

Le droit comme force sociale dans la culture et dans l'histoire de l'Islam

par

J. N. D. ANDERSON (*suite*)*

Plus importants cependant, dans le contexte actuel, sont les résultats de fait qui ont été obtenus, et les bases juridiques sur lesquelles tout cela a été accompli. On pourrait peut-être les résumer comme suit :

a) Divorce légal à la demande de la femme.

Dans ce domaine des réformes considérables ont été réalisées et une femme musulmane peut maintenant obtenir une dissolution judiciaire de son mariage si le mari se trouve avoir été atteint par quelque maladie dangereuse à l'époque du mariage, ou, en certains cas, s'il l'a contractée par la suite; s'il manque à son devoir d'entretenir son épouse; s'il la soumet à un traitement intolérable; et, dans certains pays, s'il l'a privée longtemps de sa compagnie.

Ces réformes ne soulevèrent pas de grandes difficultés, car chacune d'elles était sanctionnée par l'opinion dominante dans au moins une des écoles orthodoxes. Evidemment elles ont suscité une certaine contradiction, soit de la part des adversaires que rencontre toute tentative de changement, soit des esprits opposés à toute loi qui cherche son inspiration dans une pluralité d'écoles différentes, soit de ceux qui s'élèvent contre tout affaiblissement du lien matrimonial. Mais on ferait mieux, semble-t-il, de diriger l'indignation morale de ces derniers vers un effort pour restreindre le pouvoir presque illimité de répudiation dont jouissent encore les maris musulmans.

(*) Cf. *IBLA*, n° 85, pp. 29-54.

J. N. D. ANDERSON

b) Restrictions du droit de répudiation du mari.

Ici le progrès est beaucoup moindre. Il est vrai qu'on a déclaré nulles et non avenues les formules de divorce prononcées sous l'influence de la menace ou de l'alcool, ou simplement à titre de serment ou de menace; qu'on considère actuellement la déclaration du divorce par la triple formule émise en une seule fois comme équivalent seulement à une répudiation simple, et donc révocable. Mais même ces réformes limitées, — car elles ne dépassent guère l'affirmation que, désormais, les formules de divorce ne seront normalement effectives qu'à condition d'avoir été réellement prononcées par les maris dans cette intention, — n'ont pu être effectuées que sur une base juridique très précaire; en effet, certaines d'entre elles allaient à l'encontre de ce qu'on avait considéré jusque-là comme le consensus de l'Islam orthodoxe, et ne pouvaient trouver de soutien en dehors des théories de certains commentateurs des origines, ou de réformateurs plus récents, mais très indépendants.

En Syrie seulement on a fait un pas de plus, en stipulant qu'au cas où un homme aurait évidemment lésé sa femme en la répudiant sans cause valable, et où celle-ci par conséquent pourrait se trouver en difficultés, le tribunal peut obliger le mari à lui verser une certaine somme d'argent comme compensation. Aucun réformateur n'a encore osé aller plus loin (22).

On avait, il est vrai, proposé en Egypte en 1926, d'interdire à un mari de répudier sa femme avant présentation devant le tribunal et examen des circonstances par les deux arbitres familiaux que prescrit le Coran en cas de discorde conjugale; mais une stipulation à ce sujet, acceptée par le Cabinet, fut rejetée par le roi Fu'âd, — et de toute façon elle n'aurait fait que de statuer sur le châtement du contrevenant à ces dispositions, sans invalider la répudiation prononcée en violation de ces termes.

(22) Même pour une réforme aussi évidente que de dire qu'une formule de répudiation prononcée par manière de plaisanterie devrait être considérée comme nulle : car ici intervient une tradition (considérée comme prophétique) qui affirme le contraire.

(*) Ces pages ont évidemment été rédigées avant la parution du Code de Statut Personnel tunisien en août 1956. (N.D.L.R.)

c) Restriction des mariages d'enfants.

On y est parvenu en Egypte par un stratagème de procédure aux termes duquel aucune cause matrimoniale contestée ne peut être reçue par les tribunaux s'il s'agit d'un mariage qui n'a pas été enregistré; d'autre part on défend d'enregistrer les mariages avant que les parties aient atteint l'âge déterminé. Un mariage d'enfants peut donc être considéré par les *'ulamâ'* comme valide devant Dieu, mais dans la plupart des cas il ne sera pas reconnu comme tel par les tribunaux, sauf dans le cas de la paternité.

Ailleurs on a déclaré les mariages irréguliers (*fâsîd*) à moins que les parties n'aient atteint un certain âge minimum et satisfait à certaines exigences expressément mentionnées; ceux qui ne tiennent pas compte de ces dispositions sont passibles d'une punition. Si cependant survient une naissance ou que la grossesse devienne apparente, on autorise que le mariage même reste stable (23).

d) Restriction de la polygamie.

En Egypte Moh'ammed 'Abdu suggéra, il y a un certain nombre d'années, que le « verset de la polygamie » dans le Coran devait être considéré comme portant interdiction à un homme d'épouser plus d'une femme s'il n'est pas capable d'en traiter plusieurs sur un pied d'égalité, et s'il n'a pas les moyens non seulement de subvenir aux besoins de ceux qui actuellement dépendent de lui, mais encore d'en augmenter le nombre (24).

En 1926, le Cabinet égyptien approuva à ce sujet une disposition statuant qu'un homme qui avait déjà une femme serait passible de peines s'il contractait un deuxième mariage sans autorisation du tribunal : mais cette réforme fut rejetée par le roi Fu'âd.

Plus récemment cependant, une clause analogue a été incluse dans le Code syrien du Statut personnel, par laquelle le

(23) Voir la Loi syrienne du Statut Personnel, section 40 (2).

(24) Ceci est basé sur la traduction de la phrase « *alla ta'âlâ* » qui fut suggérée par une autorité aussi grave qu'al Chafé'i lui-même, mais que la tradition n'a pas suivie.

tribunal a reçu le pouvoir de refuser à un homme qui serait incapable d'entretenir deux femmes l'autorisation de conclure un deuxième mariage (25); et on a déjà noté qu'en Syrie tous les mariages qui négligent les conditions prescrites sont considérés comme irréguliers, sauf dans le cas où une grossesse devient apparente.

e) Dispositions testamentaires.

En ce qui concerne les testaments, deux réformes importantes ont été accomplies. La première dont l'application est limitée à l'Égypte et au Soudan, stipule que les legs, même à un héritier, sont valides et effectifs s'ils ne dépassent pas dans l'ensemble un tiers du montant net de la fortune, que les autres héritiers soient consentants ou non; la seconde qui est dans ses lignes générales commune à l'Égypte et à la Syrie, autorise que, en cas de survie d'un oncle qui comme fils du défunt excluait tous les autres descendants plus lointains, des « legs obligatoires » soient imposés par le tribunal si c'est nécessaire, en faveur de petits-enfants, qui autrement seraient exclus de toute participation à la fortune de leurs grands-parents.

La première va contre le consensus établi de l'Islam sunnite, en faveur d'une opinion soutenue seulement par les Chiïtes duodécimains; mais en Égypte on la justifia dans une large mesure, en mettant en question la tradition sur laquelle on basait à l'origine l'interdiction du legs aux héritiers, et en faisant appel à la structure de la société moderne (où un homme dont le seul proche parent est une fille, pourrait bien faire des objections au fait que la moitié de sa fortune irait à un cousin lointain).

Mais l'introduction des « legs obligatoires » est une chose encore plus curieuse, car ce stratagème sert à franchir l'unique lacune importante (26) que comporte le système islamique des successions *ab intestato*, et cela sur la base d'une application nouvelle du « verset des legs » dans le Coran, verset qu'aupa-

ravant la plupart des Sunnites considéraient comme abrogé (27).

f) Donations « waqfs ».

La réforme égyptienne de 1946 a révolutionné le droit. Elle a eu comme résultat que tous les *waqfs* futurs — sauf ceux qui serviraient à construire une mosquée ou seraient affectés à ses intérêts —, pourraient toujours être révoqués par le fondateur; elle stipulait que tous les *waqfs* de charité, sauf ceux affectés à la construction d'une mosquée, pouvaient à sa discrétion être transformés de perpétuels en temporaires; elle interdit la création de nouveaux *waqfs* familiaux conçus au profit de plus de deux générations de bénéficiaires ou qui dureraient plus de 60 ans après la mort du testateur.

Une disposition semblable concernant les *waqfs* familiaux a été introduite en Liban — et y reste en vigueur —, mais actuellement ce genre de *waqfs* a été interdit et liquidé aussi bien en Syrie qu'en Égypte.

En général on peut dire que la base juridique de ces réformes — et d'une quantité d'autres points qu'il n'est pas possible de discuter ici en détail —, se trouve dans les règles qui ont été exposées : c'est-à-dire le principe que le législateur peut restreindre ou définir la juridiction des tribunaux. En certains cas, on s'est contenté d'employer l'expédient de la procédure; plus souvent on a fait un choix éclectique parmi les doctrines soutenues par les différentes écoles de juristes, choix exclusivement basé sur la conformité de la règle avec la vie moderne, sans se préoccuper de sa base juridique; et parfois les deux méthodes ont été employées simultanément.

Dans quelques cas particuliers on peut difficilement nier que les réformes ne constituent un emploi nouveau du droit de déduction indépendante (*ijtihad*); cependant les réformateurs eux-mêmes l'ont, en général, nié au moins officiellement; ils préfèrent justifier chaque réforme par un appel à une autorité du passé; là-même où la disposition envisagée consiste dans une combinaison d'éléments empruntés à des doctrines diamétralement opposées, dont chacune est étayée sur des bases mutuellement contradictoires.

(25) Section 17.

(26) C'est-à-dire la représentation dans de telles circonstances.

(27) Bien qu'on ait cité les opinions de certains, qui n'étaient pas d'accord avec cette opinion, évidemment pour appuyer cette réforme.

Le Mémoire explicatif qui accompagnait la loi syrienne de 1953 déclare explicitement qu'on pourrait trouver parmi ses articles certaines dispositions qui furent adoptées par le comité de rédaction comme « non-contraires à la *chari'a* ». Il ne peut donc pas y avoir de doute que le motif qui inspire ces réformes était la pression de la vie moderne, la transformation de la société et la conscience sociale; que l'inspiration en était généralement occidentale, et la forme seulement islamique. Elles apportent donc un exemple captivant de la façon dont une loi nominale immuable peut se transformer en pratique, et fournissent un test indispensable du progrès dans le développement social du monde arabe.

En contraste aigu avec les pays arabes, la Turquie, en 1926, abandonna totalement la *chari'a* en faveur de codes occidentaux. Cette coupure décisive avec le passé met clairement en relief la détermination non-équivoque d'Ataturk de créer un Etat moderne et laïc sur un modèle européen. Il serait plein d'intérêt de faire des suppositions sur la manière dont ces codes européens ont évolué dans leur nouvelle ambiance, et de savoir si 30 ans d'application par des tribunaux turcs à des litigants turcs ont pu révéler des divergences importantes par rapport aux méthodes d'application usitées dans leurs pays d'origine.

En effet une conférence organisée par le Comité International de Droit Comparatif s'est réunie à Istanbul en 1955 pour examiner cette question.

Mais quoi qu'il en soit, il ne peut y avoir de doute que les mariages et les divorces dans la forme islamique font toujours, dans les villages de l'Anatolie, une forte concurrence aux mariages monogamiques et aux divorces exclusivement légaux qui sont les seuls reconnus par le Code suisse.

Jusqu'à une date encore récente, la faille ouverte, dans la plupart des pays arabes entre les tribunaux charaïques avec le droit qu'ils appliquent d'une part, les tribunaux séculiers et le droit qu'ils appliquent de l'autre, était presque aussi marquée que jamais.

Il est vrai que la codification progressive du droit mise en œuvre par les tribunaux charaïques rapprochait de plus en

plus celui-ci des « codes civils », au moins dans sa forme extérieure; mais la Loi des Obligations et Contrats qui finalement remplaça la *Majalla* comme Droit Civil au Liban en 1932, était, comme celle de l'Egypte, carrément basée sur les modèles français.

Un nouveau départ fut cependant amorcé, au moins en théorie, par le Code Civil égyptien de 1948, qui entra en vigueur avec l'abolition en 1949 des tribunaux mixtes dans ce pays; car on donna beaucoup de publicité au fait que ce code était non seulement basé sur les codes précédents, mais également sur les décisions des tribunaux égyptiens, les ressources de la législation comparative, et les richesses de la *chari'a*; de telle sorte qu'au lieu d'adopter en sa totalité un code étranger, l'Egypte avait fait une sélection des résultats, les plus remarquables de la pensée juridique moderne et les avait combinés avec le meilleur de son propre héritage culturel.

Mais les débats qui précédaient l'adoption du code révélèrent que, malgré toute cette propagande, près des cinq sixièmes du nouveau code étaient issus de celui de 1883, et qu'on pouvait dire du dernier sixième que très peu de choses représentaient une adaptation nouvelle de règles dérivées directement ou exclusivement de la *chari'a*.

Outre cela Abdel-Razzâq al-Sanhûri, architecte principal de ce code, maintint courageusement, en réponse aux avis prétendant qu'un code civil aurait pu être basé exclusivement sur la *chari'a*, que l'on avait en fait utilisé toutes les dispositions de la *chari'a* capables d'entrer convenablement dans cette loi.

De plus ce code formait la base du Code Civil syrien, promulgué en 1949; car les Syriens adoptèrent le modèle égyptien avec seulement des modifications de peu d'importance, dans toutes les matières, celles de la propriété réelle et des preuves exceptées (28).

On doit admettre cependant que le Code Civil promulgué en 1951 en Irak, quoi qu'il ait été dans une large mesure con-

(28) Ces deux cas étaient déjà réglés par la législation antérieure; cf. dans ce contexte mon article : *The chari'a and Civil Law* (the debt owed by the new civil codes of Egypt and Syria to the Charî'a), dans *Islamic Quarterly*, I, 1, 1954, p. 29-46.

gu par le même Abdel-Razzâq al-Sanhûri, trahit une dette beaucoup plus considérable envers la *charî'a* que la législation égyptienne ou syrienne.

Cela peut évidemment s'expliquer par le fait qu'ont été purement et simplement retenues en grand nombre les dispositions de la *Majalla* qui (au contraire de l'Égypte) était encore en vigueur en Irak jusqu'à son remplacement par le nouveau code.

Mais on prétend dans l'exposé des objectifs et des motifs qui accompagnait le code (à ce que l'on croit il aurait été composé par al-Sanhûri lui-même) que ses initiateurs furent poussés par le désir de préparer la voie à l'éventuelle apparition d'un « Code Civil Arabe », et qu'ils envisagèrent leur œuvre sous l'étiquette d'une « revivification » du droit islamique, à la façon d'un compromis entre la dépendance excessive par rapport au droit étranger d'un côté — telle qu'elle avait caractérisé l'Égypte, la Syrie, le Liban, la Tunisie et le Maroc, — et d'autre part la fidélité exagérée au passé qui avait régné en Irak, Palestine et Jordanie. Et ils semblent croire qu'un programme adéquat de recherches pourrait mener à une revivification encore plus complète de la *charî'a*.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas douter que l'abîme entre les tribunaux séculiers et religieux et les droits qu'ils appliquent respectivement tend actuellement à diminuer.

La codification et la modernisation grandissantes du droit personnel ont eu comme pendant, jusqu'à un certain degré, une plus grande fidélité à la *charî'a* en tant que source capable de donner partiellement naissance à de nouveaux codes de droit civil.

Par voie de conséquence, la formation spécialisée et les connaissances exigées du personnel destiné à équiper les différents tribunaux cessèrent d'être aussi nécessaires; or, cela coïncide, dans certaines régions avec le renforcement d'une tendance à supprimer les multiples tribunaux des différentes communautés religieuses, en faveur d'un système unifié de tribunaux d'Etat.

(29) Voir mon article sur *Law reform in the Middle East*, dans *International Affairs* XXX, I, 1956, p. 53-61, surtout p. 51.

Il n'y a donc pas à s'étonner que les tribunaux des communautés, comme les tribunaux charaïques aient été abolis en Égypte à partir de 1956 (29); le droit personnel des litigants doit pourtant continuer d'être appliqué par les tribunaux nationaux dans les affaires de mariage et de divorce, avec l'aide d'experts qui conseillent les juges dans le droit qui doit être utilisé (tandis que les *qâdhis* des tribunaux charaïques peuvent être appelés comme juges dans les tribunaux nationaux).

Aucun autre pays arabe n'a encore suivi l'avance de l'Égypte dans ce domaine —; mais la tendance en faveur de tribunaux unifiés et d'un droit codifié facilement accessible à tous ne fera vraisemblablement que s'étendre.

Ainsi le droit de l'avenir, d'un bout à l'autre, représentera certainement une synthèse de concepts occidentaux et islamiques; le premier élément exercerait une influence prédominante dans le droit civil, commercial et criminel, tandis que le second, dans certaines limites dans le domaine du droit familial et personnel — avec des dispositions spéciales sur ce dernier point pour les chrétiens et les autres communautés non-musulmanes.

C'est encore une question de la plus haute importance de savoir jusqu'à quel point l'exemple du développement juridique qu'on peut discerner dans le monde arabe va se retrouver dans des pays musulmans tels que le Pakistan qui ont récemment obtenu leur indépendance (30).

Dans le subcontinent indien l'application du droit musulman par les tribunaux a été restreinte pendant presque un siècle (31), aux questions telles que le droit familial, héritage, donations et *waqf* (32) en ce qui concerne les litigants musul-

(30) Ou l'Indonésie, ou encore la Malaisie et même la Nigéria du Nord, qui obtiendront bientôt leur indépendance.

(31) C'est-à-dire depuis que des promulgations comme celle du « Indian Penal Code » (1862) et le « Indian Evidence Act » (1872) eurent mis fin aux restes de la prépondérance généralisée du droit islamique sous les Moghols.

(32) Ensemble avec la loi sur la préemption comme une question de « justice, d'équité et de bonne conscience », loi qui est même appliquée, comme droit coutumier, à ceux des Indous qui l'ont adoptée comme telle.

mans. Même dans ce domaine cependant, le droit écrit (33) et des concepts juridiques anglais (34) ont fait des incursions considérables, surtout peut-être dans l'acceptation du principe du *stare decisis* et par voie de conséquence dans la métamorphose qui affecta le droit anglo-musulman devenu un droit de juges, — de droit de juristes qu'il était auparavant.

Il est à noter également que dans l'Inde, les tribunaux sont unifiés depuis des siècles; les mêmes tribunaux ont appliqué régulièrement, sous les mêmes règles de l'évidence, le droit général, aussi bien que le droit personnel des litigants individuels; c'est sans doute ce fait qui, dans une large mesure, explique que, même dans les matières gouvernées par le droit islamique, l'influence des concepts et des principes anglais ait été si répandue.

De plus, le droit coutumier a pendant des siècles fortement concurrencé la *chari'a*, spécialement dans certaines communautés converties à l'Islam depuis une date relativement récente; mais l'adoption de la « Shariat Act » en 1937 marqua un grand pas vers la suppression de cette rivalité. Également importante, mais d'une autre façon, fut la Loi de 1939 sur la dissolution des mariages musulmans, car elle représentait la première application, aux Indes, du système si largement utilisé dans les pays arabes, d'une codification de préceptes tirés d'une quantité d'écoles différentes de droit musulman (35).

Il est extrêmement difficile de prévoir ce qui va se passer au Pakistan (36) une fois que la situation dans ce pays troublé

(33) P. e. le « Caste Disabilities Removal act » (1850); l' « Age of Consent Act » (1891); et la « Child Marriage Restraint Act (1929).

(34) P. e. le cas de la loi sur les *waqfs* où une grave ingérence de principes anglais avait tellement bouleversé les Musulmans de l'Inde, qu'on essaya de rétablir la doctrine islamique en votant le « Muslim Wakf Validating Act » (1913); mais on pourrait en citer de nombreux autres exemples.

(*) Rappelons ici encore les importantes réformes réalisées à ce sujet en Tunisie en 1956-1957; cf. IBLA n° 81, p. 77 ss. (N.D.L.R.).

(35) Quoiqu'elle ne puisse se réclamer d'aucune autorité de ce genre dans certaines de ses dispositions; dans d'autres, au contraire, on a utilisé l'autorité appropriée avec beaucoup de liberté.

(36) Il est à noter qu'en Indonésie, d'autre part, le « *adat* » ou droit coutumier a toujours eu le dessus sur la *chari'a* dans une large mesure. Il semblerait donc qu'ici le droit de l'avenir doit représenter un mélange des trois éléments : droit moderne, droit islamique et droit coutumier.

se sera stabilisée. Jusqu'à ce jour aucun changement n'a été introduit dans la forme modifiée du Droit musulman qu'appliquaient les tribunaux, même dans des matières aussi controversées que le heurt du « Cast Disabilities Removal Act » (1850) avec le droit islamique des héritages. Mais la nouvelle Constitution, en disposant que toutes les lois existantes doivent être mises en conformité avec les principes de l'Islam comme posés dans le « Coran » et la « Sunna », pourrait — et devrait effectivement — conduire aux changements les plus drastiques et les plus fondamentaux.

Mais alors que ces termes sembleraient prédire un retour vers l'orthodoxie musulmane, considérons le rapport (37) voté par la majorité d'une Commission instituée en août 1955, pour étudier « si les lois existantes concernant le mariage, le divorce, la pension alimentaire et autres matières subsidiaires parmi les musulmans, requièrent une codification pour donner aux femmes leur place propre dans la société selon les principes fondamentaux de l'Islam »; ce rapport fait des propositions pour introduire, dans le droit familial, des réformes correspondantes réalisées dans les pays arabes.

Il y a davantage : les membres de cette Commission ne se sont pas contentés des expédients juridiques chers au monde arabe, mais ils ont revendiqué sans équivoque le droit de *ijtihâd*, un droit qui, selon leur pensée évidente, appartient à tout musulman honnête indépendamment de son degré de culture juridique. Leur but avoué, en effet, était de « revenir à l'esprit original du Coran et de la Sunna » qui « ont souffert au cours des siècles beaucoup de déformations »; car ils ne considèrent pas « les lois et les préceptes de l'Islam comme inflexibles et inchangeables comme les codes, proverbiaux, des Mèdes et des Perses ».

Cette attitude est beaucoup plus dynamique, quoique moins solidement fondée que celle des réformateurs arabes, et l'abîme entre le traditionalisme réactionnaire des mollahs pakistanais et le libéralisme sans bornes de ces progressistes est aussi profond que large.

(37) Publié dans la « *Gazette of Pakistan, Extraordinary* », du 20 juin 1956 (Government of India Press, Karachi).

Le type de système juridique en ce Pakistan qui entend se conformer aux « principes de l'Islam », va donc évidemment dépendre de la tendance qui l'emportera dans l'interprétation de ces principes.

L'OPINION PUBLIQUE.

On peut se demander dès lors quelle attitude adoptent les peuples de ces pays en face de ces systèmes de droit : l'occidental, l'islamique ou un mélange des deux. Une réponse unique serait ici insuffisante, car les différentes classes de la population, et même les différents groupes dans une même classe, adoptent souvent des points de vue diamétralement opposés.

Il n'y a pas de doute que la grande majorité du peuple à travers le monde arabe par exemple (38), restent des musulmans, convaincus quoique ignorants. Dans la plupart de ces pays, en outre, ils ont toujours tendance à se grouper, dans une large proportion, autour de l'un ou l'autre chef religieux local, que ce soit un des *machâ'ikh* des confréries Sufi ou un des *'ulamâ'* traditionnels.

Par conséquence la masse du peuple considère toujours la *charî'a*, si peu qu'elle soit connue, avec une crainte révérentielle, et ils pressentent instinctivement qu'un gouvernement authentiquement islamique l'observerait et l'appliquerait dans sa totalité.

Les problèmes que cela comporterait ne sont, évidemment, ni appréciés, ni compris : mais d'une manière générale le gouvernement existant est dans une large mesure considéré comme apostat, et le droit civil et criminel qu'il applique, comme une législation purement humaine quelle que soit la source dont elle dérive en fait. On ne commettrait donc pas de péché en esquivant ou en transgressant ce droit, surtout dans des questions comme la fiscalité; il sera pratiquement observé non seulement dans la mesure où on l'imposera effectivement, mais aussi selon le degré de léthargie ou d'audace que manifesterait le peuple; quelle que soit en effet l'étendue du droit de vote dont ils puissent jouir, ils n'ont pratiquement aucune idée des

concepts fondamentaux et des postulats de la démocratie moderne.

Au contraire, on peut résumer dans une large mesure, leur attitude dans des paroles qu'ils ont continuellement dans la bouche : « Ceux qui ne gouvernent (ou ne jugent) pas selon la révélation de Dieu, ce sont eux les impies, les incroyants, les oppresseurs ». Il serait certes exagéré de suggérer que cette attitude est dirigée directement contre les juristes des tribunaux civils, mais on peut affirmer sans doute aucun, que cette corporation d'où provient la majorité des hommes politiques, incarne l'esprit et la pratique contre lesquels on proteste.

Quand nous nous tournons vers ceux qui ont reçu quelque éducation du type classique, — soit l'enseignement limité des *machâ'ikh* sûfis, ou des lecteurs du Coran, soit celui, plus solide des *'ulamâ'* — nous prenons immédiatement conscience de l'influence des intérêts en cause. Cela ne veut pas dire, évidemment, qu'on ne trouve pas parfois une piété et une conviction véritables; mais la grande majorité de cette classe semble être guidée par des motifs d'intérêt personnel, et ils sont considérés ainsi par leurs compatriotes instruits. Ils exaltent alors inévitablement la *charî'a*, dont les *'ulamâ'* au moins prétendent toujours être les gardiens (39), et ont tendance à dénigrer le gouvernement avec tout ce qu'il fait. Mais même dans ce cas leur attitude peut changer à un certain degré selon les caprices de la politique.

Les plus intelligents parmi eux donnent en général un assentiment mitigé à des innovations comme les codifications juridiques des préceptes dérivés de la *charî'a*, même s'ils n'ont aucune sympathie pour l'éclectisme illimité sur lequel ces codes sont bâtis, car ils réalisent que la seule hypothèse, à plus ou moins longue échéance, est l'abandon complet de la *charî'a* : l'opposition qu'ils montrent parfois encore, est le plus souvent basée sur des rivalités personnelles, des différences d'opinion ou d'appréciation entre individus, ou la crainte profondément enracinée qu'un droit codifié les laisse inévitablement de côté, en faveur des gradués des Facultés de Droit.

(38) On pourrait dire la même chose du Pakistan.

(39) Tandis qu'ils sont souvent en même temps les bénéficiaires des *waqfs* de charité.

Leur attitude ne peut être mieux illustrée que par deux exemples : le premier est celui de Mustapha al-Marâghi, le cheikh de l'Azhar bien connu. Il passe pour avoir dit aux juristes auxquels il était associé dans un comité de réformes, que c'était à eux de suggérer les lois qu'ils considéreraient comme les plus favorables au bien public, et à lui de leur trouver une autorité appropriée dans la *charî'a*. Le second est le fait que l'adversaire le plus virulent des premières réformes du droit charaïque en Egypte, l'autorité malékite alors dominante à l'Azhar (40), accepta volontiers d'utiliser des principes analogues à partir du moment où elle fut invitée à se joindre au comité institué dans ce dessein.

Quant à ceux enfin qui ont reçu une instruction du type occidental, on peut les répartir à ce sujet en trois catégories principales.

Il y a d'abord des gens décidés à être des citoyens du monde moderne au plein sens du mot : ils sont persuadés que leur pays à eux, ou la « Nation arabe » dans son ensemble, seront forts et libres; convaincus que leur faiblesse passée et présente ont eu pour cause, dans une large mesure, l'autorité tyrannique des *'ulamâ'* et de tout ce qu'ils représentent; leur idéal est un Etat moderne séculier.

D'autres adoptent une attitude semblable, mais en faveur du communisme international. Ceux qui vivent dans ces perspectives n'ont que faire de la *charî'a* en tant que droit divin, car ils sentent qu'ils ont été trop longtemps enserrés dans les limites étroites d'un âge révolu; mais alors que certains d'eux applaudiraient à l'adoption du droit européen en sa totalité (41), comme en Turquie, d'autres désirent choisir ce qui leur convient le mieux parmi un certain nombre de codes modernes et dans leur propre héritage culturel; ils sont prêts à considérer la *charî'a* sous cet aspect exclusivement.

En second lieu il y a ceux qui ont réagi violemment contre les empiètements de l'Occident, non seulement intellectuels et spirituels, mais aussi politiques et économiques. Ils

(40) Chaykh Muh'ammed al-'Anâni.

(41) Surtout le droit russe dans le cas de ceux qui adoptent les théories communistes.

désirent assimiler la technique de l'Occident, mais en repousser la pensée, et ils rêvent d'un avenir où la religion et les idéaux de l'Islam pourront régner de nouveau en maîtres (42).

Cependant, au contraire de ceux qui n'ont pas eu d'éducation moderne, ils sont conscients de quelques-uns au moins d'entre les problèmes que cela implique nécessairement; entre eux ils sont extrêmement divisés sur le point de savoir jusqu'à quel degré ils désirent imposer de nouveau l'Islam tel qu'il était connu et interprété dans le passé ou au contraire le repenser — plus ou moins radicalement — dans des termes plus adaptés à la vie moderne.

Pour finir il y a ceux qui sont de vrais citoyens du monde moderne, mais qui restent néanmoins des musulmans convaincus, et pour lesquels la voie du compromis exerce l'attrait le plus fort. Le rêve d'une réinterprétation de la *charî'a* pour en faire un système à la hauteur de notre époque, leur paraît un idéal utopique et trop peu pratique : au lieu de cela ils se contenteraient d'un droit qui inclurait tous les éléments de la *charî'a* susceptibles d'être combinés commodément avec les principes qui leur semblent essentiels à la vie moderne — si éloignés qu'ils puissent être de la *charî'a*, et si hétérogène que puisse devenir l'amalgame qui en serait le fruit.

PROBLEMES FONDAMENTAUX.

Pour la première de ces catégories le principal problème c'est la méthode à employer pour vaincre, sans soulever le fanatisme des masses, l'opposition des chefs religieux traditionnels, et de ceux qui, tout en ayant reçu une éducation moderne, sont restés musulmans convaincus; ou concrètement, comment éduquer l'opinion publique en sa totalité dans le sens qu'ils croient être impératif.

Le problème qu'affrontent les hommes de la troisième classe, est celui de leur propre conscience à satisfaire et plus encore celle de leurs compatriotes plus réactionnaires, face à la perpétuation de la dichotomie existante dans un droit et

(42) P. e. les Frères musulmans avec leur devise « Le Coran est notre loi ».

un système de gouvernement qui groupent des éléments islamiques et certains autres qui semblent inconciliables avec eux.

Mais le problème devant lequel se trouve placé le deuxième, et le moins nombreux de ces groupes, est peut-être le plus redoutable de tous : comment réinterpréter la *chari'a* d'une façon qui en même temps s'accorde avec ses sources et s'adapte aux nécessités de la vie moderne. Ou bien encore, vu d'un autre angle assez différent, le premier groupe se demande comment se débarrasser le mieux possible de la *chari'a*, sauf comme d'un vague héritage culturel; le deuxième, comment transformer la *chari'a*, de façon à rétablir sa prédominance sans causer un chaos social, politique et économique; et le troisième comment lui donner un place honorable, certes, mais non prédominante; mais cela, quoi qu'on l'oublie souvent, est essentiellement une négation de l'idéologie fondamentale de l'Islam; on a fort bien dit en effet que « conçue comme il faut, la religion historique est un style de vie totalitaire, connu et enseigné par révélation divine et auquel peuvent arriver les hommes sur terre, dans leur vie politique, sociale et économique » (43).

Au Pakistan, la nécessité de résoudre de tels problèmes est inéluctable, car non seulement on a proclamé ce pays comme République Islamique, mais la raison d'être même du partage de l'Inde était la conviction de la majorité des musulmans indiens, qu'ils devaient former un Etat dans lequel ils pourraient suivre leur propre style de vie, libérés de la domination d'une majorité hindoue. En Indonésie également, le conflit entre ceux qui prônent un nationalisme laïc et ceux qui demandent un Etat islamique a pris la forme des partis politiques et même de la guerre civile.

Mais des problèmes semblables sont inhérents, quoique d'une manière moins aiguë, à la situation au Moyen Orient; car la Constitution de l'Egypte, par exemple, déclare que l'Islam est la religion de l'Etat*, tandis que la réclamation en faveur d'une telle clause, dans la Constitution de la Syrie, ne fut

(43) Kenneth CRAGG, op. cit. p. 142 ss.

(*) On sait que depuis cet article la nouvelle Constitution de la R.A.U. a évité de mentionner ce principe (N.D.L.R.).

abandonnée que moyennant une déclaration aux termes de laquelle le droit islamique devrait représenter une des sources principales de la législation syrienne (44).

Mais qu'est-ce qu'un Etat islamique, et qu'est-ce qu'une Constitution islamique? Nombreux sont les apologistes qui se sont appuyés sur l'égalité sujétion de tous au droit divin, sur l'égalitarisme mitigé des anciens Arabes, ou enfin, sur l'accent qu'on mettait dans l'ancien Islam sur la *chûra* ou assemblée consultative, pour trouver aussitôt dans les sources islamiques un fondement autorisé pour toutes les caractéristiques de l'Etat démocratique moderne. D'autres au contraire, qui considèrent l'histoire d'une manière plus objective, croient que la théocratie ou la nomocratie de l'idéal islamique classique peut légitimement se transformer en une forme de démocratie qui reste essentiellement islamique.

Mais quelle doit être la relation entre la législation d'un tel Etat et le droit sacré? Est-ce que le pouvoir législatif doit être souverain? (45) ou doit-on considérer une législation qui est contraire à la *chari'a* comme *ultra vires*? (46), et dans ce dernier cas, comment une telle législation doit-elle être empêchée ou invalidée, par quel organisme et selon quels principes? Est-ce que cela doit être confié à une Haute Cour? (47)

Le principe de la séparation des pouvoirs — qui est tout à fait contraire à l'histoire — doit-il être considéré comme un élément nécessaire dans l'Etat islamique de demain? Comment encore doit-on régler la relation du pouvoir exécutif avec le législatif, et comment ce dernier doit-il être constitué? Les non-musulmans doivent-ils jouir des mêmes droits que les musulmans pour faire les lois et formuler des institutions? Les femmes doivent-elles jouir du droit de vote et être éligibles pour accéder au pouvoir législatif?

(44) On a fondé une nouvelle école à Damas pour l'étude de la *chari'a*, principalement dans ce dessein.

(45) Comparez la déclaration aux termes de laquelle le premier des principes fondamentaux « de la Constitution de la République Islamique du Pakistan » est « la suprématie de la volonté du peuple, réalisées dans un parlement de représentant élus par lui ».

(46) Comme on l'a proposé au Pakistan — quoique ce soit contraire à la suprématie censément attribuée au Parlement.

(47) Ou à une commission d'« *ulamâ* » comme on l'avait proposé au début au Pakistan.

Comment ensuite la *chari'a* doit-elle être interprétée et appliquée ? En général on est d'accord pour penser, même parmi les extrémistes, que les peines rigoureuses du droit criminel, telles que la mutilation pour vol ou la lapidation pour adultère, ne doivent pas être remises en vigueur tant que les sollicitations à la malhonnêteté et la débauche, inhérentes à une ambiance capitaliste et laïque du type occidental, n'auront pas cédé la place à la justice sociale et à la moralité de l'idéal islamique. Mais les maux du capitalisme peuvent-ils être supprimés comme le prétendent certains, par la juste application de l'impôt-aumône islamique, par la division des fortunes, propre au système musulman des successions *ab intestato*, et par les lois interdisant l'usure ? et peut-on suffisamment endiguer les forces du relâchement moral par une séparation plus stricte des sexes et une insistance accrue sur le modèle islamique de pureté sexuelle (qui lui-même ne peut guère être séparé totalement de son arrière-plan de polygamie, concubinage des esclaves et divorce unilatéral) ?

Jusqu'à quel point encore, les tribunaux doivent-ils appliquer les préceptes de la *chari'a* ? Toute distinction nette entre droit et morale est, comme nous l'avons noté, essentiellement étrangère à l'Islam; mais la *chari'a* a toujours également comporté des préceptes que les tribunaux imposent, et d'autres dont la seule sanction se trouve être devant le tribunal de l'éternité.

En général les juristes musulmans ont déclaré que les tribunaux humains ne sont pas compétents pour déterminer les intentions des cœurs, mais ceci ne constitue nullement le seul critère.

On doit remarquer en outre que certaines des réformes récentes ont introduit des innovations précisément sur ce point; car d'une part elles consistent à créer des obligations qui n'avaient jamais existé auparavant, et d'autre part se refusent à en imposer d'autres qui avaient été précédemment en vigueur. Et bien que les motifs qui inspirent ces innovations soient généralement des plus recommandables, il y a danger évident de provoquer des conflits de loyauté et de conscience dans les éléments plus traditionnalistes de la population.

La *chari'a*, doit-elle être statique ou dynamique ? et dans ce dernier cas, comment peut-elle évoluer ? Peut-on donner à la doctrine du consensus une interprétation entièrement nouvelle dans les résolutions délibérées d'une assemblée consultative ? Dans ce cas, comment cette assemblée devrait-elle être constituée, et pourrait-elle être identifiée avec le pouvoir législatif ? Jusqu'à quel point encore peut-on étendre la réforme de la *chari'a* (comme elle est appliquée par les tribunaux), que ce soit par une nouvelle interprétation de la doctrine du consensus ou par d'autres moyens ? Doit-elle être limitée aux expédients actuels : refus de recevoir certaines requêtes, imposition de règlements administratifs qui « ne sont pas contraires à la *chari'a* », codification du droit basée sur un choix éclectique d'opinions juridiques que les tribunaux doivent appliquer en telle ou telle matière ? Peut-on même admettre qu'une disposition explicite du Coran ou de la tradition puisse être inapplicable à la vie moderne, ou encore que la nécessité ou même le bien public, puissent justifier un changement radical dans le droit ?

Que dire encore des problèmes du droit international ? Selon la doctrine orthodoxe, le monde est toujours divisé en *Dâr al-Islâm* (ou régions où l'Islam règne souverainement), et *Dâr al-H'arb* (ces autres régions du monde qui doivent être amenées par la force des armes à reconnaître la suprématie politique de l'Islam, avec lesquelles le Dâr al-Islâm ne peut entretenir de rapports pacifiques que passagèrement) ?

Mais une telle doctrine est à peine compatible avec la qualité de membre des Nations Unies.

Il n'y a non plus aucune disposition dans le droit musulman qui règle les relations entre deux Etats musulmans indépendants, car la théorie que l'Islam est un et essentiellement indivisible pénètre toute la doctrine : l'équivalent le plus proche serait à rechercher dans les discussions sur la manière dont le souverain d'un Etat islamique doit traiter un rebelle puissant.

Alors que les croyants d'une religion basée sur un livre révélé par Dieu (par exemple juifs ou chrétiens) peuvent être autorisés à suivre leur propre foi, comme membres sujets de

l'Etat musulman (48), on devrait offrir à tous les polythéistes le choix entre l'Islam et le glaive; en outre, l'« apostasie » de l'Islam est passible de la peine de mort (ou, dans le cas des femmes, d'emprisonnement, selon la doctrine hanéfite, jusqu'à la rétractation ou la mort). Mais tout cela est diamétralement opposé à la Déclaration des Droits de l'Homme (49).

Dans le passé, le statut des communautés non-musulmanes dans un Etat musulman était, comme on a fait remarquer, généralement réglé par le système des *millet*, selon lequel on leur permettait de suivre leur propre droit dans les questions du mariage, divorce, garde des enfants; et ce droit leur était administré par leurs propres tribunaux.

Mais non seulement ce système va contre les idées modernes de souveraineté et solidarité nationales, mais sous divers rapports il met en danger cette liberté religieuse même qu'il prétend sauvegarder; car tandis qu'il respecte l'intégrité du droit de la communauté, il a tendance à restreindre la liberté des individus de changer de communauté. Il est donc parfaitement soutenable qu'un droit séculier du mariage serait préférable; cependant une suggestion récente à ce sujet par un groupe de juristes libanais, a suscité l'opposition non seulement de la hiérarchie musulmane, mais aussi de celle des chrétiens.

Il est donc évident que le droit, comme force sociale, a des implications multiples, grosses de conséquences, dans l'histoire et la culture contemporaine du monde musulman.

Le droit islamique a exercé ce qu'on peut appeler une influence dominante seulement dans l'idéal théorique; il a joué un rôle vital, quoique moins prépondérant dans les faits historiques; et il a représenté un des aspects de la synthèse dans le *modus vivendi* auquel on a abouti. Il émerge de nouveau dans un autre compromis, beaucoup plus articulé, mais constamment changeant, avec le droit d'origine humaine, dans les réformes modernes; et il continue à exercer une influence incalculable sur les évolutions sociales et politiques.

(48) Sous la condition qu'ils payent les taxes prescrites, n'insultent pas l'Islam, etc...

(49) Qui, entre autres, prévoit la liberté dont jouit chaque individu de changer de religion.

On peut dire en effet que tout l'avenir de l'Islam comme système social et politique dépend d'une solution satisfaisante aux tensions inhérentes aux actuelles tendances pour réconcilier les doctrines et les institutions du droit sacré avec les réalités et les exigences de la vie moderne.