

# La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la « bataille du voile » dans les écoles publiques \*

Kilian Bälz \*\*

---

## Résumé

À première vue, l'article 2 de la Constitution égyptienne, qui fait des principes de la *shari'a* la source principale de la législation, peut sembler paradoxal : d'une part, le droit positif égyptien, c'est-à-dire un corpus juridique voté par le législateur égyptien selon une procédure définie ; de l'autre, la *shari'a*, c'est-à-dire un *corpus iuris* consistant dans les écrits juridiques des juristes musulmans (*fuqahâ*) se référant à l'islam pour légitimer leur travail. Dans cet article, l'analyse du raisonnement juridique suivi par la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, dans son arrêt portant sur le voile, sert de support à un questionnement théorique qui, s'inspirant des travaux de Teubner, cherche à apporter une réponse à ce paradoxe. Cette décision constitue l'illustration parfaite du combat pour la défense de l'autonomie de l'ordre juridique séculier, la Cour veillant à asseoir son pouvoir d'interprétation du droit islamique : tout en reconnaissant formellement l'autorité des règles de ce droit, elle se réserve en fait l'exclusivité de sa « substantialisation ».

*Droit positif - Égypte - Foulard islamique - Haute Cour constitutionnelle - Shari'a.*

---

## Summary

### **The Secular Reconstruction of Islamic Law : The Egyptian Supreme Constitutional Court and the "Battle over the Veil" in State-Run Schools**

At first sight, article 2 of the Egyptian Constitution, which provides that the principles of *shari'a* are the major source of legislation, represents a paradox : on the one hand, Egyptian positive law, that is a body of legal rules enacted by the Egyptian legislature through a specific procedure ; on the other hand, *shari'a*, that is a *corpus iuris* consisting of the legal writings of the Islamic jurists (*fuqahâ*) referring to Islam in order to legitimise their work. In this article, the analysis of legal reasoning followed by the Egyptian Supreme Constitutional Court, in its ruling on the veil, is employed as a basis for a theoretical discussion which attempts to answer

---

## L'auteur

*Referendar* à Berlin, diplômé en Middle East Studies (The American University in Cairo, 1994), LL.M. (School of Oriental and African Studies, University of London, 1995), docteur en droit (Freie Universität Berlin, 1997), Kilian Bälz est l'auteur de nombreux articles sur le droit égyptien, parmi lesquels on peut citer :

- « Shari'a and Qanun in Egyptian Law : A Systems Theory Approach to Legal Pluralism », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1996 ;
- « Submitting Faith to Judicial Scrutiny through the Family Trial : The Abū Zayd Case », *Die Welt des Islams*, vol. 37, 1997.

\* Traduit de l'anglais  
par Baudouin Dupret.

\*\* c/o Dantz,  
Knaackstrasse 8,  
D-10405 Berlin.

K. Bälz  
*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

this paradox in drawing from Teubner's writings. The case is particularly suited to illustrate the struggle for defending the autonomy of the secular legal order, the Supreme Court trying to gain control over the interpretation of Islamic law : while formally recognising the authority of its rules, it reserves the exclusive right to determine their substance.

*Egypt – Islamic veil – Positive law – Shari'a – Supreme constitutional court.*

---

En 1994, le ministre égyptien de l'Éducation a promulgué un arrêté réglementant le vêtement scolaire dans les écoles publiques. En vertu de ce nouveau texte, les élèves de sexe féminin étaient tenues de porter, à l'école secondaire, un uniforme scolaire consistant en un chemisier blanc et une jupe de « longueur appropriée ». De plus, cet arrêté disposait ce que suit sur le voile : « À la demande écrite de son tuteur (*wālī al-amr*), l'élève peut couvrir ses cheveux, pour autant qu'elle ne se couvre pas le visage<sup>1</sup> ». Le *niqâb*, le voile facial couvrant l'ensemble du visage, était par cet arrêté banni des écoles publiques. Il n'était plus permis que de porter le *hijâb*, une sorte de foulard. Par ailleurs, l'arrêté prévoyait l'interdiction pour les élèves qui ne se conformaient pas au nouveau code vestimentaire d'entrer dans les locaux scolaires<sup>2</sup>. Suite à cela, de nombreuses élèves furent exclues de l'école pour avoir porté le *niqâb*.

L'arrêté suscita instantanément une polémique publique connue à présent sous le nom de « bataille du voile » (*ma'rakat al-hijâb*). Des années plus tard, la tension n'est toujours pas retombée. Le journal *al-Sha'b*, fer de lance de la campagne contre la nouvelle réglementation de l'uniforme scolaire, a accusé la mesure prise par le ministre égyptien de l'Éducation d'être aussi « non islamique » que les politiques de sécularisation menées par le fondateur de la république turque. Il a ainsi titré : « Bahâ al-Dîn – Atatürk<sup>3</sup> ». Ce même journal a prétendu que la nouvelle réglementation était « un arrêté de type français conforme à un modèle laïc<sup>4</sup> », établissant ainsi un parallèle entre l'affaire égyptienne et le débat français sur le foulard islamique.

Cette opposition acharnée à la nouvelle réglementation n'est pas surprenante, si l'on tient compte du contexte politique général. Depuis le début des années 1970, une soi-disant « nouvelle forme de se voiler » est apparue dans la vie publique égyptienne. L'adhésion à l'opposition islamiste est exprimée par le port du « vêtement islamique » (*al-ziyy al-islâmî*), ce qui comporte pour les femmes le *niqâb*. Le vêtement sert de moyen d'expression à la fois de l'opposition à l'État et de construction d'une nouvelle identité « islamique ». L'interdiction du *niqâb* procède donc d'une rationalité politique et vise à contrecarrer ces développements. Dans un arrêté postérieur promulgué par le ministre de l'Éducation pour

1. Article 2, alinéa 2 du décret 113/1994.

2. Article 2, alinéa 3.

3. Bahâ al-Dîn : ministre égyptien de l'Éducation. Titre paru dans *al-Sha'b*, 22 juillet 1994.

4. *Al-Sha'b*, 5 juillet 1994.

apaiser la colère publique, il a été stipulé que la réglementation garantira « que le fait de se voiler [...] est fondé sur la [libre] volonté [de l'élève] et n'est pas dû à la coercition exercée par toute autre personne ou organisation<sup>5</sup> ». En uniformisant le vêtement scolaire, le gouvernement cherchait à faire tomber la pression exercée par les groupes islamistes sur les élèves pour qu'elles portent le « vêtement islamique ». L'interdiction du port de symboles islamiques dans le domaine de l'éducation publique visait également à rétablir manifestement l'autorité gouvernementale.

La « bataille du voile » a cependant pris rapidement une tournure juridique particulière : avec l'aide de juristes islamistes, des parents, dont les filles avaient été exclues de l'école pour avoir porté le *niqâb*, se sont tournés vers les tribunaux administratifs (*al-mahâkim al-idâriyya*). La Haute Cour constitutionnelle égyptienne (*al-mahkama al-dustûriyya al-'ulyâ*) fut finalement saisie de la question.

Les faits sont les suivants. Les deux filles du requérant ont toutes deux été renvoyées de l'école pour avoir porté le *niqâb*. Suite à cela, le requérant a attaqué la décision de l'école devant la Cour administrative d'Alexandrie, au motif que l'arrêté ministériel était inconstitutionnel. Il violait, selon le requérant, l'article 2 de la Constitution égyptienne<sup>6</sup>, qui stipule que « l'islam est la religion de l'État [...] et les principes de la *sharî'a* islamique constituent la source principale de la législation », et il contrevenait à l'article 46 de la même Constitution, qui garantit la liberté de religion. Le Tribunal administratif a suspendu sa décision et transmis l'affaire à la Haute Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a écarté la requête et a affirmé, dans son arrêt du 18 mai 1996, que l'arrêté du ministre de l'Éducation était constitutionnel.

## I. Droit islamique et législation positive

Les faits discutés par la Haute Cour constitutionnelle égyptienne rappellent le débat français sur le foulard islamique qui s'est amorcé en 1989 et n'a toujours pas été totalement résolu. La question du port du voile islamique dans les écoles publiques a également fait l'objet de décisions judiciaires dans d'autres pays, comme en Allemagne et en Turquie. Il n'en demeure pas moins que les moyens avancés devant la Haute Cour égyptienne font état d'une différence majeure entre le débat égyptien et les débats français, allemand et turc : en Égypte, la question n'est pas de savoir si un « État laïc » peut « tolérer » un « symbole religieux » comme le port du voile islamique dans les écoles publiques. En fait, la question cruciale tourne autour du degré d'attachement du « pouvoir législatif terrestre » d'un « État musulman<sup>7</sup> » aux « principes du droit islamique ». L'accent n'est pas mis ici sur la liberté d'un individu à exprimer des convictions religieuses à l'école publique, mais

5. Article 1, alinéa 1 de l'arrêté 208/1994.

6. *Dustûr jumhûriyya Misr al-'arabiyya*, promulguée le 11 septembre 1971, amendée le 22 mai 1980.

7. *Dawla musulima*. Le terme « État musulman » est d'usage dans le discours officiel, au lieu du terme « État islamique » (*dawla islâmiyya*). Ce dernier est utilisé par l'opposition islamique et renvoie à l'« ordre islamique » (*al-nizâm al-islâmî*) qu'elle veut instaurer.

K. Bälz

*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

sur l'autonomie du législateur dans le processus législatif. L'importance de la décision de la Haute Cour ne se limite donc pas à ces aspects comparatifs. Cette décision touche également une question fondamentale de droit constitutionnel égyptien, celle de l'interprétation de l'article 2 de la Constitution qui fait des « principes de la *sharī'a* islamique » « la source principale de la législation » et définit ainsi la relation du droit islamique (*sharī'a*) avec la législation positive (*qânûn*).

La disposition de l'article 2 de la Constitution n'est pas spécifique au droit constitutionnel égyptien. On peut trouver des dispositions du même type dans de nombreuses constitutions arabes<sup>8</sup>. En Égypte, elle a été introduite pour la première fois dans la Constitution de 1971. L'article 2 stipulait, à l'origine, que « la *sharī'a* islamique constitue une source de législation ». Un amendement constitutionnel de 1980 a élevé la *sharī'a* islamique au rang de la source principale de législation.

L'article 2 constitue à première vue un paradoxe. D'un côté, on associe traditionnellement la législation à un ensemble de règles juridiques promulguées par un organe compétent, le pouvoir législatif, au moyen d'une procédure spécifique, la procédure législative. D'un autre côté, la *sharī'a* n'est pas un droit promulgué mais un droit de juristes. Le *corpus iuris* du droit islamique (*fiqh*) est composé des écrits juridiques des juristes musulmans (*fuqahâ*) qui en réfèrent aux textes religieux pour légitimer ce corps de droit matériel. Comment cela se combine-t-il ? Trois modèles ont été développés dans le but de trouver une explication théorique à ce paradoxe. Ils ne sont pas exclusifs et sont même, jusqu'à un certain point, complémentaires :

1) On peut interpréter l'article 2 comme faisant du droit islamique un corps de « normes supra-législatives ». En d'autres termes, cette disposition comporte une sorte de « *Grundnorm* islamique ». Kelsen, qui a développé le concept de *Grundnorm* dans sa *Théorie pure du droit (Reine Rechtslehre)*, l'a défini comme la « source commune de validité de toutes les règles juridiques appartenant au même ordre (juridique)<sup>9</sup> ». Dans ce contexte, il distingue, d'une part, la *Grundnorm* procédurale du droit positif, qui est la procédure par laquelle les règles juridiques sont engendrées, et, d'autre part, la *Grundnorm* substantielle du droit naturel<sup>10</sup>. Dans ce dernier cas, les règles juridiques sont dérivées d'un corps de règles substantielles présumé : les règles juridiques ne sont valides que si elles rencontrent certaines exigences de substance<sup>11</sup>. Les « principes de la *sharī'a* islamique » constituent donc, dans la formule de l'article 2, une source substantielle (*masdar mawdû'î*) de législation positive<sup>12</sup>. Pour reprendre les termes de Botiveau : « Il existe [...] une hiérarchie déclarée entre l'esprit de l'article 2 posant la *charī'a* comme source première et les autres articles [de la Constitution égyptienne] régis par le droit positif et donc sus-

8. Cf. entre autres l'article 2 de la Constitution du Bahreïn (16 décembre 1973), l'article 3 de la Constitution du Yémen (16 mai 1991, amendée 28 septembre 1994), l'article 2 de la Constitution du Koweït (11 novembre 1962, amendée 28 août 1980), l'article 1 de la Constitution du Qatar (2 avril 1970, amendée 1975), l'article 1 du Décret constitutionnel du Soudan (1993), l'article 7 de la Constitution des Émirats Arabes Unis (2 décembre 1971).

9. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, Franz Deuticke, 2<sup>e</sup> éd., 1960, p. 197.

10. *Ibid.*, p. 198-200.

11. *Ibid.*, p. 226-227.

12. 'A.H. MUTAWALLÎ, *Al-Sharī'a al-Islāmiyya ka-masdar asāsî lil-dustûr*, Alexandrie, al-Ma'ârif, 1975, p. 21.

ceptibles d'être, pour partie d'entre eux, contestés comme non conformes à l'article 2<sup>13</sup>. »

2) Pour réfuter cette vision « moniste » construite sur l'organisation hiérarchique de multiples couches juridiques, on peut se tourner vers une vision pluraliste de coexistence de différents ordres juridiques. Il serait ainsi possible d'affirmer que la *shari'a* et le *qanun* constituent deux ordres juridiques séparés. L'ordre juridique islamique est toutefois incorporé, *via* l'article 2, dans l'ordre de la législation positive, limitant ainsi le pouvoir discrétionnaire du pouvoir législatif : la législation positive doit, en substance, se conformer aux « principes de la *shari'a* islamique ». Il demeure cependant que les règles du droit islamique ne sont pas valides tant qu'elles ne sont pas incorporées à l'ordre du *qanun* par leur promulgation formelle en forme de lois. C'est ce que Rigaux appelle « hétéronomie par corporation<sup>14</sup> ». Le droit islamique impose dans ce cas une limitation externe à l'ordre du droit séculier. La relation du droit islamique et de la législation positive est donc caractérisée par l'interpénétration de deux ordres juridiques<sup>15</sup>.

3) Le dernier modèle suit le modèle précédent, en ce sens qu'il reconnaît la « solution pluraliste » du problème. Il conçoit cependant différemment la relation intersystémique des ordres juridiques coexistants dans la mesure où il prétend à l'autonomie radicale de la *shari'a* et du *qanun* en tant qu'ordres juridiques. Cette lecture procède des fondements de la théorie des systèmes qui définit le droit comme un système « opérationnellement fermé » parmi d'autres. Le droit constitue ici un sujet épistémique distinct qui construit sa propre réalité sociale<sup>16</sup>. Cette approche constructiviste a également des implications pour la compréhension du pluralisme juridique. Si plusieurs ordres juridiques coexistent dans le même champ social, ils dépendent de l'« introduction » de règles juridiques appartenant à d'autres ordres normatifs. Ces « règles juridiques incorporées » sont toujours engendrées par un processus interne de reconstruction<sup>17</sup>. On met alors l'accent, non plus sur la formulation de l'article 2 de la Constitution, mais sur le processus par lequel cette disposition constitutionnelle est mise en pratique. Dans cette perspective, on peut affirmer que le droit islamique n'exerce pas d'« influence directe » sur l'ordre juridique séculier par l'établissement d'un ensemble de « normes supra-législatives », pas plus qu'il n'impose de limitation externe à la législation positive. L'ordre juridique séculier maintient au contraire son autonomie par la construction d'une lecture « séculière » du droit islamique<sup>18</sup>.

L'analyse du raisonnement suivi dans l'affaire du *niqab* sert, dans cet article, de base à la discussion de ces questions théoriques. L'argumentation juridique n'étant pas simplement un exercice abstrait de réflexion et de spéculation, mais servant au contraire de support à une décision juridique particulière, j'ai

13. B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala, 1993, p. 286.

14. M.F. RIGAU, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 205.

15. M.F. RIGAU, telle que citée par B. DUPRET, « La *shari'a* comme référent législatif. Du droit positif à l'anthropologie du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, p. 99-153.

16. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989 ; N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993.

17. G. TEUBNER, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443-1462 (cf. p. 1452-1456).

18. Cf. K. BÄLZ, « Shari'a and Qanun in Egyptian Law : A Systems Theory Approach to Legal Pluralism », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1996, p. 37-53 (cf. p. 45-53).

K. Bälz

*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

19. L'étude des « perceptions du droit » des acteurs juridiques constitue un enjeu important de l'anthropologie du droit (dans le contexte égyptien, cf. en particulier B. DUPRET, « Inventing Sharia : Egyptian Judges and the Islamic Legal Repertoire », dans Ch. BARRIGAR (ed.), *Religion, Pluralism and Law : Studies in Global Perspective*, coll. « Mac Gill Studies in Religion » vol. 5, Atlanta, Scholar's Press, 1998). On ne devrait toutefois pas oublier qu'en dépit de l'importance de la « sédimentation » idéologique, le droit n'est pas qu'un sujet académique. Le discours juridique ne tourne pas principalement autour de la question des « perceptions du droit », mais il cherche plutôt à trouver des solutions concrètes à des problèmes juridiques particuliers. Dans ce processus, les acteurs juridiques sont limités à leur contribution au discours juridique. C'est pour cette raison que, dans cet article, on utilise le raisonnement juridique comme point de départ de la réflexion théorique. L'accent est ainsi mis sur l'analyse du « comment pense le droit » (cf. G. TEUBNER, « How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law », *Law and Society Review*, vol. 23, 1989, p. 727-757) et non du « comment les gens pensent le droit ».

20. B. DUPRET, « Entre le droit et la loi. Le juge et le jeu de la normalisation islamique du droit positif », *Droit et Cultures*, n° 30, 1995, p. 47-64 (cf. p. 48).

choisi de discuter une question juridique concrète (et non les perceptions du droit des acteurs juridiques<sup>19</sup>) pour clarifier le problème. L'affaire en question convient particulièrement bien, dans cette perspective. Il s'agit d'une question à la fois intelligible et hautement politisée de droit administratif égyptien (et non, par exemple, des arcanes techniques du droit égyptien de la famille). Je défends le point de vue, dans cet article, que l'interprétation de l'article 2 de la Constitution égyptienne par la Haute Cour constitutionnelle illustre le combat qui est mené pour défendre l'autonomie de l'ordre juridique séculier. La Cour a pour stratégie sous-jacente, dans cette décision, de chercher à s'assurer le contrôle de l'autorité d'interpréter le droit islamique : tout en reconnaissant formellement être « liée » par les règles du droit islamique, elle se réserve le droit d'en déterminer la substance. Plus exactement, cette « substantialisation » des règles juridiques islamiques dans l'ordre juridique séculier<sup>20</sup> permet à celui-ci de maintenir son autonomie.

## II. Le contrôle constitutionnel de l'islamité des lois

Dans les années consécutives à l'amendement constitutionnel, l'interprétation de l'article 2 de la Constitution demeura quelque peu confuse<sup>21</sup>. La Haute Cour constitutionnelle a toutefois développé, depuis le milieu des années 1980, des principes de contrôle de constitutionnalité<sup>22</sup> au regard de l'article 2. L'enjeu fut pour la Cour de savoir dans quelles circonstances les législations étaient inconstitutionnelles et devaient dès lors être déclarées nulles au principe de leur violation des « principes de la *sharī'a* ». Ces principes sont répétés dans le cas que nous examinons. Ils portent plus particulièrement sur deux questions : l'application de l'article 2 dans le temps ; l'étendue du contrôle de constitutionnalité qu'autorise l'article 2.

---

21. Le débat tournait au début essentiellement autour de la question de savoir si l'article 2 de la Constitution permettait une application « immédiate » par le juge des « principes de la *sharī'a* » et donc l'autorisait à s'écarter des textes législatifs dans les cas où il les considérait comme contraires aux « principes de la *sharī'a* », voire lui donnait la compétence, dans cette situation, d'appliquer les « principes de la *sharī'a* » en lieu et place du droit positif. L'application de la *sharī'a* représentait comme telle une grave menace pour le fonctionnement du système juridique égyptien et c'est pourquoi l'opinion majoritaire s'orienta rapidement vers le refus de l'application judiciaire de la *sharī'a* et davantage vers l'injonction au législateur. Par la suite, l'attention s'est donc portée sur le contrôle constitutionnel sur la base des « principes de la *sharī'a* ».

22. En vertu de l'article 29 de la loi sur la Haute Cour constitutionnelle (*qānūn al-mahkama al-dustūriyya al-'ulyā*) n° 48/1979, la Cour est compétente en matière de contrôle constitutionnel des lois et décrets.

À un premier stade, la Haute Cour constitutionnelle a défini l'application de l'article 2 dans le temps. Dans une affaire portant sur la constitutionnalité de la réclamation d'intérêts (l'affaire d'al-Azhar)<sup>23</sup>, elle a affirmé :

« [Ce n'est que] depuis le 22 mai 1980, date d'entrée en vigueur de l'article 2 modifié de la Constitution, [que] le pouvoir législatif (*sultat al-tashri'*) est contraint de veiller à ce que les lois qu'il élabore – textes nouveaux ou réformes de textes antérieurs à cette date – soient conformes aux principes de la *shari'a* (*mabâdi' al-shari'a al-islâmiyya*)<sup>24</sup>. »

Les dispositions du Code civil égyptien (*al-qânûn al-madani*), promulgué par la loi n° 131/1948, ne peuvent dès lors pas être attaquées au motif qu'elles violent les « principes de la *shari'a* ». La Haute Cour constitutionnelle a affirmé que cela découlait des travaux préparatoires de l'amendement constitutionnel. Comme l'essentiel de la législation égyptienne consistait à cette époque de lois promulguées avant la réforme constitutionnelle, il restait peu de place pour un contrôle constitutionnel fondé sur les « principes de la *shari'a* ». S'agissant des lois promulguées avant la réforme constitutionnelle, la Haute Cour constitutionnelle a affirmé :

« [Le législateur a] l'obligation politique de faire les efforts nécessaires pour purger les dispositions de ces lois de toute violation des principes susmentionnés (de la *shari'a*)<sup>25</sup>. »

Cette application à l'amendement constitutionnel du principe de non-rétroactivité de la législation a constitué une première mesure importante par laquelle l'application de l'article 2 a été limitée. En dépit de sa nature de solution temporaire, cette première décision de la Haute Cour constitutionnelle a posé le premier jalon des débats ultérieurs.

Plus d'une décennie s'est écoulée depuis l'affaire d'al-Azhar. La vie législative a été active, en ce compris de nouvelles dispositions dans le domaine des lois du statut personnel<sup>26</sup>. De ce fait, les principes établis dans l'affaire d'al-Azhar exigeaient une reformulation, particulièrement dans tous ces nombreux cas où, au cours des dernières années, le droit positif avait été attaqué au motif qu'il violait les « principes de la *shari'a* ». La plupart de ces cas

23. L'affaire repose sur les faits suivants : l'Université d'al-Azhar avait été condamnée par une juridiction inférieure au paiement d'une dette et de ses intérêts (à un taux de 4 % par an, conformément à l'article 226 du Code civil – *al-qânûn al-madani*, loi n° 131/1948). L'Université refusa le paiement de l'intérêt, prétextant de ce que les intérêts à taux fixe constituent un *ribâ* interdit comme tel en droit islamique et que, par conséquent, l'article 226 du Code civil était nul puisqu'il violait les « principes de la *shari'a* » mentionnés à l'article 2 de la Constitution. Suite à quoi l'affaire fut déferée à la Haute Cour constitutionnelle pour qu'elle décide de la constitutionnalité de l'article 226 du Code civil (HCC, 4 mai 1985). L'affaire d'al-Azhar ne fut que l'un des nombreux cas où la constitutionnalité de l'article 226 du Code civil fut contestée pour contravention à l'article 2 de la Constitution. Tous les autres cas furent toutefois écartés pour des motifs de procédure (cf. par exemple HCC, 3 décembre 1983, 16 février 1985, 6 avril 1985, 1<sup>er</sup> juin 1985). Des cas semblables ont été examinés devant des juridictions d'autres pays arabes.

24. Haute Cour constitutionnelle (HCC), 4 mai 1985, p. 315.

25. *Ibid.*, p. 317.

26. Une nouvelle loi de statut personnel a été promulguée en 1979 (loi n° 44/1979). Ce texte législatif, connu sous le nom de « Loi Jihân » (du nom de l'épouse du président Sadate) fut vivement critiqué. Les opposants invoquèrent ici aussi le fait que les dispositions relatives à la polygamie et au divorce n'étaient pas conformes aux règles du droit islamique. En 1985, la Haute Cour constitutionnelle a déclaré la loi n° 44/1979 anti-constitutionnelle. La Cour a toutefois fondé son arrêt sur des arguments exclusivement procédurales : elle a estimé qu'un texte législatif de cette nature ne pouvait être promulgué par voie de décret présidentiel (HCC, 4 mai 1985). C'est pourquoi une nouvelle loi sur le statut personnel a été promulguée en 1985 (loi n° 100/1985).

K. Bälz  
*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

touchent à la nouvelle loi sur le statut personnel<sup>27</sup>. La Haute Cour constitutionnelle s'est alors engagée pour la première fois dans un contrôle constitutionnel fondé sur les « principes de la *sharī'a* ».

À un second stade, dès lors, la Haute Cour constitutionnelle a dû définir l'étendue du contrôle de constitutionnalité qu'autorise l'article 2. Dans l'affaire dont il est question, la Haute Cour constitutionnelle a résumé comme suit ces principes :

« Aucun texte législatif ne peut contredire les règles de la *sharī'a* dont la filiation et la signification sont absolues (*al-ahkām al-shar'iyya al-qat'iyya fī thubūtihā wa dalālatihā*) dans la mesure où ce sont les seules règles à l'égard desquelles l'*ijtihād* est interdit<sup>28</sup>. »

L'*ijtihād*, qui signifie littéralement « produire un effort », est le terme technique en droit islamique pour parler de l'usage du raisonnement indépendant. L'*ijtihād* est l'interprétation « mondaine » des « sources divines » du droit islamique. La relation unissant les sources immuables et « divines » du droit islamique, d'un côté, et l'interprétation « mondaine », de l'autre, est définie par la Haute Cour constitutionnelle de la manière suivante : seules les règles appartenant au corpus immuable du droit islamique sortent du champ de l'*ijtihād*. Ceci, dans la mesure où :

« Elles représentent ceux des principes de la *sharī'a* qui sont universels et dont les fondements établis ne tolèrent ni interprétation ni permutation. On ne s'attend dès lors pas à ce que leur acception change suite à une modification de temps et de lieu. Ils sont dès lors réfractaires à l'amendement et il n'est pas permis d'en sortir ou d'en contourner le sens<sup>29</sup>. »

Cela ne signifie pas pour autant que le législateur est lié par une interprétation spécifique du droit islamique développée par les juristes musulmans :

« Il n'en va pas de même des règles découlant du raisonnement individuel (*ahkām zanniyya*) dont soit la filiation soit la signification soit les deux ne sont pas absolues. Cela signifie que le rôle de l'effort d'interprétation se limite à ces règles [...]. Elles sont naturellement évolutives et elles changent avec le temps et le lieu [...]. Ceci, pour autant que l'*ijtihād* se situe continuellement dans le cadre des principes universels de la *sharī'a* (*al-usūl al-kullīyya li-l-sharī'a*), sans l'outrepasser<sup>30</sup>. »

La position de la Haute Cour constitutionnelle, qui distingue entre les règles « absolues » et les règles « flexibles » de la *sharī'a*, n'est pas totalement nouvelle. Cela rappelle ce que 'Abd al-Razzâq al-Sanhûrî<sup>31</sup>, le plus grand juriste égyptien du siècle, a suggéré dans *Le Califat*<sup>32</sup>. Il y militait en faveur d'un droit islamique servant de fondation pour une nouvelle tradition juridique nationale égyptienne. Il affirmait que l'adaptation aux conditions modernes exigerait un développement substantiel du corpus traditionnel de

27. Loi n° 100/1985 ; cf. entre autres HCC 15 mai 1993, 14 août 1994, 5 août 1995, 4 mai 1996, 6 juin 1996.

28. HCC, 18 mai 1996.

29. *Ibid.*, p. 1031-1032.

30. *Ibid.*, p. 1032.

31. Mort en 1971.

32. A. SANHOURY, *Le califat : son évolution vers une société des nations orientales*, Paris, Librairie orientaliste Paul Geuthner, 1926, p. 580.

droit islamique. Le droit islamique devrait, après cette « phase scientifique », être codifié sous forme de législation positive, lors d'une « phase législative » consécutive<sup>33</sup>. L'argument de la Haute Cour constitutionnelle peut être considéré comme indicateur de la direction à prendre : non pas subordonner la législation positive et « séculière » aux « principes de la *sharī'a* », mais bien davantage « nationaliser » le droit islamique en le soumettant au contrôle de l'État-nation.

Ceci devient manifeste à l'examen de la manière dont la Haute Cour constitutionnelle exploite la distinction entre les règles « absolues » et les règles « flexibles » du droit islamique pour élargir le champ de l'autorité législative. En distinguant entre règles « absolues » et règles « flexibles » du droit islamique, la Haute Cour constitutionnelle soutient :

« Les opinions interprétatives portant sur des questions controversées n'exercent pas, en elles-mêmes, de force directe sur d'autres que ceux qui tiennent ces propos. Il n'est dès lors pas autorisé de les considérer comme une règle Légale immuable et permanente qui ne permettrait pas la contradiction. Ce serait autrement mettre fin à la réflexion et à la spéculation en matière de religion du Dieu Très-Haut<sup>34</sup>. »

Ce ne sont dès lors pas les règles « absolues » de la *sharī'a*, en elles-mêmes, mais l'interprétation de ces dispositions par la Cour constitutionnelle (séculière) qui constitue la frontière de l'autorité législative. En d'autres mots, « l'article 2 est une norme à l'intérieur – et non au-dessus – de la Constitution<sup>35</sup> ». En fin de compte, la constitutionnalité des textes législatifs est exclusivement décidée par la Haute Cour constitutionnelle en fonction de ses propres standards ou, dans la terminologie de Teubner et Luhmann, de son « code normatif ». Ceci, dans la mesure où les règles « absolues » de la *sharī'a*, qui ouvrent le champ au contrôle constitutionnel basé sur l'article 2 de la Constitution égyptienne, ne constituent pas un corpus de règles stables et présumées (comme la *Grundnorm* du droit naturel chez Kelsen), mais sont générées à l'intérieur même de l'ordre juridique séculier. Par voie d'interprétation, la Haute Cour constitutionnelle « sélectionne » des règles du corpus du droit islamique et leur confère une validité dans l'ordre du droit séculier. La Haute Cour constitutionnelle, et nulle autre autorité, décide d'élever ou non certaines règles de droit islamique au rang de dispositions « absolues ». Ces dispositions sont dès lors une construction interne de l'ordre juridique séculier ; elles ne correspondent pas à un ensemble de « normes supra-législatives » dérivées d'un corpus de « droit naturel ».

33. *Ibid.*, p. 578-584.

34. HCC, 18 mai 1996, p. 1033.

35. B. JOHANSEN, « Supra-Legislative Norms And Constitutional Courts : The Case of France and Egypt », dans *Proceedings of the International Conference on the Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, December 1<sup>st</sup>-3<sup>rd</sup> 1996, Cairo, Egypt, 1996, p. 199.

### III. Le voile et « l'*ijtihâd* législatif »

Après avoir défini l'étendue du contrôle de constitutionnalité sur la base de l'article 2, la Haute Cour constitutionnelle s'est penchée sur la question juridique qui lui était posée : le législateur peut-il interdire le port du *niqâb* à l'école publique ? L'argument de la Haute Cour constitutionnelle illustre le processus susmentionné de « sélection » par lequel des règles de droit islamique sont introduites dans l'ordre juridique séculier.

L'argument de la Cour commence par une affirmation générale portant sur le statut de la femme en islam :

« L'islam a élevé le sort de la femme et il l'a incitée à préserver sa pudicité. Il lui a ordonné de voiler son corps contre la déchéance et la vulgarité pour que la femme transcende par elle-même tout ce qui l'avilit ou entache sa vie [...]. Il ne lui appartient pas légalement de manifester sa volonté dans le choix de son vêtement <sup>36</sup>. »

La Cour affirme en même temps que le droit islamique ne contient pas de disposition « absolue » portant sur la configuration du vêtement « pudique » que la femme doit porter. Selon la Cour, cette question est controversée chez les juristes musulmans. C'est pourquoi l'*ijtihâd* est dans ce cas autorisé. Le raisonnement indépendant n'est alors limité que par les versets coraniques pertinents. À l'appui de cet argument, la Haute Cour constitutionnelle cite le verset 31 de la vingt-quatrième sourate et le verset 59 de la trente-troisième :

« [Dis aux croyantes] qu'elles rabattent leurs voiles sur leurs poitrines, qu'elles ne montrent, de leurs atours, que ce qui en apparaît, qu'elles se couvrent de leurs voiles, qu'elles ne frappent pas de leur pied pour qu'on connaisse ce qu'elles cachent de leur beauté. »

Ces versets coraniques appartiennent, selon la Cour, à ces règles qui gouvernent la relation entre Dieu et l'homme et ne peuvent être dès lors modifiées en aucun cas. La manière de mettre ces dispositions en pratique – c'est-à-dire leur interprétation mondaine – entre toutefois dans le domaine de l'*ijtihâd*, ce qui autorise le juge à statuer indépendamment dans la mesure où les juristes musulmans n'interprètent pas ces versets coraniques de manière uniforme. De plus, la Cour a insisté sur le fait que seule une minorité de juristes musulmans considère que les femmes doivent entièrement se couvrir le visage en portant le *niqâb*.

Ce n'est pas le lieu de discuter de la question du *niqâb* en droit islamique en général ou du débat égyptien en particulier. Qu'il suffise de dire que la « division de l'opinion » sur le point de savoir « comment se voiler » est au centre d'une polémique publique provoquée par l'arrêté ministériel de 1994. Si les islamistes ont condamné la nouvelle disposition parce qu'elle viole, non seulement les principes juridiques islamiques et les vraies coutumes

36. HCC, 18 mai 1996, p. 1035.

égyptiennes, mais aussi les libertés [civiles] et les droits de l'homme<sup>37</sup> », pour Sayyid Tantâwî, à l'époque Grand Mufti de la très officielle Dâr al-iftâ', l'arrêté ministériel est conforme au droit islamique : « Le *niqâb* n'est pas une obligation religieuse (*'ibâda*) mais une simple pratique coutumière (*'âda*)<sup>38</sup>. » Al-Azhar a adopté une position intermédiaire en critiquant certaines des dispositions de l'arrêté mais en ne le rejetant pas entièrement<sup>39</sup>. D'autres, comme Muhammad Sa'îd al-'Ashmâwî, un intellectuel « laïc » d'« orientation islamique », saisirent l'occasion pour affirmer que le vêtement de manière générale et le voile en particulier n'avaient pas grand-chose à voir avec la religion<sup>40</sup>.

Il n'y a donc pas de règle « absolue » de droit islamique sur la question de savoir « comment se voiler ». La Cour en conclut que c'est le devoir et le privilège du législateur que de réglementer le vêtement de la femme « à la lumière de ce que les gens de sa société considèrent comme de vrais us et coutumes<sup>41</sup> ». La seule exigence est que l'interprétation du législateur ne contredise pas une règle absolue de droit islamique et qu'il se conforme aux principes généraux de la *sharî'a*, dans la mesure où la réglementation du vêtement a, selon la Cour, « un contenu changeant en fonction du temps et du lieu<sup>42</sup> ». Dès lors que la matière remplit les exigences susmentionnées, le nouvel arrêté du ministre de l'Éducation entre dans le domaine du libre pouvoir du législateur. L'arrêté ministériel ne viole donc pas l'article 2 de la Constitution.

Le pluralisme interprétatif et la différenciation casuistique ont toujours constitué une méthode utilisée par les juristes musulmans pour élargir le champ de l'*ijtihâd* dans le but d'adapter le corpus du droit islamique au changement des conditions sociales et économiques<sup>43</sup>. La Haute Cour constitutionnelle s'appuie sur cette tradition pour élargir, dans le cas qui nous concerne, l'autorité du législateur. Bien que formellement lié par les « principes absolus » et les « sources immuables » du droit islamique, le législateur conserve le privilège de mettre ces règles en pratique. Cette approche permet à l'ordre juridique séculier de construire une lecture des règles du droit islamique qui rencontre les exigences « du temps et du lieu », en d'autres mots, d'« inventer » une tradition juridique islamique<sup>44</sup>. La référence au droit islamique est, dans ce cas, plus qu'un moyen de légitimer les règles du droit positif, en ce sens que « l'utilisation sociale des signes religieux implique leur intégration dans d'autres systèmes [...], [alors que] la restitution du religieux [...] est détachée de sa capacité à ordonner le réel »<sup>45</sup>. Cette reconstruction interne des règles juridiques islamiques permet à l'ordre juridique séculier de demeurer autonome. D'un côté, l'ordre juridique séculier ne peut opérer, sous la contrainte de l'article 2, sans référence au droit islamique. D'un autre côté, il se réserve toujours le droit de décider quelle norme de droit islamique il reconnaît. Ce n'est donc pas le droit islamique qui, en vertu

37. *Al-Sha'b*, 1<sup>er</sup> juillet 1994.

38. *Sabâh al-Khayr*, 13 septembre 1994. Cet avis fut confirmé par son successeur, Nasr Farîd Wâsil (cf. *Middle East Times Egypt*, 4 janvier 1997).

39. Le comité des *fatwâ* d'al-Azhar s'est montré particulièrement critique sur le fait que le droit des étudiantes de se voiler dépende de la permission à la fois du tuteur et de l'administration de l'école, considérant qu'il s'agit là d'une restriction illégale limitant un droit garanti par le droit islamique (cf. *al-Sha'b*, 19 août 1994).

40. Cf. *Rûz al-Yûsif*, 13 juillet et 1<sup>er</sup> août 1994.

41. HCC, 18 mai 1996, p. 1035.

42. *Ibid.*

43. B. JOHANSEN, « Casuistry : Between Legal Concept and Social Praxis », *Islamic Law and Society*, vol. 2, 1995, p. 135-156 (cf. p. 154).

44. B. DUPRET, 1998, art. cité.

45. J.-N. FERRIÉ, « Remarques sur l'islamisation des espaces modernes au Caire », *Monde arabe/Maghreb-Mashrek*, n° 151, 1996, p. 6-12 (cf. p. 12).

K. Bälz

*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

46. Article 13 de la Constitution de l'Égypte, 19 avril 1923.

47. Nasr Hâmid Abû Zayd, professeur d'études islamiques et de littérature à l'Université du Caire, a suscité la critique de l'*establishment* religieux et des islamistes pour sa lecture moderniste du Coran. En 1993, un groupe d'avocats du Caire a introduit une action devant le Tribunal de première instance de Gîza (*mahkamat al-Gîza al-ibtidâ'iyya*), demandant la dissolution de son mariage au prétexte que ses écrits étaient « hérétiques » et qu'il était dès lors apostat. En droit islamique, le mariage d'un apostat et d'une musulmane est nul. Invoquant le principe islamique de la *hisba*, les requérants ont affirmé qu'il est du devoir de « tout musulman » d'œuvrer à la dissolution d'un lien matrimonial de ce genre. La requête fut d'abord rejetée par le Tribunal de première instance. La Cour d'appel du Caire (*mahkamat al-isti'nâf al-Qâhira*) statua, le 14 juin 1995, en faveur des requérants. Cette décision fut confirmée par la Cour de cassation (*mahkamat al-naqd*) le 5 août 1996. Pour une présentation détaillée de l'affaire, cf. par exemple B. DUPRET et J.-N. FERRIÉ, « For intérieur et ordre public : ou comment la problématique de l'*Aufklärung* peut permettre de décrire un débat égyptien », dans G. BOËTSCH, B. DUPRET et J.-N. FERRIÉ (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 193-215 ; cf. également K. BÄLZ, « Submitting Faith to Judicial Scrutiny through the Family Trial : The Abû Zayd Case », *Die Welt des Islams*, n° 37, 1997, p. 135-155.

de l'article 2, « détermine » la substance du droit positif, comme le concept de Rigaux d'« hétéronomie par corporation » le suggère, mais, au contraire, la Haute Cour constitutionnelle qui, sur le territoire de l'État-nation égyptien, définit l'interprétation légale du droit islamique qui fait autorité.

## IV. La liberté de religion dans les écoles publiques

Le requérant affirme également que l'arrêté ministériel porte atteinte à la liberté de religion. L'article 46 de la Constitution égyptienne stipule :

« L'État garantit la liberté de croyance (*hurriyyat al-'aqîda*) et la liberté de pratique religieuse (*hurriyya mumârasa al-sha'â'ir al-dîniyya*). »

La liberté de religion a toujours constitué, en Égypte, une question délicate, particulièrement dans les dernières années. Bien que la liberté de religion soit reconnue depuis la Constitution de 1923<sup>46</sup>, son étendue est toujours restée au centre des débats. En général, les juridictions égyptiennes interprètent la liberté de religion en référence explicite à la tradition juridique islamique. Seules les « religions du livre » (c'est-à-dire l'islam, le judaïsme et le christianisme) sont reconnues en tant que religions protégées par la Constitution. Il est en outre un principe établi en droit égyptien qu'apostasier l'islam n'appartient pas à la liberté de religion (une question qui a de nouveau attiré l'attention à l'occasion de l'affaire Abû Zayd<sup>47</sup>).

C'est un autre aspect de la liberté de religion qui est en jeu, dans le contexte qui nous occupe : comment relier le privilège de l'État de donner l'interprétation officielle du droit islamique et la liberté individuelle de religion garantie par la Constitution ?

La Haute Cour constitutionnelle commence à nouveau par quelques remarques sur la liberté de religion en droit égyptien. Selon la Cour, la liberté de religion protège l'individu, avant tout contre le fait d'être contraint à « accepter une doctrine religieuse à laquelle il ne croit pas, renier (*tanassul*) une doctrine qu'il a intégrée, ou en faire profession<sup>48</sup> ». Toutefois, la liberté de pratique religieuse est également protégée par la Constitution, parce que :

« La liberté de conviction religieuse ne peut être séparée de la liberté de la pratiquer (*hurriyya mumârasa sha'â'irihâ*). C'est ce qu'établit la Constitution, dans la mesure où elle réunit ces deux libertés en une seule phrase formulée à l'article 46 de la Constitution [...] ; la deuxième de ces [libertés] constitue la manifestation de la première, au sens d'un déplacement de la conviction religieuse d'une

---

48. HCC, 18 mai 1996, p. 1038-1039.

simple situation de foi [...] vers l'expression pratique de son contenu qui en rend l'application vivante <sup>49</sup>. »

La Cour a cependant établi une distinction importante entre la liberté de croyance et la liberté de pratique religieuse quant à la possibilité de les limiter : la liberté de religion n'inclut pas, de ce point de vue, le droit de porter préjudice à une tierce partie. Cela signifie que :

« La [liberté de croyance] n'a pas de limitation et il est par contre possible de limiter [la seconde, la liberté de pratique religieuse] au travers de son organisation, en garantissant certains intérêts supérieurs [...], plus particulièrement l'ordre public (*al-nizâm al-'âmm*) et les bonnes mœurs, et de sauvegarder les droits et libertés des autres <sup>50</sup>. »

La Cour confirme le fait que l'arrêté réglementant le vêtement scolaire constitue une limitation à la liberté de pratique religieuse conforme aux exigences susmentionnées. En vertu de quoi l'arrêté ne viole pas la liberté de croyance. La Cour s'appuie plus particulièrement ici sur deux arguments. Elle invoque d'abord l'article 18 de la Constitution, qui stipule que « l'éducation est un droit garanti par l'État [qui, en contrepartie] supervise [...] l'éducation ». Cela souligne le devoir de l'État de réglementer l'éducation à la lumière des conditions sociales d'aujourd'hui, ce qui inclut le droit d'imposer pour des raisons éducatives un uniforme scolaire unique. La fonction gouvernementale de supervision de l'éducation l'emporte sur la liberté de pratique religieuse des étudiants. Ensuite, la Cour répète que l'arrêté constitue une forme autorisée d'*jtihâd*. Comme dit précédemment, le législateur a le pouvoir de réglementer le vêtement féminin dans les écoles publiques. Elle insiste sur le fait que c'est une matière sujette au changement en fonction du lieu et du temps. Cette argumentation donne la préférence à la lecture officielle du droit islamique telle que définie dans l'arrêté ministériel sur la lecture individuelle suggérée par le requérant. La logique de l'argument peut être résumée comme suit : une interprétation officielle du droit islamique peut empiéter sur le droit de l'individu à la liberté de pratique religieuse, ou, en d'autres mots, une fois encore, l'ordre juridique séculier détermine la lecture du droit islamique qui est reconnue dans l'ordre juridique islamique et non l'inverse.

## V. La « lutte pour le droit » : vers une reconstruction laïque du droit islamique

La jurisprudence que j'ai examinée est à deux points de vue emblématique des développements récents du droit égyptien. D'un côté, les groupes islamiques utilisent de manière toujours plus marquée la procédure juridique à des fins politiques. La bataille

49. *Ibid.*, p. 1039.

50. *Ibid.*

K. Bälz

*La reconstruction séculière  
du droit islamique :  
la Haute Cour  
constitutionnelle égyptienne  
et la « bataille du voile »  
dans les écoles publiques*

51. En 1994, un avocat égyptien a introduit une requête devant le Tribunal des référés du Caire (*mahkamat al-Qāhira li-l-umūr al-musta'jila*), demandant que le film de Youssef Chahine *L'Émigré* soit interdit des cinémas égyptiens. Le requérant affirmait que le héros de l'épopée pharaonique de Chahine représentait le prophète Joseph et que le film, dès lors, violait l'interdiction islamique de représentation des prophètes. Cela violait également les sentiments religieux des Musulmans égyptiens. Comme dans l'affaire Abū Zayd, le requérant fonda son action, entre autres choses, sur le principe islamique de *hisba*. Au cours d'une bataille juridique interminable (plus d'une demi-douzaine de décisions judiciaires et encore davantage d'audiences), le film fut temporairement interdit. Pour une présentation détaillée de l'affaire, cf. N. BERNARD-MAUGIRON, « Anatomie d'une affaire égyptienne. Le procès de "L'Émigré" de Youssef Chahine », dans G. BOËTSCH, B. DUPRET et J.-N. FERRIÉ (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe*, op. cit., p. 167-192.

52. O. KIRCHHEIMER, *Political Justice : The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 1961, p. 430.

53. Cf. B. DUPRET, 1998.

54. Mort en 1892.

55. R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Vienna, G.J. Manz'schen Buchhandlung, 2<sup>e</sup> éd., 1872, p. 20 et *passim*.

56. P. BOURDIEU, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19 (cf. p. 4).

juridique autour du film de Youssef Chahine *L'Émigré*<sup>51</sup> et l'affaire Abū Zayd sont les illustrations les plus connues de cette tendance. D'un autre côté, cette évolution est contrecarrée par une stratégie permettant aux juridictions et aux législations « séculières » de définir une lecture officielle des textes sacrés de l'islam.

Ces développements ne portent pas cependant que les marques de la justice politique, traditionnellement définie comme « l'élargissement du domaine de l'action politique au recours aux tribunaux<sup>52</sup> ». La loi n'est pas ici simplement instrumentalisée dans la lutte politique. Le droit lui-même est au centre de la controverse<sup>53</sup>. La question est alors la suivante : qui a le pouvoir de déterminer la substance des règles juridiques ? Cette approche n'est pas sans rappeler ce que le juriste allemand von Jhering<sup>54</sup> a un jour appelé de manière polémique « *Kampf um's Recht* » (la lutte pour le droit) : le droit ne croît pas « organiquement » dans la société, comme le soutient, par exemple, l'École historique, mais il est le produit d'une bataille de type darwinien<sup>55</sup>. Ou, pour reprendre les termes de Bourdieu : « Le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit<sup>56</sup>. »

La lutte pour l'interprétation autorisée du droit islamique s'inscrit dans la tradition. Ce qui distingue toutefois le dispositif de l'affaire du *niqāb* du débat traditionnel, c'est que le pouvoir d'interprétation autorisée du droit islamique a été transféré des juristes musulmans aux institutions séculières. C'est le législateur qui détient le pouvoir de « mettre en pratique les règles du droit islamique ». Ce processus est de plus contrôlé par la Cour constitutionnelle qui s'assure que « les textes législatifs ne contreviennent pas aux dispositions absolues du droit islamique ».

Conclure de tout ceci qu'en vertu de l'article 2 de la Constitution, le droit islamique exerce une « influence directe » sur l'ordre juridique positif, au sens où le droit islamique déterminerait la substance des textes législatifs, revient à adopter une lecture pour le moins superficielle. Au contraire, le droit islamique et la législation positive constituent deux ordres juridiques demeurant autonomes. Quand bien même les règles du droit islamique sont « incorporées » dans l'ordre juridique séculier, elles n'en demeurent pas moins une construction interne de ce dernier. La référence au droit islamique que les juridictions séculières opèrent *via* l'article 2 n'est qu'une stratégie utilisée par l'ordre juridique séculier pour maintenir son autonomie. La référence au droit islamique sert de moyen pour légitimer la législation positive. Le droit islamique ne constitue pas non plus un corpus de « normes supra-législatives » présumées, étanches à toute interprétation mondaine, dès lors que c'est le pouvoir même du législateur que de codifier le droit islamique d'une façon qui corresponde aux exigences « du temps et du lieu ». Le droit islamique n'impose pas non plus de limitation externe à l'ordre juridique séculier, dès lors que

l'interprétation séculière du droit islamique par la Haute Cour constitutionnelle constitue la seule limitation qui puisse être apportée à l'autorité du législateur. En fin de compte, la question de la validité juridique, en général, et de la constitutionnalité des lois, en particulier, est exclusivement décidée par l'ordre du droit séculier en fonction de ses propres standards. C'est cette autoréférentialité – et non le phénomène législatif – qui fait la positivité du droit. Autrement dit, « la validité juridique ne peut être importée de l'extérieur ; elle ne peut être produite que de l'intérieur même du droit <sup>57</sup> ».

57. G. TEUBNER, 1989, *op. cit.*, p. 2.