Juynboll sur le droit musulman, dans lequel l'auteur juxtaposait systématiquement

¹¹ Salomo Keyzer, *Handboek voor het Mohammedaansche regt*, 's Gravenhage, Gebroeders Belinfante, 1853.

¹² W.R. van Hoëvell, W.R., <Varia; brief aan den heer S. Keijzer>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië*, vol. 15, no. 1, 1853, p. 452-454; W.R. van Hoëvell, <Varia; antwoord aan S. Keijzer>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië*, vol. 24, no. 1, 1862, p. 260-261 (cf. *ibidem*, p. 195-197); Salomo Keyzer, <Varia; brief aan de redacteur W.R. van Hoëvell>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië* vol. 24, no. 1, 1862, p. 258-260 (cf. *ibidem*, p. 54-57 et p. 195-197).

¹³ Voir Christiaan Snouck Hurgronje, *Verspreide geschriften*, Bonn et Leipzig, Kurt Schroeder, Leiden, E.J.Brill, 1923-1927, 6 vol., surtout vol. IV; et *Œuvres choisies de C. Snouck Hurgronje présentées en français et en anglais par G.-H. Bousquet et J. Schacht*, Leiden, E.J. Brill; Jan Prins, *Adat en Islamietische plichtenleer in Indonesië*, 's-Gravenhage : W. van Hoeve, 1948 (troisième édition 1954). Sur la doctrine d'*Adatrecht* voir Peter Burns, *The Leiden Legacy. Concepts of Law in Indonesia* op. cit.; H.W.J. Sonius, <Introduction>, in J.F. Holleman, J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. xxix-lxvii.

¹⁴ Publié séparément en 1910, et ensuite dans le premier *Adatrechtbundel* (1910). Traduction anglaise, < Adat Guide>, in J.F. Holleman, J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. 262-265.

les normes classiques de l'école chaféite, empruntées à l'ouvrage d'al-Bajuri, et les différentes coutumes locales (1903)¹⁵. Ce manuel remplaça les introductions de Keyzer (1853) et Van den Berg (1874, 1878, 1883), dans lesquelles les auteurs mettaient l'accent sur les doctrines orthodoxes des savants musulmans. Pendant un demi-siècle, tous les administrateurs coloniaux durent apprendre par cœur la vulgate coloniale de Juynboll. Jusqu'à il y a quelques décennies, ce manuel resta le texte fondamental en néerlandais pour l'enseignement de l'islam et du droit musulman.

3. Le positivisme des catégories nouvelles

L'objet des recherches sur les normes indigènes des musulmans était assez large. La raison en était que les chercheurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir quelles normes étaient réellement en vigueur. Pour certains, comme Keyzer, les vraies normes se trouvaient dans l'islam pur, entendu comme les ouvrages de *fiqh*. Pour d'autres, le maintien de l'ordre se faisait plutôt dans la pratique, que les chercheurs étudiaient en tant que droit coutumier. Mais la plupart des chercheurs, mêmes les puristes, s'occupait de toute la gamme de la normativité, des textes savants à la pratique. Du point de vue des disciplines, il n'y avait pas encore de séparation claire. Les études de langue, de droit, d'ethnologie et d'histoire étaient combinées. La division nette du travail était plutôt entre les hommes de la pratique, qui faisaient du terrain et fournissaient la matière première aux savants, et ces derniers qui, dans leur cabinet de travail, la distillaient en vrai savoir.

La perspective juridique dominait néanmoins. La conception des normes indigènes suivait les évolutions de la pensée juridique de l'Europe continentale, marquée par la législation nationale et la codification napoléonienne. Il appartenait aux chercheurs de décider si une norme méritait d'être élevée au niveau du droit ou non. Les études, de terrain ou en chambre, constituaient un premier stade de transformation des normes en droit. Ces avis doctes, quand ils étaient entérinés au niveau politique, devenaient le nouveau droit des administrateurs coloniaux et parfois même des « indigènes » concernés.

Les raisons de ce positivisme juridique, qui menait à un ethnocentrisme conceptuel flagrant, sont multiples. Beaucoup d'administrateurs coloniaux avaient reçu une formation juridique. De même, un nombre considérable de savants, comme Keyzer, Van den Berg, Th.W. Juynboll, et C. van Vollenhoven, avait combiné étude des langues orientales et droit. Plusieurs ethnologues des premiers temps, comme Maine, McLennan et Bachofen, étaient à l'origine des juristes. Aux Pays-Bas, cette p juridique se retrouve dans l'œuvre de G.A. Wilken, né en Indonésie et formé aux Pays-Bas comme administrateur colonial, qui devint un des fondateurs de l'ethnologie indonésienne¹⁶.

Le discours juridique était, au 19^{ème} siècle, prépondérant dans l'analyse des sociétés de métropole. Cette vision normative des processus sociaux était étroitement liée au processus

¹⁵ Th.W. Juynboll, *Handleiding tot de kennis van de Mohammedaansche wet, volgens de leer der Sjafi`itische school*, Leiden, E.J. Brill, 1930, quatrième édition, (orig. 1903). Apparemment le manuel était considéré d'être si important qu'il fut réimprimé aux Etats-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale (New York, Querido, 1943). Voir sur la vulgate coloniale aussi: Jan Prins, *Adat en Islamietische plichtenleer in Indonesië*, *op. cit.*

¹⁶ Voir: Reimar Schefold, <Indonesian Studies and Cultural Anthropology in Leiden: From Encyclopedism to Field of Anthropological Study>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 1, p. 69-93; Jean Kommers, <Ethnography in the Netherlands East Indies 1850-1900. Social Change and Representations of Indonesian Cultures>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 757-789.

même de formation des États nationaux, qui dominait l'histoire européenne de l'époque. En ce sens, positivisme juridique européen et *fiqh* musulman se ressemblent : il s'agit d'approches normatives cherchant à comprendre la société et à la gouverner ; ils visent à être des modèles de la société et pour la société. On a pu parler, en la matière, d'homologie structurelle¹⁷. La vision européenne du droit qui servait à comprendre la normativité des sociétés musulmanes menait toutefois à une sorte d'aveuglement occultant les différences normatives au profit de l'imposition d'une vision européenne. Ce positivisme juridique aboutit à l'introduction de nouvelles catégories analytiques, telles que « statut personnel », « droit pénal », « droit public » et « droit privé », inconnues jusqu'alors des savants islamiques.

Plusieurs savants exprimèrent cependant leurs réserves à l'égard de cette approche juridique de la normativité islamique. Christiaan Snouck Hurgronje, qui n'avait pas eu une formation de juriste, critiquait sévèrement cette conception ethnocentrique¹⁸. Avec lui, la division du travail entre recherche de terrain et recherche en chambre, et entre textes et pratiques, s'estompa. Connaisseur des textes normatifs en arabe, grâce à sa formation de théologien et philologue, il n'en pratiquait pas moins plusieurs langues vivantes, comme l'arabe, le malais, le soundanais et l'acehnais. Son séjour sur le terrain au Hijaz et en Indonésie lui permit de recueillir des données ethnographiques très riches. Converti à l'islam à Jedda, en 1884, il prit une esclave abyssine (*jama`a*) comme concubine à la Mecque et ainsi obtint des renseignements intimes sur la vie des femmes. Plus tard, à Java, il épousa successivement deux femmes de l'élite soundanaise et renforça ainsi ses liens avec l'élite locale. Payé par le gouvernement colonial néerlandais pour collecter des renseignements utiles, il combinait recherches savantes et action politique, comme en Indonésie où il était conseiller pour les affaires islamiques. Grâce à ses analyses de la société d'Aceh et à ses conseils, l'armée coloniale réussit finalement à « pacifier », dans le sang, cette région « rebelle ».

A son retour aux Pays-Bas, en 1906, Snouck Hurgronje commença une nouvelle vie de famille et de professeur, à l'Université de Leiden. Il resta néanmoins très engagé dans les questions coloniales, avec son ami et voisin Cornelis van Vollenhoven. Non seulement développèrent-ils la doctrine de l'*adatrecht*, mais aussi l'idéal d'une « politique éthique » envers l'Indonésie, qui impliquait pour eux un engagement très actif dans l'éducation d'une élite indonésienne. Ils avaient plusieurs doctorants indonésiens dans les domaines des études arabes, islamiques et juridiques. D'un point de vue scientifique, Snouck Hurgronje doit être considéré comme le fondateur d'une anthropologie du droit musulman, qui combine l'étude des textes avec les recherches sur le terrain.

Dans ses travaux, Snouck Hurgronje souligne le caractère original de la normativité islamique. Celle-ci, principalement représentée par le *fiqh*, qu'il traduisait par le terme de *plichtenleer* (doctrine des obligations), est une déontologie plutôt qu'un système juridique, assez semblable en ce sens à la Loi israélite¹⁹. Préconisant l'emploi de termes arabes au lieu

¹⁷ Baudouin Dupret, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Paris, Maison des sciences de l'homme, coll. Droit et Société, 2000.

¹⁸ Sur la vie de Snouck Hurgronje et ses études du droit musulman voir: Jan Brugman, <Snouck Hurgronje's Study of Islamic Law>, in Willem Otterspeer (dir.), *Leiden Oriental Connections 1850-1940*, Leiden, E.J. Brill, 1989, p. 82-93; Michael F. Laffan, *Islamic Nationhood and Colonial Indonesia. The Umma Below the Winds*, op. cit.; Jan Just Witkam, <Inleiding>, in Christiaan Snouck Hurgronje, *Mekka in de tweede helft van de negentiende eeuw. Schetsen uit het dagelijks leven. Vertaald en ingeleid door Jan Just Witkam*, Amsterdam et Antwerpen, Atlas, 2007, p. 7-182; et Léon Buskens et Jan Just Witkam (eds), *Scholarship in Action. Studies on the Life and Work of Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936)*, Leiden, Brill, à paraître.

¹⁹ La conception religieuse, ou "juive", du *fiqh* comme "doctrine des obligations" de Snouck Hurgronje est exprimée dans le titre du manuel de son élève Th.W. Juynboll déjà cité, *Handleiding tot de kennis van de*

de traductions en langues européennes, afin de montrer le caractère original des catégories normatives islamiques, il se disait totalement opposé à la codification de cette normativité, parce qu'il considérait cette opération contraire à son « esprit »²⁰. La conception déontologique de Snouck Hurgronje fut propagée par ses deux disciples principaux, Joseph Schacht (1902-1969)²¹ et Georges-Henri Bousquet (1900-1978)²², qui n'étaient pas des juristes de formation non plus. Ils n'en utilisèrent pas moins l'expression « droit musulman » dans le titre de leurs introductions et essais.

Les savants européens cherchaient à identifier le plus vite possible les abrégés les plus répandus de chaque école et à en faire l'édition et la traduction. Les Néerlandais se concentraient sur les classiques chaféites enseignés en Indonésie. Les Français et les Italiens, qui étaient engagés dans la colonisation des pays d'obédience malékite, firent de nombreuses éditions et traductions, en partie subventionnées par leurs gouvernements respectifs, du *al-Mukhtasar* de Khalil bn Ishaq al-Jundi. La critique sévère des travaux de ses prédécesseurs à laquelle se livre Georges-Henri Bousquet dans sa traduction montre la complexité de la réception occidentale de ce texte²³.

Pour souligner que l'emploi de la notion de « droit musulman » impliquait une conception tout à fait nouvelle de la normativité islamique, nous d'« invention ». Cette conception positiviste était étrangère à la vision que les savants islamiques avaient de leur propre tradition, mais elle est devenue dominante dans le monde actuel, dans une mesure telle qu'on enseigne le « droit musulman » et la « législation islamique » aux élèves des institutions islamiques et qu'on œuvre à leur introduction dans les États musulmans contemporains.

4. Le rôle des collaborateurs orientaux

Si le droit musulman a été inventé par des savants européens au 19^{ème} siècle, ils ne l'ont pourtant pas fait seuls. Leur travail, qu'ils présentaient sous forme de découverte, n'a été possible qu'à l'aide de collaborateurs locaux. Cette « poignée » d'informateurs, pour reprendre l'expression d'Henry et Balique²⁴, étaient naturellement beaucoup moins visibles que les savants occidentaux. Ils œuvraient avant tout comme informateurs, recueillant les matériaux et renseignements qui servaient à écrire les études de leurs commanditaires européens. Se procurer des textes de *fiqh* n'était pas chose aisée²⁵. Nous disposons d'une étude sur la vie d'un de ces passeurs de savoir en Tunisie, le savant juif Mardochee Naggiar,

Mohammedaansche wet, "Manuel pour la connaissance de la loi mahométane". Voir aussi le titre du livre de Jan Prins, *Adat en Islamietische plichtenleer in Indonesië*, op. cit.

²⁰ Voir Christiaan Snouck Hurgronje, *Verspreide geschriften*, Bonn et Leipzig, Kurt Schroeder, Leiden, E.J.Brill, 1923-1927, 6 vol., surtout vol. II sur le droit musulman; et *Œuvres choisies de C. Snouck Hurgronje présentées en français et en anglais par G.-H. Bousquet et J. Schacht*, Leiden, E.J. Brill, 1957; par exemple *Verspreide geschriften* vol. II, pp. 139-140; et *Œuvres choisies*, ch. V-IX. Sur la question de la codification, et aussi à propos du *Projet de Codification du Droit musulman en Algérie*: *Verspreide geschriften* vol. IV, II, p. 259-266.

²¹ Voir Janet Wakin, *Remembering Joseph Schacht (1902-1969)*, Cambridge, MA, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, 2003.

²² Voir Laure Bousquet-Lefèvre et Michel Robine, <L'œuvre islamologique de Georges-Henri Bousquet (1900-1978). Bibliographie thématique>, in Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989, p. 171-227.

²³ « Avertissement » dans la traduction de Georges-Henri Bousquet, *Khalil ben Ishaq. Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imâm Mâlek. Traduction nouvelle par ... I : Le rituel*, Alger, En-Nahdha, 1956, p. 9-14.

²⁴ Jean-Robert Henry et François Balique, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique*, op. cit., p. 5.

²⁵ H.-P.-J. Renaud, <L'enseignement des sciences exactes et l'édition d'ouvrages scientifiques au Maroc avant l'occupation européenne>, in *Hespéris* vol. 14, no. 1, 1932, p. 78-89.

grâce aux travaux de Lucette Valensi²⁶. Souvent, le rôle d'informateur allait de pair avec des services d'interprète, de traducteur, d'assistant de recherches, de conseiller. Certains travaillaient comme drogman pour les consulats et combinaient leur connaissance des langues orientales avec une expertise des normes en vigueur²⁷. Plus tard, des institutions coloniales furent expressément créées pour la transmission du savoir et la formation des cadres. Les institutions chargées du maintien de l'ordre, comme les bureaux d'affaires indigènes et les tribunaux, dépendaient aussi de la collaboration des indigènes ayant une connaissance des langues, cultures et normes locales.

Cette collaboration entre chercheurs et administrateurs européens, d'un côté, et leurs « assistants » orientaux, de l'autre, prenait souvent la forme d'un échange de bons procédés. Christiaan Snouck Hurgronje eut accès à la société de la Mecque grâce à Si Aziz, un savant exilé d'Algérie par les Français, qui en espérait un soutien pour regagner sa terre natale. Le même Snouck Hurgronje recueillit beaucoup de renseignements par l'intermédiaire de quelques étudiants indonésiens résidant à La Mecque, comme Raden Aboe Bakar Djajadiningrat et Hasan Moestapa²⁸, qui obtinrent des postes importants dans l'administration coloniale néerlandaise. Dans le Sud marocain, Robert Montagne mena ses recherches sur le droit coutumier berbère grâce aux documents et renseignements fournis par Ben Daoud, un interprète militaire de 2e classe²⁹.

La perspective orientaliste qui transformait la normativité islamique en droit musulman devint tout à fait naturelle, pour les collaborateurs orientaux, du fait de leur pratique quotidienne de l'administration coloniale. Ils assimilèrent ainsi une nouvelle vision de leur société et de ses normes. Ainsi en va-t-il de la première thèse sur le droit musulman soutenue à l'université de Leiden, en 1843, par Emile Testa (1821-1896). Né à Istanbul, l'auteur de *Specimen juris inaugurale de conjugiiis jure moslimico* – une esquisse du droit hanéfite de la famille basée sur le *Multaqa al-abhur* d'al-Halabi et son commentaire par Shaykh-zade – était issu d'une famille d'origine vénitienne qui fournissait depuis plusieurs générations drogman et diplomates aux puissances occidentales. Ainsi en va-t-il aussi des travaux de C.F. Winter (1799-1859) sur la pratique judiciaire à Surakarta (Java)³⁰. Winter était l'informateur par correspondance de Taco Roorda, professeur de javanais à Amsterdam et ensuite à Delft. « *Translateurs* » (sic !) officiels, de père en fils, à la cour de Surakarta en 1825, les Winter étaient issus de familles, vivant en Orient, qui jouaient un rôle important dans la collecte, la vulgarisation et la pratique des nouvelles connaissances sur les normes locales.

La production scientifique des collaborateurs orientaux était en général moins visible que celle de leurs maîtres. Ce n'est pas à eux que revenait le privilège de rédiger les manuels et

²⁶ Lucette Valensi, *Mardochee Naggjar. Enquête sur un inconnu*, Paris, Stock, 2008; cf. Jan Just Witkam, <Ibn Khaldûn en de Nederlanders. Handschriften en ideeën>, in Maaike van Berkel et Rudi Künzel (eds), *Ibn Khaldûn en zijn wereld*, Amsterdam, Bulaaq, 2008, p. 224-247.

²⁷ Voir Maurits van den Boogert, *The Capitulations and the Ottoman Legal System. Qadis, Consuls and Berathis in the 18th Century*, Leiden et Boston, Brill, 2005, pour une étude des rôles multiples des drogman dans l'Empire ottoman au 18^{ème} siècle.

²⁸ Jan Just Witkam, <Inleiding>, in Christiaan Snouck Hurgronje, *Mekka in de tweede helft van de negentiende eeuw. Schetsen uit het dagelijks leven. Vertaald en ingeleid door Jan Just Witkam, op. cit.*; Michael F. Laffan, *Islamic Nationhood and Colonial Indonesia. The Umma Below the Winds, op. cit.*

²⁹ Par exemple Robert Montagne, <Une tribu berbère du Sud Marocain. Massat>, in *Hespéris*, vol. 4, no. 4, 1924, p. 357-403, notamment p. 397 n. 1; Ben Daoud, <Recueil du droit coutumier de Massat. Exemple de Ida ou Mout>, in *Ibidem*, p. 405-439. Cf. François Pouillon et Daniel Rivet (dir.), *La sociologie musulmane de Robert Montagne*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2000.

³⁰ Sur les savants de la famille Winter et leurs travaux voir: E.M. Uhlenbeck, *Critical Survey of Studies on the Languages of Java and Madura*, 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1964, p. 45-51, 142-143 et *passim*.

synthèses faisant autorité. Ils étaient davantage confinés à l'édition de textes³¹, documents, lettres et actes en facsimilé, avec traduction et lexique³², à la rédaction de manuels de pratique judiciaire³³ ou à la traduction de textes classiques³⁴. Des traces de leur activité d'intermédiaires entre deux cultures doivent sans doute se trouver dans les archives des tribunaux, de l'administration coloniale et des chambres de commerce. Cette *microstoria* reste à faire³⁵.

Dans les générations postérieures, il y eut de plus en plus de juristes soutenant des thèses sur le « droit musulman » dans les facultés de droit, dans leur pays d'origine ou en métropole. Quelques-uns parmi eux devinrent fameux. `Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971) reçut une éducation islamique et obtint une licence en droit en Egypte, avant de soutenir deux thèses à la faculté de droit de Lyon, l'une sur le droit anglais et l'autre sur l'abolition du califat. Il devint le grand architecte de la codification du droit civil au Moyen-Orient, qu'il voulait fonder sur les héritages juridiques islamique, romain et français. Il publia nombre d'ouvrages généraux sur le droit musulman en arabe³⁶. Son compatriote Chafik Chéhata offre un autre exemple de l'internalisation de la perspective juridique positiviste sur le droit musulman. Le titre de sa thèse doctorale, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman* (soutenue au Caire en 1936), est révélateur à cet égard.

Pour l'Indonésie, la vie et l'œuvre de Pangeran Ario Hoesein Djajadiningrat (1886-1960) offrent un exemple de l'internalisation de l'approche occidentale de la normativité islamique³⁷. Issu d'une famille noble et savante de Banten (Java occidentale) qui occupait des postes importants dans l'administration coloniale, il était apparenté à Raden Aboe Bakar Djajadiningrat, qui avait fourni des renseignements importants et servi de professeur de malais à Snouck Hurgronje, lors de son séjour à la Mecque, en échange de quoi il obtint un poste au consulat néerlandais de Jeddah³⁸, puis devint vice-consul des Pays-Bas à la Mecque.

³¹ Par exemple les éditions des textes classiques publiées par Ahmad Muhammad Shakir en Egypte, comme *al-Risala* de l'Imam al-Shafî'i.

³² Par exemple: E. Zeys et Mohammed Ould Sidi Saïd, *Recueil d'actes judiciaires arabes avec la traduction française et des notes juridiques*, Alger, Adolphe Jourdan, 1886, deuxième édition revue par Henri Pérès 1946.

³³ Par exemple: Ahmed Hacène, *Manuel-formulaire à l'usage des interprètes judiciaires de l'Afrique du Nord et des candidats à ces fonctions précédé d'une étude sur...*, Alger, Adolphe Jourdan, 1917.

³⁴ Par exemple: Ahmed Laïmeche, *Averroès. Bidayat al moudjetahid. Manuel de l'interprète des lois et traité complet du juriste. Livre des échanges. Théorie générale des contrats et obligations. Des différents contrats. Traduit par ...*, Alger, Minerva, 1940.

³⁵ Voir Establet Colette, *Etre caïd dans l'Algérie coloniale*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, pour un exemple. Pour une réflexion plus générale sur la pratique des archives coloniales voir: Ann Laura Stoler, *Along the Archival Grain. Epistemic Anxieties and Colonial Common Sense*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2009.

³⁶ Guy Bechor, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden et Boston, Brill, 2007; et Enid Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of `Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri Egyptian Jurist and Scholar 1895-1971*, Cairo, The American University in Cairo Press, 1987.

³⁷ Voir la nécrologie par son ami, le conseiller pour les affaires indigènes à Batavia et plus tard professeur d'arabe et d'islam à Jakarta et à Amsterdam, G.F. Pijper, <Professor Dr. Pangeran Ario Hoesein Djajadiningrat, 8 december 1886 - 12 november 1960>, in *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, vol. 117, no. 4, 1961, p. 401-409; G.F. Pijper, *Studiën over de geschiedenis van de Islam in Indonesia 1900-1950*, Leiden: E.J. Brill, 1977, p. 8-9; Boland et Farjon, *Islam in Indonesia*, op. cit., p. 32-33.

³⁸ Jan Just Witkam, <Inleiding>, in Christiaan Snouck Hurgronje, *Mekka in de tweede helft van de negentiende eeuw. Schetsen uit het dagelijks leven. Vertaald en ingeleid door Jan Just Witkam*, op. cit., p. 50-52; Michael F. Laffan, <Raden Aboe Bakar. An Introductory Note Concerning Snouck Hurgronje's Informant in Jeddah ((1884-1912))>, in *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, vol. 155, no. 4, 1999, p. 517-542; Michael F. Laffan, <Writing from the Colonial Margin: The Letters of Aboe Bakar Djajadiningrat to Christiaan Snouck Hurgronje>,

Quand Snouck Hurgronje rentra à Leiden, en 1906, le neveu de Raden Aboe Bakar, Hoesein Djajadiningrat, fut parmi ses premiers étudiants. En 1913, il fut le premier Indonésien à soutenir une thèse aux Pays-Bas, dirigée par le Maître. Selon Pijper, Snouck Hurgronje lui montrait une « affection paternelle » et Hoesein était considéré par leurs contemporains comme son « fils spirituel ». De retour en Indonésie, Hoesein Djajadiningrat fut d'abord nommé chargé de recherches sur les langues indonésiennes. Suivant les pas de son maître et travaillant avec les mêmes assistants que lui, il compila une grammaire et un dictionnaire de la langue d'Aceh. En 1916, il devint assistant en recherches sur l'islam et, en 1920, il fut nommé conseiller adjoint aux affaires indigènes. C'est en cette qualité qu'il composa de nombreux rapports officiels sur des questions islamiques. En 1924, à la création de l'École de Droit à Batavia en 1924, il fut nommé professeur de droit musulman et de langues indigènes. A l'occasion du premier anniversaire de cette école, il tint un discours officiel, en présence du Gouverneur général des Indes néerlandaises, sur « La Loi musulmane et la vie spirituelle des musulmans indonésiens »³⁹. Il est intéressant de noter que, dans le texte imprimé de son discours, Hoesein Djajadiningrat se montre très fidèle à l'enseignement de Snouck Hurgronje, dont il partageait la conception du droit musulman. Utilisant les mêmes sources et références auxquelles, qui elles-mêmes provenaient des informateurs de Snouck Hurgronje à la Mecque et en Indonésie, il analysait le problème classique de la relation entre théorie du droit musulman et pratiques vécues des Indonésiens. Son discours offre une reproduction assez fidèle de la vulgate coloniale. En 1926, Hoesein Djajadiningrat publia un rapport sur la réforme de la justice islamique en Indonésie (*priesterraad-rechtspraak*)⁴⁰ qui aboutit, en 1938, à la création d'une Cour suprême islamique. Plus tard, il fut nommé à des postes politiques importants dans l'administration coloniale. Pendant l'administration japonaise, il servit brièvement comme chef du Bureau des affaires religieuses. Après l'indépendance, en 1951, il fut nommé professeur d'islam et d'arabe à l'Université nationale à Jakarta.

Les collaborateurs orientaux étaient formés en droit, à l'europpéenne, et leur conception de la normativité islamique procédait directement de ce positivisme. Pour eux, la notion de « droit musulman » était naturelle, comme allant de soi. En indonésien contemporain, on emploie l'expression « *hukum islam* » pour parler de droit musulman, que ce soit dans le titre de textes introductifs ou dans celui de compilations officielles en droit de la famille (*Kompilasi Hukum Islam*). Il serait utile de retracer l'histoire de la terminologie utilisée par ces savants. L'histoire de la pensée normative islamique du penseur réformiste Muhammad bn al-Hasan al-Hajwi (1874-1956), qui fut également ministre marocain de la Justice, sous le titre *al-Fikr al-sami fi ta'rikh al-fiqh al-islami* (publié en fascicules entre 1917 et 1932), pourrait offrir un point de départ⁴¹. L'emploi par d'autres auteurs d'une expression comme « *al-tashri`al-islami* » pourrait également être considéré comme l'indication d'une nouvelle vision de la normativité⁴². En même temps, il faudrait observer les décalages entre la perspective orientaliste du droit musulman et les interprétations des chercheurs indigènes, qui avaient

in *Indonesia and the Malay World*, vol. 31, no. 91, 2003, p. 356-380; Michael F. Laffan, *Islamic Nationhood and Colonial Indonesia. The Umma Below the Winds*, op. cit.

³⁹ Hoesein Djajadiningrat, *De Mohammedaansche Wet en het geestesleven der Indonesische Mohammedanen*, Weltevreden, G. Kolff & Co., 1925.

⁴⁰ Hoesein Djajadiningrat, *Verslag van de commissie van advies nopens de voorgenomen herziening van de priesterraad-rechtspraak*, Weltevreden, Landsdrukkerij, 1926.

⁴¹ Deuxième édition en deux volumes (présentée comme la première édition) à al-Madina, al-Maktaba al-`ilmiyya, 1397 AH/ 1976-1977. Sur l'auteur, voir: Abdallah Laroui, <Muhammad al-Hajwi et l'ordre urbain>, in Abdallah Laroui, *Esquisses historiques*, Casablanca, Centre culturel arabe, 1992, p. 115-121; Asiya Bin`adada, *al-Fikr al-islami fi `ahd al-himaya. Muhammad bn al-Hasan al-Hajwi numudhajan*, Casablanca, al-Markaz al-thaqafi al-`arabi, 2003.

⁴² Comme par exemple dans S. Mahmassani, *Falsafat al-tashri fi al-islam. The Philosophy of Jurisprudence in Islam. Translated by Farhat J. Ziadeh*, Leiden, E.J. Brill, 1961.

parfois une bonne formation dans les sciences islamiques classiques et une meilleure connaissance des langues.

Reste à considérer la position sociale de ces chercheurs et collaborateurs locaux. Parfois, ils appartenaient aux élites ou à des classes qui aspiraient à une ascension sociale, comme dans le cas d'Aboe Bakar et Hoesein Djajadiningrat. Souvent, ils étaient issus des minorités, comme les juifs au Maghreb ou les chrétiens au Levant, qui étaient engagés comme drogmans⁴³. Leur statut marginal rendait le contact avec les étrangers à la fois plus facile et nécessaire à leur survie, ce qui rappelle l'expression de Disraeli, reprise par Edward Said en entame d'*Orientalism* : « The East is a career »⁴⁴. Il ne s'agissait pas seulement d'une carrière sociale leur permettant de gagner leur vie et d'avancer socialement, mais aussi d'une transformation culturelle de leur façon de comprendre leur propre société en l'expliquant aux colonisateurs étrangers. Leur culture était en quelque sorte hybride, métisse et marquée par l'orientalisme conceptuel. En s'occidentalisant, ces collaborateurs se sont orientalisés, par l'internalisation de nouvelles conceptions et de techniques de savoir, ce qu'Edward Said a appelé l'« orientalisme de l'intérieur ».

5. Textes et techniques du savoir

Les chercheurs européens introduisirent aussi des techniques de savoir et des formes de textualité qui étaient courantes dans les études juridiques en Europe⁴⁵. Leurs collaborateurs locaux les adoptèrent, en même temps que la nouvelle conception du droit musulman. Une innovation majeure était l'utilisation de textes imprimés au lieu de manuscrits, la forme traditionnelle des ouvrages de *fiqh*. Pendant des siècles, les savants musulmans s'étaient opposés à l'impression des textes religieux. Après l'expédition de Napoléon en Egypte, la situation changea, les textes imprimés se révélant indispensables aux nouvelles formes d'administration et d'enseignement. Dès lors, la mise en page et l'organisation des textes changèrent d'une façon radicale⁴⁶.

Au 19^{ème} siècle, il y avait deux formes majeures de textes juridiques imprimés : les livres et les revues. Chacune d'elles joua un rôle fondamental dans la diffusion de la conception positiviste du droit et offrit des voies de transmission du nouveau savoir. La forme du livre

⁴³ Le rôle des chrétiens comme passeurs culturels au Levant connaît une histoire assez longue. Bernard Heyberger en offre une belle étude de cas: Bernard Heyberger (dir.) *Orientalisme, science et controverse. Abraham Ecchellensis (1605-1664)*, Turnhout, Brepols, 2010. Sur des familles de drogmans voir: Alexander H. de Groot, <Dragomans' Careers: The Change of Status in Some Families Connected with the British and Dutch Embassies at Istanbul, 1785-1829>, in Alastair Hamilton, Alexander H. De Groot, Maurits H. van den Boogert (eds), *Friends and Rivals in the East. Studies in Anglo-Dutch Relations in the Levant from the Seventeenth to the Early Nineteenth Century*, Leiden, Brill, p. 223-246; et Maurits van den Boogert, *The Capitulations and the Ottoman Legal System. Qadis, Consuls and Beratlis in the 18th Century*, op. cit.

⁴⁴ Edward W. Said, *Orientalism*, London, Routledge & Kegan Paul, p. XIII, et p. 5.

⁴⁵ Voir à ce sujet: Léon Buskens, <Islamic Commentaries and French Codes: The Confrontation and Accomodation of Two Forms of Textualization of Family Law in Morocco>, in Henk Driessen (ed.), *The Politics of Ethnographic Reading and Writing. Confrontations of Western and Indigenous Views*, Saarbrücken et Fort Lauderdale, Verlag Breitenbach Publishers, 1992, p. 65-100.

⁴⁶ Au début la lithographie était employée assez souvent pour la reproduction mécanique des textes islamiques, ce qui donnait encore aux textes l'aspect des manuscrits. Les textes publiés par Sayyid `Uthman à Batavia, un collaborateur de Snouck Hurgronje, en offrent de bels exemples, comme son *Kitab al-qawanin*. Au Maroc beaucoup de textes de *fiqh* ont été lithographiés entre circa 1865 et 1940. Sur cette forme intermédiaire, voir : Brinkley Messick, «On the Question of Lithography», *Culture & History*, no. 16, 1997, 158-176. Les travaux de Brinkley Messick sont fondamentaux pour comprendre les relations entre formes textuelles et normes juridiques, voir notamment Brinkley Messick, *The Calligraphic State. Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley, University of California Press, 1993, qui contient aussi une analyse profonde du droit musulman colonial au Yémen.

imprimé était idéale pour les monographies, les thèses et les manuels, de même que les éditions de textes, parfois accompagnées d'une traduction en langue européenne. Les manuels étaient les outils principaux pour l'enseignement. Ils servaient aussi d'ouvrages de référence, de recueils de lois, de coutumes ou de jurisprudence. Une bibliothèque bien remplie servait de source de connaissance et d'autorité⁴⁷. On pourrait faire une histoire du développement de nos connaissances en droit musulman sur la base d'une bibliographie, comme l'ont fait Henry et Balique, qui révélerait la nature épistémologique de l'approche du droit musulman⁴⁸.

Dans la culture juridique orientaliste, les revues jouaient un rôle très important pour la communication entre savants, praticiens et politiciens⁴⁹. Les revues du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècles étaient pleines de débats sur des questions de théorie et de pratique. Les revues étaient aussi expressément destinées aux collaborateurs indigènes. Ainsi en va-t-il de la *Revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifiennes*, qui avait comme sous-titre *Droit musulman, coutumes berbère, lois israélites*. Elle fut éditée, entre 1935 et 1939, en deux versions française et arabe. Outre des articles savants, on y trouve de la publicité pour des librairies et des papeteries, et pour les outils de la science moderne, comme les machines à écrire, et divers articles de bureau.

Les brochures étaient une forme intermédiaire entre livres et revues, et aussi importante dans le développement des connaissances sur le droit musulman. Les gouvernements les employaient pour la diffusion des normes, sous forme de lois ou de circulaires. Des particuliers se servaient de brochures pour faire circuler leurs idées, polémiques et pamphlétaires entre autres. Des tirés-à-part permettaient aux auteurs de déborder le cercle des seuls abonnés.

Avec cette nouvelle technologie, de nouvelles façons de penser la normativité se sont répandues. En outre, tandis que, dans la science du *fiqh*, la langue par excellence était l'arabe classique, avec parfois une place secondaire pour les langues locales, l'étude orientaliste du droit musulman conféra une place prépondérante aux langues européennes⁵⁰. La transition du malais au néerlandais en est révélatrice. Les collaborateurs locaux qui voulaient faire carrière dans l'administration ou dans la sphère académique devaient s'exprimer dans la langue et les termes conceptuels de ce savoir orientaliste. Il fallait aussi publier ces travaux, dans les maisons d'édition locales, surtout dans les capitales coloniales comme Rabat, Alger, Tunis et Batavia, mais surtout chez des éditeurs métropolitains, à Leiden, Paris ou Londres, si l'on voulait se faire un nom dans le monde universitaire et gouvernemental.

⁴⁷ L'iconographie des portraits des juristes est une source importante pour étudier les sources d'autorité. L'exemple bien connu est le portrait de Louis Milliot qui sert de frontispice à son *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953; repris sur la couverture de la bibliographie de Jean-Robert Henry et François Balique, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique*, op. cit.

⁴⁸ Voir par exemple Louis Milliot et J. Lapanne-Joinville, *Recueil de jurisprudence chérifienne. Tribunal du Ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'ouléma (Medjlès Al-Istinâf)*, Paris, Ernest Leroux, 1920-1952, quatre volumes; et Cornelis van Vollenhoven, *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië* (1906-1931), traduction anglaise des fragments choisis in: J.F. Holleman (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, op. cit.

⁴⁹ Dagmar Glass, <Arabische Zeitungen und Zeitschriften in der arabischen Welt (1828-1928)>, in Eva Hanebutt-Benz, Dagmar Glass, Geoffrey Roper (eds), *Sprachen des Nahen Ostens und die Druckrevolution. Eine interkulturelle Begegnung*, Westhofen, WVA-Verlag Skulima, 2002, p. 207-226.

⁵⁰ Sur l'histoire du néerlandais comme langue juridique en Indonésie: A.W.H. Massier, *The Voice of the Law in Transition. Indonesian Jurists and their Languages, 1915-2000*, Leiden, KITLV Press, 2008.

6. Des traditions régionales

La compréhension orientaliste du droit musulman était guidée par les expériences régionales de colonisation. Dans chaque région, les chercheurs entreprenaient de « découvrir » les configurations spécifiques de coutumes et de règles imposées par des princes locaux. Par exemple, une notion clé pour la compréhension de la normativité islamique au Maroc était le *`amal*, pratique judiciaire transformée en norme, « découverte » par Louis Milliot et fixée en canon dans le premier volume de son *Recueil de jurisprudence chérifienne* (1920)⁵¹. Pour l'Algérie, c'est le droit kabyle construit par Hanoteau et Letourneux qui s'imposa. Dans les Indes britanniques, l'Anglo-Muhammadan Law fut développée dans la pratique judiciaire et législative en Inde britannique⁵².

Les chercheurs néerlandais, quant à eux, acquièrent la conviction que les sociétés indonésiennes pouvaient être comprises et gouvernées grâce à leur connaissance des coutumes, transformées par leurs travaux et la reconnaissance politique en *adatrecht*. Cornelis van Vollenhoven n'en fit pas seulement la synthèse magistrale dans les trois volumes de son *Het adatrecht van Nederlandsch Indië*⁵³, mais il raconta aussi, dans *De ontdekking van het adatrecht* ("La découverte du droit coutumier *adat*") l'histoire héroïque d'une « découverte » censée avoir rendu justice aux peuples placés sous la tutelle néerlandaise.

Ces appréhensions régionales du droit musulman et de sa relation aux coutumes étaient marquées par les traditions nationales de gouvernance et de science juridique. Ainsi l'image du droit musulman maghrébin chez les auteurs français reflète-t-elle la conception française de droit positif, tandis que l'Anglo-Muhammadan Law procède manifestement la Common Law anglo-saxonne. Ceci, en dépit du fait que les orientalistes considéraient qu'ils formaient une communauté internationale de savants avec des conventions partagées. Il est vrai que les chercheurs se rencontraient régulièrement dans des congrès internationaux et s'efforçaient de suivre leur production scientifique respective en lisant dans les langues européennes importantes dans ce domaine. Salomo Keyzer et L.W.C. van den Berg publiaient aussi en français. Snouck Hurgronje préférait l'allemand. En outre, les réseaux personnels étaient très importants, comme le montrent les correspondances scientifiques et amicales qu'entretenaient maints érudits.

Certains savants cherchaient à dépasser ces traditions régionales et nationales. René Maunier fit de l'ethnologie du droit au Maghreb et en Egypte⁵⁴. Georges-Henri Bousquet⁵⁵, à qui l'on doit nombre de recherches importantes sur le droit islamique classique, la pratique, les coutumes et la société en Algérie et au Maroc, fit aussi, du fait de sa maîtrise du néerlandais, des recherches sur la politique coloniale en matière d'islam en Indonésie. Il fut le disciple de Christiaan Snouck Hurgronje, dont il publia en français et en anglais des œuvres

⁵¹ Louis Milliot, *Recueil de jurisprudence chérifienne. Tribunal du Ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'ouléma (Medjlès Al-Istinâf)*, Paris, Ernest Leroux, 1920.

⁵² Scott Alan Kugle, <Framed, Blamed and Renamed: The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia>, *op. cit.*

⁵³ Cornelis van Vollenhoven, *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië* (1906-1931), traduction anglaise des fragments choisis in: J.F. Holleman, J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, *op. cit.* avec une introduction importante par son élève H.W.J. Sonius.

⁵⁴ Jean-Robert Henry, <Approches ethnologiques du droit musulman: l'apport de René Maunier>, in Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989, p. 133-169.

⁵⁵ Voir Laure Bousquet-Lefèvre et Michel Robine, <L'œuvre islamologique de Georges-Henri Bousquet (1900-1978). Bibliographie thématique>, *op. cit.*

choisies, en collaboration avec Joseph Schacht, l'autre grand maître des études sur le droit musulman. Quant à Snouck Hurgronje, il fut nommé conseiller honoraire du gouvernement français au Maroc. Son ami et voisin à Leiden, Cornelis van Vollenhoven, était pour sa part en contact régulier avec ses collègues français qui travaillaient sur le droit coutumier malgache.

7. Positivisme et codification : la nouvelle « économie » du droit musulman

La conception orientaliste du droit musulman s'est prolongée jusqu'à nos jours. Depuis son invention, elle a été reproduite, de génération en génération, en Occident comme en Orient. Elle a été en quelque sorte naturalisée, aux yeux des chercheurs comme des musulmans, si bien que parler de « l'invention du droit musulman » peut aujourd'hui sembler sacrilège pour certains. Si critique des appréhensions orientalistes du droit musulman il y a, elles portent moins sur les aspects épistémologiques de la notion que sur des points historiques. Ces dernières mériteraient un traitement séparé⁵⁶.

Les études occidentales de la normativité dans les sociétés islamiques sont déterminées par des notions et des outils dont les racines sont coloniales. La question des relations entre théorie et pratique du droit, par exemple, remonte aux débats du 19^{ème} siècle. Elle structure structure jusqu'à présent les recherches occidentales sur le droit musulman⁵⁷.

Dans le monde musulman, ces notions furent d'abord reproduites dans l'enseignement et l'administration du droit en contexte colonial⁵⁸. La gestion des immigrés musulmans en Europe occidentale en est encore aujourd'hui imprégnée. A l'époque coloniale, il y eut des tentatives de codification du droit musulman, à l'image du Code Morand en Algérie ou du Code Santillana en Tunisie, qui étaient guidés par cette vision positiviste. Si Snouck Hurgronje était opposé à ces essais de *taqin* (codification), contrairement selon lui à l'esprit du droit musulman, il demeura relativement isolé. Le droit coutumier fut aussi l'objet de nombreuses tentatives de codification. Ainsi Cornelis van Vollenhoven composa-t-il, en 1910, *Een adatwetboekje voor heel Indië* (Un petit code de droit coutumier pour toutes les Indes).

La codification en 1875 du droit de la famille hanéfite par Qadri Pasha, en Egypte, et la promulgation en 1877 de la *Majalla*, dans l'empire ottoman, constituent des formes primitives de réception de cette conception positiviste. Elle se poursuivit après la Grande Guerre, dans les Etats indépendants, avec les codifications de Sanhuri en Irak, en Egypte et dans d'autres pays du Levant⁵⁹. Cette vision positiviste du droit musulman semble de nos jours plus vivante que jamais, les expériences de codification se multipliant, comme en Iran et en Indonésie. Cette même vision positiviste du droit musulman se retrouve dans l'enseignement en faculté de droit, dans les pays musulmans comme en Europe. Il serait intéressant de faire une analyse détaillée des manuels et polycopiés utilisés dans l'enseignement et de voir dans quelle mesure ils reproduisent la vulgate coloniale.

⁵⁶ Par exemple la critique de l'ouvrage de Joseph Schacht *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* par M. Mustafa al-Azami, *On Schacht's Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, The Oxford Centre for Islamic Studies, 1996 (orig. 1985).

⁵⁷ Le titre de la revue la plus importante pour les recherches universitaires dans ce domaine, *Islamic Law and Society*, fondée en 1994, en offre encore un exemple.

⁵⁸ Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir), *L'enseignement du droit musulman*, op. cit.; Jean-Claude Vatin, <Exotisme et rationalité: A l'origine de l'enseignement du droit en Algérie (1879-1909)>, op. cit.

⁵⁹ Guy Bechor, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, op. cit.; et Enid Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of `Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri Egyptian Jurist and Scholar 1895-1971*, op. cit.

La référence à la normativité islamique a été complètement bouleversée, en deux siècles, dans les sociétés musulmanes. Tous les systèmes judiciaires de ces pays ont été transformés. Sans que cela ne puisse être strictement corrélé au colonialisme, certains pays n'ayant jamais été colonisés, il est manifeste que, globalement, le droit d'inspiration religieuse s'est retrouvé progressivement confiné au seul domaine du statut personnel (mariage, divorce, filiation, successions) et que les juridictions administrant ce droit ont été de la même manière dépouillées de leur compétence au profit de juridictions nationales plus ou moins séculières. L'Iran, depuis la révolution de 1978, et l'Arabie saoudite, ainsi qu'à des degrés divers plusieurs pays du Golfe, font exception en la matière, encore que l'affirmation mérite d'être nuancée. Dans le « domaine réservé » du statut personnel, on peut aussi noter l'adoption de lois codifiées, technique étrangère à la tradition juridique islamique, dont l'application est confiée à des chambres spécialisées des tribunaux civils composées de juges formés dans les facultés de droit. Une tendance à l'« islamisation » d'un droit jugé par trop séculier est observable depuis les années 1970. Cela s'est traduit par l'adoption de textes législatifs explicitement référencés à la *sharî'a*, elle-même souvent promue au rang de source principale de la législation. En Egypte, la Haute Cour constitutionnelle, se prononçant sur la signification de cette disposition, a considéré qu'elle faisait injonction au législateur d'adopter des lois conformes aux principes absolus de la *sharî'a*, conformité qu'il revient à la Cour de juger. Quant aux principes non absolus, qui changent en fonction du temps et du lieu, le législateur est libre de les adapter aux besoins de la société⁶⁰.

A l'exception de l'Arabie saoudite (système *sui generis* mélangeant tribunaux religieux et organismes administratifs à compétence judiciaire) et avec d'importantes nuances pour différents pays du Golfe (subsistance plus marquée des tribunaux religieux en matière familiale et pénale), les pays arabes ont adopté un système judiciaire proche du système français. Ceci tient pour partie à la présence coloniale (Algérie, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie), mais aussi à l'existence d'une tradition de coopération juridique non exempte d'une volonté de résistance à la présence britannique (Egypte⁶¹) ou à l'héritage ottoman et à l'influence égyptienne dans tous les domaines du droit (Libye, Irak, Jordanie, pays du Golfe, Soudan).

On peut s'arrêter un instant au cas égyptien pour bien mesurer la portée de ces bouleversements aux plans législatif et judiciaire. Au premier niveau, la référence à l'islam ne s'inscrit plus dans la perspective du *fiqh*, mais dans celle d'une institution parlementaire chargée de l'adoption des lois dans un Etat musulman. De ce fait, la référence au Coran se suffit à elle-même : les parlementaires ne cherchent pas de raisons supplémentaires pour expliquer la nécessité de respecter les dispositions du texte sacré. Le respect apparaît comme une fin en soi. On peut envisager deux motifs à cela. Le premier est que le droit musulman, repris sous le vocable de *sharî'a* est, du fait même de son inscription dans droit positif (l'article 2 de la constitution de 1971 tel qu'amendé en 1980), la source principale de la législation. Cette disposition oblige le législateur à veiller à la pertinence coranique des lois comme à s'orienter vers l'« audience » spécialisée qui aura, éventuellement, à en juger, c'est-à-dire à se prémunir contre un arrêt en inconstitutionnalité de la Haute Cour constitutionnelle. Le deuxième motif est que, depuis les années soixante-dix, le langage politique et, plus largement, le langage normal de la sphère publique égyptienne sont religieux, tendus vers la promotion de la réislamisation de la société. L'islam, sinon l'islamisme, est ainsi devenu le langage qui convient à toutes les situations, et surtout à celles qui visent la plus large

⁶⁰ Bernard-Maugiron N. et Dupret B. (éds.), « Le Prince et son juge. Droit et politique dans l'Egypte contemporaine », *Egypte-Monde arabe*, 1999, n° 2.

⁶¹ Brown N., *The Rule of Law in the Araba World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

audience, celle qui est d'emblée catégorisée comme « musulmane » et « pieuse ». Le paradoxe de cette omniprésence de la référence à l'autorité coranique est qu'elle n'entraîne pas d'omnipotence. C'est ainsi qu'elle peut se rapporter à des positions normatives singulièrement différentes ; c'est ainsi, également, qu'elle est soumise à des limitations qui en déterminent drastiquement la portée. On peut se référer au Coran pour défendre telle ou telle disposition ou pour s'y opposer, mais ce n'est pas le Coran qui détermine l'acceptabilité législative du texte. Ce qui apparaît ici, c'est que la norme islamique n'acquiert son autorité que dans le corset de la procédure parlementaire, avec entre autre ses règles de parole, de vote et de majorité. La pertinence coranique peut imposer la rhétorique des débats, mais elle s'avère insuffisante pour en déterminer l'issue.

Au niveau judiciaire, en Egypte toujours, on peut observer qu'à l'endroit même où elle est supposée massive et écrasante, à savoir le droit du statut personnel, la référence au droit musulman est loin d'apparaître systématiquement. Cette question ne procède, dans le domaine du droit, ni du poids que la tradition scientifique semble vouloir imputer à la référence islamique ni des voies exceptionnelles que son expression est présumée suivre. En d'autres termes, la référence explicite à l'autorité de l'islam est occasionnelle. Cette référence est, de plus, toujours médiatisée par le recours aux sources premières du droit positif égyptien d'aujourd'hui : la loi et la jurisprudence. Elle s'inscrit donc dans la banalité et la routine de l'accomplissement pratique de l'activité du juge qui consiste, avant toute autre chose, à qualifier juridiquement des faits qui lui sont soumis. Ce faisant, le juge s'attache sans doute plus à manifester sa capacité à juger correctement, selon les standards de la profession, les contraintes formelles qui s'appliquent à son exercice, les sources juridiques sur lesquelles elle s'appuie et les normes du travail interprétatif qu'elle suppose, qu'à réitérer le primat islamique du droit qu'il met en œuvre. Dans le cours de son travail, le juge ne semble pas s'orienter massivement vers la nécessité d'évaluer le prédicat islamique de toute chose, même dans le domaine du droit où la généalogie islamique des règles semble la plus manifeste⁶².

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

Sous l'influence du droit napoléonien, la place de la charia a également évolué, bien qu'à un rythme décalé. D'un côté, la part de la Loi musulmane n'a cessé de se restreindre, en ce sens que les règles substantielles du droit n'ont progressivement plus été dérivées du corpus du *fiqh*. De l'autre, on a pu observer, dans les domaines encore régis officiellement par la charia, une tendance à adopter des techniques juridiques nouvelles, qu'il s'agisse de la

⁶² Baudouin Dupret offre une critique ethnométhodologique de la notion de "droit musulman" dans son article <What is Islamic Law? A Praxiological Answer and an Egyptian Case Study>, *Theory, Culture and Society*, vol. 24, no. 2, 2007, p. 79-100.

codification ou des modes d'examen par le juge. A première vue, on pourrait croire que ce ne sont que des changements de forme, qui laissent donc intact le cœur de la normativité islamique. Ce serait toutefois mésestimer l'incidence qu'un changement d'économie et d'épistémologie peut avoir sur la nature même des règles applicables. Il n'est en effet pas indifférent que l'identification de la règle de droit soit le fait d'un travail doctrinal et jurisprudentiel, ou bien la résultante d'un processus législatif. Les modalités de la révision de la norme, pour ne prendre qu'elles, en sont étroitement tributaires. Il n'est pas non plus indifférent que soient mis en place des mécanismes d'appel contre la décision d'un juge et, plus encore, des recours en cassation ouvrant à l'examen de la règle de droit : c'est ici que le basculement épistémologique se révèle dans sa plus grande clarté.

S'ajoute à tout cela un phénomène central dans l'évolution juridique des pays musulmans. Si la charia et le *fiqh*, dans leur forme classique, ont très largement disparu, le droit référé à l'islam, c'est-à-dire un droit positif s'inscrivant, dans le jeu des sources et de la référence, sous l'égide de la charia, a émergé et s'est très largement imposé. L'immense majorité des constitutions des pays musulmans accordent une place au droit musulman, sous une appellation ou une autre, ce qui impose un travail de conformité et conformisation, non pas tant aux dispositions substantielles qu'à un référentiel éthique. D'où la part toujours plus grande occupée par des notions telles que l'« ordre public » islamique, dans lesquelles la technique juridique cède le pas à des jeux d'appréciation de l'air sociopolitique du temps.

Même dans les situations où la normativité islamique se trouve « à nouveau » projetée au centre du système juridique, cela se fait selon des modalités institutionnelles, procédurales et référentielles partiellement ou totalement différentes de ce qu'elles étaient – mettons ! – à la fin du dix-huitième siècle. Le retour à la charia ne consiste jamais en ce voyage utopique rêvé par les tenants de l'authenticité et de la tradition, mais en l'imposition d'un droit exclusivement référé à l'islam et, pourtant, de part en part traversé par les dynamiques juridiques d'un monde globalisé.

8. Conclusion

Le droit musulman, en tant que catégorie scientifique et normative, est une invention juridique orientaliste très largement imprégnée par la notion occidentale de droit positif. On pourrait dire, à la suite Jacques Derrida, qu'il s'agit d'une « violence » conceptuelle et épistémologique, sauf que les savants et juristes d'Orient ont largement participé au processus – et pas seulement dans des situations de domination coloniale. Ce fut une invention académique, politique et pratique. Plongeant ses racines au 19^{ème} siècle, la notion a connu une postérité qui ne s'est jamais démentie jusqu'à présent.

Il y eut des chercheurs occidentaux pour critiquer cette appréhension positiviste de la normativité islamique. De formation philologique plutôt que juridique, ces savants comparaient le *fiqh* au droit juif et recouraient souvent à l'expression de « Loi musulmane ». Il n'en demeure pas moins que la notion de « droit musulman » s'est répandue au point de, finalement, s'imposer à la plupart des savants, administrateurs, politiciens et usagers. Son succès s'explique largement par l'émergence de l'État-nation moderne.

L'idée d'une « découverte » plutôt que d'une « invention » du droit musulman est erronée ; elle faisait partie de la rhétorique des savants européens voulant faire accroire que leurs catégories correspondaient à la réalité. D'un point de vue historique, il s'agit bien d'une nouvelle conception de la normativité dans les sociétés islamiques et donc de la création d'une catégorie scientifique et politique, qui n'existait pas comme telle auparavant. La création de

cette catégorie nouvelle doit se comprendre en parallèle avec l'invention du droit coutumier d'outre-mer.

Les études sur le droit musulman constituent un savoir de nature pratique, qui servait et sert encore à gouverner. Il s'agit aussi d'un savoir normatif où prédomine le « devrait être ». Il ne s'agit qu'en dernier lieu d'un savoir académique. C'est un savoir intimement lié à l'exercice du pouvoir. Il est donc utile de le déconstruire, entre autres en en faisant sa généalogie.

Bibliographie

AL-AZAMI M. Mustafa, *On Schacht's Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, The Oxford Centre for Islamic Studies, 1996 (orig. 1985).

BECHOR Guy, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden et Boston, Brill, 2007.

BEN DAOUD, <Recueil du droit coutumier de Massat. Exemple des Ida ou Mout>, in *Hespéris*, vol. 4, no. 4, 1924, p. 405-439.

BERNARD-MAUGIRON Nathalie et DUPRET Baudouin (éds.), *Egypte-Monde arabe*, « Le Prince et son juge. Droit et politique dans l'Égypte contemporaine », 1999, n° 2)

VAN DEN BERG L.W.C., *De beginselen van het Mohammedaansche recht, volgens de imam's Aboe Hanifat en asj-Sjafé'i*, Batavia, Bruining & Wijt; 's Gravenhage, M. Nijhoff, 1874, (dixième édition revue 1878; troisième édition 1883).

BIN`ADADA Asiya, *al-Fikr al-islahi fi `ahd al-himaya. Muhammad bn al-Hasan al-Hajwi numudhajan*, Casablanca, al-Markaz al-thaqafi al-`arabi, 2003.

BOLAND B.J. et FARJON I., *Islam in Indonesia. A Bibliographical Survey 1600-1942 with post-1945 Addenda*, Dordrecht, Foris Publications Holland, 1983.

VAN DEN BOOGERT Maurits, *The Capitulations and the Ottoman Legal System. Qadis, Consuls and Beraths in the 18th Century*, Leiden et Boston, Brill, 2005.

BOUSQUET Georges-Henri, *Khalil ben Ishaq. Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imâm Mâlek. Traduction nouvelle par ... I : Le rituel*, Alger, En-Nahdha, 1956.

BOUSQUET-LEFEVRE Laure et ROBINE Michel, <L'œuvre islamologique de Georges-Henri Bousquet (1900-1978). Bibliographie thématique>, in Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989, p. 171-227.

BROWN Nathan, *The Rule of Law in the Arab World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

BRUGMAN Jan, <Snouck Hurgronje's Study of Islamic Law>, in Willem Otterspeer (dir.), *Leiden Oriental Connections 1850-1940*, Leiden, E.J. Brill, 1989, p. 82-93.

BURNS Peter, *The Leiden Legacy. Concepts of Law in Indonesia*, Leiden, KITLV Press, 2004.

BUSKENS Léon, <Islamic Commentaries and French Codes: The Confrontation and Accommodation of Two Forms of Textualization of Family Law in Morocco>, in Henk Driessen (ed.), *The Politics of Ethnographic Reading and Writing. Confrontations of Western*

and Indigenous Views, Saarbrücken et Fort Lauderdale, Verlag Breitenbach Publishers, 1992, p. 65-100.

BUSKENS Léon, <Twee negentiende eeuwse ontdekkers van het Islamitisch recht te Delft. Een begin van het debat over theorie en praktijk>, in Paulien van der Grinten et Ton Heukels (eds), *Crossing Borders. Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 153-171.

BUSKENS Léon et KOMMERS Jean, <The Delayed Reception of Colonial Studies about Adat Law and Islamic Law in Dutch Anthropology>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 733-755.

BUSKENS Léon et WITKAM Jan Just (eds), *Scholarship in Action. Studies on the Life and Work of Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936)*, Leiden, Brill, à paraître.

COHN Bernard, *Colonialism and Its Forms of Knowledge. The British in India*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

DEKKER Albert et VAN KATWIJK Hanneke, *Recht en rechtspraak in Nederlands-Indië*, Leiden, KITLV Uitgeverij, 1993.

DJAJADININGRAT Hoesein, *De Mohammedaansche Wet en het geestesleven der Indonesische Mohammedanen*, Weltevreden, G. Kolff & Co., 1925.

DJAJADININGRAT Hoesein, *Verslag van de commissie van advies nopens de voorgenomen herziening van de priesterraad-rechtspraak*, Weltevreden, Landsdrukkerij, 1926.

VAN DEN DOEL H.W., *De stille macht. Het Europese Binnenlands Bestuur op Java en Madoera, 1808-1942*, Amsterdam, Bert Bakker, 1994.

VAN DEN DOEL H.W., *Zover de wereld strekt. De geschiedenis van Nederland overzee vanaf 1800*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011.

DUPRET Baudouin, <What is Islamic Law? A Praxiological Answer and an Egyptian Case Study>, *Theory, Culture and Society*, vol. 24, no. 2, 2007, p. 79-100.

ESTABLET Colette, *Etre caïd dans l'Algérie coloniale*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991.

FAGNAN E., *Mawardi (Abou 'l-Hasan `Ali). Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif. Traduits et annotés par ...*, Alger, Adolphe Jourdan, 1915.

FASSEUR, C., *De Indologen. Ambtenaren voor de Oost 1825-1950*, Amsterdam, Uitgeverij Bert Bakker; 1994, (deuxième édition, orig. 1993).

FLORY Maurice et HENRY Jean-Robert (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989.

FÜCK Johann, *Die arabischen Studien in Europa bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts*, Leipzig, Otto Harrassowitz, 1955.

GLASS Dagmar, <Arabische Zeitungen und Zeitschriften in der arabischen Welt (1828-1928)>, in Eva Hanebutt-Benz, Dagmar Glass, Geoffrey Roper (eds), *Sprachen des Nahen Ostens und die*

Druckrevolution. Eine interkulturelle Begegnung, Westhofen, WVA-Verlag Skulima, 2002, p. 207-226.

DE GROOT Alexander H., <Dragomans' Careers: The Change of Status in Some Families Connected with the British and Dutch Embassies at Istanbul, 1785-1829>, in Alastair Hamilton, Alexander H. De Groot, Maurits H. van den Boogert (eds), *Friends and Rivals in the East. Studies in Anglo-Dutch Relations in the Levant from the Seventeenth to the Early Nineteenth Century*, Leiden, Brill, p. 223-246.

GUINCHI Elisa, <The Reinvention of Shari`a under the British Raj: In Search of Authenticity and Certainty>, *Journal of Asian Studies*, vol. 69, no. 4, 2010, p. 1119-1142.

HACENE Ahmed, *Manuel-formulaire à l'usage des interprètes judiciaires de l'Afrique du Nord et des candidats à ces fonctions précédé d'une étude sur...*, Alger, Adolphe Jourdan, 1917.

AL-HAJWI AL-THA`ALIBI AL-FASI, Muhammad bn al-Hasan, *al-Fikr al-sami fi ta'rikh al-fiqh al-islami*, al-Madina, al-Maktaba al-`ilmiyya, 1397 AH/ 1976-1977 (deuxième édition en deux volumes, présentée comme la première édition, véritable première édition publiée en fascicules à plusieurs endroits, comme Rabat, Fès et Tunis, entre 1917 et 1932).

HENRY Jean-Robert, <Approches ethnologiques du droit musulman: l'apport de René Maunier>, in Maurice Flory et Jean-Robert Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1989, p. 133-169.

HENRY Jean-Robert et BALIQUE François, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1979.

HEYBERGER Bernard (dir.) *Orientalisme, science et controverse. Abraham Ecchellensis (1605-1664)*, Turnhout, Brepols, 2010.

HILL Enid, *Al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of `Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri Egyptian Jurist and Scholar 1895-1971* Cairo, The American University in Cairo Press, 1987.

VAN HOËVELL W.R. <Varia; brief aan den heer S. Keijzer>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië*, vol. 15, no. 1, 1853, p. 452-454.

VAN HOËVELL W.R., <Varia; antwoord aan S. Keijzer>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië*, vol. 24, no. 1, 1862, p. 260-261 (cf. *ibidem*, p. 195-197).

HOLLEMAN J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981.

HUSSIN Iza, <The Pursuit of the Perak Regalia: Islam, Law, and the Politics of Authority in the Colonial State>, *Law & Social Inquiry*, vol. 32, no. 3, 2007, 759-788.

IRWIN Robert, *For Lust of Knowing. The Orientalists and Their Enemies*, London, Allen Lane, 2006.

JEPIE Shamil, MOOSA Ebrahim, et ROBERTS Richard (eds), *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa. Colonial Legacies and Post-Colonial Challenges*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2010.

JUYNBOLL Th.W., *Handleiding tot de kennis van de Mohammedaansche wet, volgens de leer der Sjafi`itische school*, Leiden, E.J. Brill, 1930, quatrième édition, (orig. 1903).

KEMPER Michael, <`Adat against Shari`a: Russian Approaches Toward Daghestani 'Customary Law' in the 19th Century>, in *Ab Imperio* 3, 2005, p. 147-174.

KEYZER Salomo, *Handboek voor het Mohammedaansche regt*, 's Gravenhage, Gebroeders Belinfante, 1853.

KEYZER Salomo, *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite Châfeite, par Abou Chodja'. Publication du texte arabe, avec traduction et annotations*, Leiden, E.J. Brill, 1859.

KEYZER Salomo, *Mawerdi's publiek en administratief regt van den Islam. Met een inleiding over de toepasselijkheid van dat regt in Nederlandsch Indië*, 's Gravenhage, H.C. Susan, C.Hz., 1862.

KEYZER Salomo, <Varia; brief aan de redacteur W.R. van Hoëvell>, *Tijdschrift voor Nederlandsch Indië* vol. 24, no. 1, 1862, p. 258-260 (cf. *ibidem*, p. 54-57 et p. 195-197).

KOMMERS Jean H.M., *Besturen in een onbekende wereld. Het Europese binnenlands bestuur in Nederlands-Indië: 1800-1830. Een antropologische studie*, Meppel, Krips Repro, 1979, 2 vol.

KOMMERS Jean, <Ethnography in the Netherlands East Indies 1850-1900. Social Change and Representations of Indonesian Cultures>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 757-789.

KUGLE Scott Alan, <Framed, Blamed and Renamed: The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia>, *Modern Asian Studies*, vol. 35, no. 2, 2001, p. 257-313.

LAFFAN Michael F., <Raden Aboe Bakar. An Introductory Note Concerning Snouck Hurgronje's Informant in Jeddah ((1884-1912))>, in *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, vol. 155, no. 4, 1999, p. 517-542.

LAFFAN Michael F., <Writing from the Colonial Margin: The Letters of Aboe Bakar Djajadiningrat to Christiaan Snouck Hurgronje>, in *Indonesia and the Malay World*, vol. 31, no. 91, 2003, p. 356-380.

LAFFAN Michael F., *Islamic Nationhood and Colonial Indonesia. The Umma Below the Winds*, London, RoutledgeCurzon, 2003.

LAÏMECHE Ahmed, *Averroès. Bidayat al moudjetahid. Manuel de l'interpète des lois et traité complet du juriste. Livre des échanges. Théorie générale des contrats et obligations. Des différents contrats. Traduit par ...*, Alger, Minerva, 1940.

LAROUÏ Abdallah, <Muhammad al-Hajwi et l'ordre urbain>, in Abdallah Laroui, *Esquisses historiques*, Casablanca, Centre culturel arabe, 1992, p. 115-121.

MAHMASSANI S., *Falsafat al-tashri fi al-islam. The Philosophy of Jurisprudence in Islam. Translated by Farhat J. Ziadeh*, Leiden, E.J. Brill, 1961.

MASSIER A.W.H., *The Voice of the Law in Transition. Indonesian Jurists and their Languages, 1915-2000*, Leiden, KITLV Press, 2008.

MESSICK Brinkley, «On the Question of Lithography», *Culture & History*, no. 16, 1997, 158-176.

MESSICK Brinkley, *The Calligraphic State. Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley, University of California Press, 1993.

MEURSINGE Albert, *Handboek van het Mohammedaansche regt, in de Maleische taal; naar oorspronkelijke, Maleische en Arabische, werken van Mohammedaansche regtsgeleerden bewerkt door ...*, Amsterdam, Johannes Müller, 1844.

MILLIOT Louis, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953.

MILLIOT Louis et LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne. Tribunal du Ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'ouléma (Medjlès Al-Istinâf)*, Paris, Ernest Leroux, 1920-1952, 4 vol.

MOESTAPA Hadji Hasan, *Over de gewoonten en gebruiken der Soendaneezen. Uit het Soendaasch vertaald en van aantekeningen voorzien door R.A. Kern*, 's- Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1946.

MONTAGNE Robert, <Une tribu berbère du Sud Marocain. Massat>, in *Hespéris*, vol. 4, no. 4, 1924, p. 357-403.

OTTO, Jan Michiel et POMPE, Sebastiaan, <The Legal Oriental Connection>, in Willem Otterspeer (ed.), *Leiden Oriental Connections 1850-1940*, Leiden, E.J. Brill, 1989, p. 230-249.

PIJPER G.F., <Professor Dr. Pangeran Ario Hoesein Djajadiningrat, 8 december 1886 - 12 november 1960>, in *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, vol. 117, no. 4, 1961, p. 401-409.

PIJPER G.F., *Studiën over de geschiedenis van de Islam in Indonesia 1900-1950*, Leiden: E.J. Brill, 1977.

POUILLON François (dir.), *Dictionnaire des orientalistes de langue française*, Paris, Karthala, 2008.

POUILLON François et RIVET Daniel (dir.), *La sociologie musulmane de Robert Montagne*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2000.

PRINS Jan, *Adat en Islamietische plichtenleer in Indonesië*, 's-Gravenhage : W. van Hoeve, 1948 (troisième édition 1954).

RENAUD H.-P.-J., <L'enseignement des sciences exactes et l'édition d'ouvrages scientifiques au Maroc avant l'occupation européenne>, in *Hespéris* vol. 14, no. 1, 1932, p. 78-89.

SAID Edward W., *Orientalism*, London, Routledge & Kegan Paul.

SCHEFOLD Reimar, <Indonesian Studies and Cultural Anthropology in Leiden: From Encyclopedism to Field of Anthropological Study>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 1, p. 69-93.

SNOUCK HURGRONJE Christiaan, *Verspreide geschriften*, Bonn et Leipzig, Kurt Schroeder, Leiden, E.J.Brill, 1923-1927, 6 vol.

SNOUCK HURGRONJE Christiaan, *Œuvres choisies de C. Snouck Hurgronje présentées en français et en anglais par G.-H. Bousquet et J. Schacht*, Leiden, E.J. Brill.

SNOUCK HURGRONJE Christiaan *et al.*, <Adat Guide>, in J.F. Holleman, J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. 262-265.

SONIUS H.W.J., <Introduction>, in J.F. Holleman, J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. xxix-lxvii.

STOLER, Ann Laura, *Along the Archival Grain. Epistemic Anxieties and Colonial Common Sense*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2009.

STRIJBOSCH A.K.J.M., *Juristen en de studie van volksrecht in Nederlands-Indië en Anglofoon Afrika*, Nijmegen, Instituut voor Volksrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Nijmegen, 1980.

TROUWBORST Albert A., <Anthropology, the Study of Islam, and Adat Law in The Netherlands and the Netherlands East Indies, 1920-1950>, in Han Vermeulen et Jean Kommers (eds), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002, vol. 2, p. 673-694.

UHLENBECK E.M., *Critical Survey of Studies on the Languages of Java and Madura*, 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1964.

VALENSI Lucette, *Mardochée Naggiar. Enquête sur un inconnu*, Paris, Stock, 2008.

VATIN Jean-Claude, <Exotisme et rationalité: A l'origine de l'enseignement du droit en Algérie (1879-1909)>, in Jean-Claude Vatin (dir), *Connaissances du Maghreb. Sciences sociales et colonisation*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, p. 161-183.

VAN VOLLENHOVEN Cornelis, , *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië (1906-1931)*. Voir: HOLLEMAN J.F. (ed.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law. Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië (Volume I, 1918; Volume II, 1931)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1981.

VAN VOLLENHOVEN Cornelis, *De ontdekking van het adatrecht*, Leiden, E.J. Brill, 1928.

WAKIN Janet, *Remembering Joseph Schacht (1902-1969)*, Cambridge, MA, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, 2003.

WEBER Andreas, <Encountering the Netherlands Indies. Caspar G.C. Reinwardt's Field Trip to the East (1816-1822)>, *Itinerario* vol. 33, no. 1, 2009, p. 45-60.

WITKAM Jan Just, <Inleiding>, in Christiaan Snouck Hurgronje, *Mekka in de tweede helft van de negentiende eeuw. Schetsen uit het dagelijks leven. Vertaald en ingeleid door Jan Just Witkam*, Amsterdam et Antwerpen, Atlas, 2007, p. 7-182.

WITKAM Jan Just, Jan Just Witkam, <Ibn Khaldûn en de Nederlanders. Handschriften en ideeën>, in Maaike van Berkel et Rudi Künzel (eds), *Ibn Khaldûn en zijn wereld*, Amsterdam, Bulaaq, 2008, p. 224-247.

ZEYS E. E. OULD SIDI SAÏD Mohammed, *Recueil d'actes judiciaires arabes avec la traduction française et des notes juridiques*, Alger, Adolphe Jourdan, 1886, deuxième édition revue par Henri Pérès 1946.

ZOMEÑO Amalia, <El derecho islámico a través de su imagen colonial durante el Protectorado español en Marruecos>, in Fernando Rodríguez Mediano et Helena de Felipe (eds), *El protectorado español en Marruecos. Gestión colonial e identidades*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002, p. 307-337.