La liberté de religion dans les Etats de droit musulman

Hamdam Nadafi

▶ **To cite this version:**

Hamdam Nadafi. La liberté de religion dans les Etats de droit musulman. Droit. Université Jean Monnet - Saint-Etienne, 2013. Français. NNT : 2013STETT107 . tel-01113597

HAL Id: tel-01113597
https://theses.hal.science/tel-01113597

Submitted on 5 Feb 2015

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

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

UNIVERSITÉ JEAN MONNET, SAINT ÉTIENNE- FACULTÉ DE DROIT

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement le 10 décembre 2013

par

HAMDAM NADAFI

LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Directeur de recherche

M. Baptiste BONNET,

Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne

Co-directeur de recherche

M. Brian D. LEPARD

Professeur à l'Université de Nebraska, Lincoln

Jury

Monsieur Mohamed-Chérif FERJANI
Professeur à l'Université Lumière, Lyon 2
Madame Ariane VIDAL-NAQUET
Professeur à l'Université Aix-Marseille III
Monsieur Moncef BEN ABDELJELIL
Professeur à l'Universités de Sousse
Doyen de la Faculté de Lettres et de Sciences Humaines
Monsieur Stéphane CAPORAL
Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne
Doyen honoraire de la faculté de Droit
Monsieur Brian D. LEPARD
Professeur à l'Université de Nebraska, Lincoln
Monsieur Baptiste BONNET,
Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne

UNIVERSITÉ JEAN MONNET, SAINT ÉTIENNE- FACULTÉ DE DROIT

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement le 10 décembre 2013

par

HAMDAM NADAFI

LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Directeur de recherche

M. Baptiste BONNET,

Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne

Co-directeur de recherche

M. Brian D. LEPARD

Professeur à l'Université de Nebraska, Lincoln

Jury

Monsieur Mohamed-Chérif FERJANI
Professeur à l'Université Lumière, Lyon 2
Madame Ariane VIDAL-NAQUET
Professeur à l'Université Aix-Marseille III
Monsieur Moncef BEN ABDELJELIL
Professeur à l'Universités de Sousse
Doyen de la Faculté de Lettres et de Sciences Humaines
Monsieur Stéphane CAPORAL
Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne
Doyen honoraire de la faculté de Droit
Monsieur Brian D. LEPARD
Professeur à l'Université de Nebraska, Lincoln
Monsieur Baptiste BONNET,
Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint Etienne

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu le Professeur Baptiste Bonnet, qui m'a accompagné pendant ces années de doctorat avec toute sa compétence, son dynamisme, son exigence et sa disponibilité. Je le remercie de ses conseils et de sa confiance dont je ne serai jamais trop reconnaissante.

Je tiens également à exprimer ma gratitude au Professeur Brian Lepard pour ses précieux conseils, pour sa générosité et ses encouragements.

Je tiens à exprimer mon très profond amour pour mes parents, ma sœur et mon beau-frère, pour l'ensemble de ce que je leur dois, mais surtout pour m'avoir accompagné dans mon choix et pour m'avoir soutenu jusqu'au bout.

J'ai une grande pensée pour Janine, Jean-Yves, Régis, Aurore, Vahit, Annais, Julien et Tara pour leur affection et leurs encouragements.

Je remercie enfin, Monsieur Khazemi, Nicole et Sophie, pour le précieux travail de relecture.

Enfin, je dédie humblement ce travail à toutes les minorités religieuses qui subissent des discriminations à travers le monde, et particulièrement aux jeunes bahá'ìs d'Iran qui souhaitent tant étudier mais qui sont privés de leur droit à l'éduction par les autorités.

L'Université Jean Monnet n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE I

L'EFFECTIVITE DE LA LIBERTE DE RELIGION ATTENUEE PAR UNE INTERPRETATION RESTRICTIVE DU DROIT MUSULMAN CLASSIQUE

TITRE I

UNE RECONNAISSANCE TEXTUELLE DE LA LIBERTE DE RELIGION DANS LA LEGISLATION DES ETATS DE DROIT MUSULMAN

TITRE II

LES ATTEINTES A LA PRATIQUE DE LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

PARTIE II

L'IMPACT DES PROCESSUS DE CONSTITUTIONNALISATION ET DE SECULARISATION SUR LA PROTECTION DE LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

TITRE I

LA COMPATIBILITE DES PRINCIPES DE CONSTITUTIONNALISATION ET DE SECULARISATION AVEC LA THEORIE POLITIQUE MUSULMANE MISE EN PLACE PAR LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

TITRE II

L'ATTEINTE A LA LIBERTE DE RELIGION PAR UNE PRATIQUE PARTIELLE DU CONSTITUTIONNALISME ET DE LA SECULARISATION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

CONCLUSION GENERALE

Bibliographie

Table des matières

Note sur la transcription des termes arabes en caractères latins.

La transcription des termes arabes en caractères latin peut prendre plusieurs formes. Par souci de simplicité pour le lecteur non spécialiste, mon choix s'est porté sur l'orthographe la plus courante et la plus facile à lire.
Ainsi par exemple l'écriture *Coran* a été privilégiée à la transcription phonétique plus fidèle, *Qur'an*. De même, l'écriture *charia* a été favorisée par rapport à *shari'a*.

Evidemment ce choix de translitération ne concerne pas les citations empruntées aux différents auteurs étudiés.

A Gabriel et Ugo, que vous puissiez grandir dans un monde libre et au service de l'humanité.

« *Le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit* »[1].

Le système juridique des Etats de droit musulman est composé de règles et de principes hétérogènes. Certaines règles sont inspirées par le droit occidental et d'autres sont fondées sur le droit musulman classique. Le processus de codification qui a touché l'Empire ottoman au XIXème siècle a influencé tous les Etats de droit musulman à sa dislocation. Comme le soulignent Louis Millot et François-Paul Blanc, à partir du XIXème siècle, « *l'influence occidentale a commencé à s'exercer sur le Proche Orient musulman* [en matière] *politique, économique et culturelle* [et] *ensuite dans les institutions juridiques* »[2]. Néanmoins, à côté du droit positif codifié, les préceptes religieux de l'islam constituent une source de référence traditionnelle. Le droit musulman reste un système de référence pour le juge et le législateur. Toutes les Constitutions des Etats de droit musulman consacrent l'islam comme religion d'Etat, et à l'exception de la Tunisie, toutes déclarent que l'islam est source de législation. Ainsi, bien que le droit positif soit fondé sur des législations inspirées du droit occidental (essentiellement français, belge ou suisse), l'islam sert de référence pour déterminer ce qui est licite ou illicite.

Le droit positif est le droit élaboré par les autorités étatiques (chef de l'Etat ou législateur), souvent d'inspiration occidentale ; tandis que le droit musulman classique trouve son fondement dans les obligations religieuses qui s'imposent aux musulmans. Le droit positif est produit par l'homme tandis que le droit musulman est issu de la Révélation divine. Cet ensemble hétérogène constitue ce que les comparatistes appellent le « *droit moderne des pays d'Islam* »[3]. Le droit musulman classique est avant tout constitué par les règles de la religion et « *indique au musulman comment il doit, selon la religion, se comporter,*

[1] Pierre BOURDIEU « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, 1986
[2] Louis MILLOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p.6007
[3] Gilles CUBERNITI, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J, 2ème édition, p.328

sans que l'on distingue les obligations qu'il a envers ses semblables (obligations civiles, aumônes, etc.) des relations qu'il doit avoir avec Dieu (prière, jeûne, etc.) »[4].

Les sources du droit musulman peuvent être divisées en deux grandes catégories : les sources principales ou originelles, le Coran et la Sunna, et les sources dérivées, l'*Ijma.* Mais elles peuvent laisser la place à des sources complémentaires, dans la mesure où elles sont compatibles avec les sources religieuses ; ainsi, comme le souligne Raymond Legrais, « *les autorités peuvent parfaitement promulguer des règles (dans des lois, des règlements, peu importe), dans la mesure où leurs dispositions n'entrent pas en conflit avec les solutions qu'imposent les règles définies par les sources religieuses* »[5].

Ce pluralisme juridique, c'est-à-dire la coexistence de sources juridiques d'origines différentes, est apparu lorsque les Etats de droit musulman ont commencé à codifier des règles issues des législations étrangères. Pour résister à l'expansion européenne au XIXème siècle les Etats de droit musulman cherchent à moderniser leur ordre juridique. Cela « *se traduit tout d'abord par une entreprise de codification du droit musulman, qui mêle technique occidentale et substance orientale* »[6]. Le pluralisme relativise l'ordre juridique positif et invite à voir une multiplicité de sources concurrentes. Ce pluralisme est fondé sur la constitutionnalisation de l'islam qui est consacré religion d'Etat ou source de législation. La relation entre ces deux sources peut être considérée comme « système d'influence ». La codification du droit a repoussé la portée du droit musulman au seul domaine du statut personnel ; mais le droit positif ne peut être validé que dans le respect du droit musulman. Ce rapport d'influence peut être plus ou moins élevé, selon l'étendue qui est accordée à l'islam dans la Constitution. L'islam peut être la seule source de droit, l'Etat applique alors directement le droit islamique classique. L'islam peut être également une source de législation parmi d'autres et le droit musulman classique a alors valeur d'une norme supérieure dans l'ordre juridique ; dans ce dernier cas de figure le droit musulman inspire le législateur et les tribunaux peuvent statuer en se fondant sur l'islam lorsque les règles

[4] René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 17ème édition, 2002, p.349.
[5] Raymond LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Litec, 2ème édition, §385
[6] Gilles CUBERNITI, *op. cit.* p.350

codifiées ne répondent pas au problème ; enfin la validité des autres normes s'en trouve subordonnée à leur compatibilité avec la charia. Dans certains cas, l'islam peut être une source d'inspiration, mais le législateur n'est pas tenu de se conformer au droit et par conséquent les tribunaux non plus ; dans ce cas-là l'islam n'est pas textuellement inscrit comme une source de législation dans le Constitution, mais la norme suprême s'y réfère, notamment comme religion d'Etat ; le droit musulman est alors une source indirecte pour le législateur.

La question qui sous-tend cette recherche est celle de la coexistence et de l'intégration de deux ordres normatifs fondés sur des sources différentes.

L'élaboration du droit musulman s'est terminée au Xème siècle, lorsque les portes de l'*ijtihad* ont été « fermées »[7] ; il est donc manifeste que le droit musulman « *ne constitue pas un corps de droit adapté aux besoins d'une société moderne* »[8]. Le droit positif, contrairement au droit musulman, est en perpétuel évolution vers une protection toujours plus grande des libertés fondamentales. Par rapport à ce pluralisme juridique et à ce dualisme des sources du droit, on peut se demander comment sont intégrés les concepts démocratiques dans les Etats de droit musulman. Concernant la protection des droits et libertés, concernant l'intégration au processus de constitutionnalisation et de sécularisation, concernant les garanties qu'apporte l'Etat de droit, est ce que ces deux sources de droit fonctionnent à l'unisson ou est-ce qu'elles se contredisent ?

En réalité, on se rend compte qu'il existe une hiérarchisation des sources du droit. De manière générale, les préceptes religieux constituent une source supra-législative, mais tous les domaines juridiques ne sont pas soumis au droit musulman. Deux domaines juridiques sont concernés : les statuts personnels sont entièrement régis par le droit

[7] L'*intihad* est l'effort d'interprétation des théologiens. Le professeur Cuniberti explique que « *Les écoles de droit sont personnalisées et liées à leurs fondateurs. Leurs disciples ne se reconnaissent que le pouvoir d'affirmer et de préciser les théories de leurs maîtres, non de les remettre en cause. L'idée apparait donc que les juristes ne peuvent plus revenir sur les interprétations des quatre fondateurs. Le pouvoir de raisonnement indépendant sur les sources primaires est considéré comme n'ayant appartenu qu'à ces derniers ».* C'est pourquoi au Xème siècle, lorsque les écoles sont considérées comme avoir définitivement élaborée leur doctrine, les portes de l'*ijtihad* ont été fermées. Il n'est plus permis d'interpréter le Coran ni la Sunna.

[8] René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.* , p.359

musulman, et le droit pénal combine les deux sources de droit. « L'islamisation » de ces deux domaines juridiques et la constitutionnalisation de l'islam posent la question de l'effectivité de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman.

Il convient au préalable de présenter le cadre dans lequel se pose la question de l'effectivité de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman (Section 1) dans la mesure où l'application de la liberté de religion diffère dans les différents Etats de droit musulman (Section 2).

Section 1 : La liberté de religion dans les Etats de droit musulman

Il conviendra de mettre en exergue l'intérêt d'étudier la liberté de religion dans les Etats de droit musulman comme objet de recherche (Paragraphe 1) et d'apporter un éclairage sur la définition de la liberté de religion dans les Etats de droit musulmans (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le choix de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman

La place de l'islam dans la Constitution pose la question de sa compatibilité avec les droits de l'homme. Lorsque l'on évoque les conséquences de l'intégration de la charia dans la Constitution, deux principes risquent surtout d'être remis en cause : l'égalité entre l'homme et la femme et la liberté de religion. En matière d'égalité entre l'homme et la femme, les Etats de droit musulman ont déjà fait des progrès ces dernières années, et sont toujours en voie de réduire davantage les inégalités. A l'image du Maroc qui a réformé *la Moudawana* en 2004, de sorte à reconnaître plus de droits à la femme. Le point qui soulève toujours des interrogations est donc la liberté de religion. En effet, bien que garantie dans les Constitutions, cette liberté est limitée par toutes sortes de discriminations en matière de statuts personnels ainsi que par les lois réprimant les délits de blasphème et d'hérésie. Ces infractions sont utilisées par les autorités publiques pour imposer le conformisme dans le domaine des idées philosophiques, religieuses et politiques, comme dans celui de la création artistique.

La liberté de religion a toujours été un concept qui a suscité de vifs débats. « *D'entrée de jeu, la liberté religieuse a été un droit de l'homme contesté. Elle s'est longtemps heurtée à des réserves et, en certains cas, à une résistance acharnée* »[9] lors des différents débats pour la rédaction des conventions internationales.

C'est pourquoi cette recherche propose de s'attacher à l'impact de la consécration constitutionnelle de l'islam dans les Etats de droit musulman sur le respect de la liberté de religion.

Pour comprendre les conséquences qu'entraîne la reconnaissance constitutionnelle de l'islam quant à la liberté de religion dans les Etats de droit musulman, il faut définir le concept d' « Etat de droit musulman » et la notion de « liberté de religion.

[9] Heiner BIELEFELDT, « La liberté religieuse : le critère ultime ? », *Esprit*, Mars-avril 2007, pp.126-135

Paragraphe 2 : La définition de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman

1. La notion d'Etat de droit musulman

La famille juridique appelée « famille de droit musulman » regroupe l'ensemble des Etats dont la Constitution ou la Loi fondamentale fait référence à l'Islam comme source de législation ou comme religion d'Etat. Cet ensemble est constitué d'une trentaine d'Etats de différents types, on y retrouve des Républiques islamiques (la République Islamique d'Iran), des Sultanats (Le Sultanat d'Oman), des Monarchies (le Maroc), ou encore des Républiques constitutionnelles (la Tunisie), et de différentes cultures[10] qui aspirent tous à l'objectif commun de respecter les règles de la charia islamique au plus près.

Selon Ibn Taimiya[11], la raison d'être et la fonction de l'Etat de droit musulman sont de réaliser les objectifs de l'islam. L'Etat construit sur le fondement de l'islam doit être le reflet exact de l'ordre divin. Toutes les structures de l'Etat doivent répondre strictement aux exigences divines. La Révélation divine étant le principe suprême qui régit l'existence humaine, la vie religieuse n'est exclue d'aucune institution. Pour mener à bien cette mission, la religion doit être au cœur de la législation. Elle doit même en être l'unique source, l'essence. Les mêmes règles régissent la vie politique et le spirituel, les mêmes principes valent pour l'étatique et pour le religieux. La loi divine réglemente tout d'une façon absolue. La souveraineté appartient exclusivement à Dieu, et l'Etat a la tâche d'appliquer le droit que Dieu a ordonné de suivre

[10] Les Etats dont l'Islam est religion officielle ou source de législation sont répartis sur plusieurs continents et n'ont pas tous la même culture. On peut citer pour exemple la Malaisie de culture asiatique, l'Algérie arabe et le Djibouti de culture africaine.

[11] Théologien et juriste arabe musulman du 13ième. Il est considéré comme l'un des plus grands théologiens sunnites.

Les Etats de droit musulman peuvent être répartis en deux catégories. Une première catégorie regroupe les Etats dont l'islam constitue une source unique de droit. Tandis qu'une deuxième catégorie rassemble les Etats dont l'islam constitue une source de droit parmi d'autres.

2. La notion de droit musulman

Le droit musulman est le droit produit par les théologiens musulmans. Ce droit est exclusivement inspiré des sources religieuses. Ces règles ont été posées aux environs du Xème siècle par les jurisconsultes musulmans, les *fuqahâ* qui les ont déduites « *des manifestations de la divinité* »[12]. Ce droit à vocation à régir les adeptes de l'islam, dans leurs relations entre eux, et dans leur relation à Dieu.[13] Ce droit possède plusieurs caractères. Tout d'abord, c'est un droit religieux. Il tire son fondement dans la volonté divine. Ce n'est pas un droit produit par l'Etat, il est déduit par les théologiens, à partir des manifestations directes ou indirectes de la divinité. Ensuite, son deuxième caractère, la perfection, tire son fondement du premier. En effet, Dieu étant infaillible, le droit qu'il produit est nécessairement parfait. Comme le souligne Gilles Cuniberti, « *Les règles qu'il a posées ne peuvent donc être discutées, ni remises en cause* »[14], c'est pourquoi le pouvoir législatif n'appartient pas aux hommes. La troisième caractéristique du droit musulman est qu'il est complet. Toutes les questions de la vie d'un homme trouvent une réponse dans le droit musulman. L'islam englobe tous les pans de la vie de l'homme, c'est pourquoi le droit musulman régit tant les relations publiques que les relations privées. Littéralement, « islam », signifie la soumission et l'abandon, entendu comme la soumission et l'abandon à la volonté de Dieu, « *la remise de tout soi-même à Dieu* »[15]. La particularité de la religion musulmane est qu'elle a une vocation globalisante ; tous les pans de l'activité humaine, tant la vie privée que l'activité publique, sont régis par les principes spirituels.

[12] Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, L.G.D.J, 2011, p.337
[13] Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p.1
[14] Gilles CUNIBERTI, *op. cit.* p.337
[15] Louis GARDET, *L'Islam, Religion et Communauté*, Paris, Declée de Brouwer, 1970, p.27

La spécificité du droit musulman se manifeste à travers deux éléments, d'une part le fondement de ses sources, d'autre part sa systématisation en écoles juridiques distinctes. « *Dès l'instant où l'on aborde l'étude d'un système juridique, se pose le problème de ses sources formelles* »[16]. A la mort du prophète, l'islam s'étend rapidement et dépasse bientôt son cadre géographie originel. « *Au contact de différentes réalités historiques et quotidiennes, certaines difficultés pratiques se sont posées aux musulmans, il fallait en effet répondre par des règles générales et communes à des situations jusqu'alors inédites* ».[17] La communauté musulmane doit faire face à des problèmes nouveaux et ne dispose que du Coran pour régler tous les problèmes, religieux et temporels. Or le Coran se révéla vite insuffisant pour résoudre tous les problèmes. Parmi les « *cinq cents prescriptions assez disparates, certaines étaient très générales, d'autres plus détaillées, et d'autres inexistantes* »[18]. Les compagnons du prophète vont avoir d'abord recours à la « tradition du prophète », la sunna. La Sunna « *comprend l'ensemble des* hadith-s*, rapportant les paroles, les actes, les abstentions du Prophète, plus ou moins révérés, selon qu'il agissait sous l'inspiration divine ou par simple prudence* »[19]. Il s'agit donc de trouver dans les paroles prononcées par le Prophète et/ou dans les actes qu'il a accomplis, la démarche appropriée au problème. « *Mais le besoin se fait sentir bientôt de codifier le droit et de l'adapter aux besoins complexes de la vie religieuse, économique, sociale et politique. Le droit* (fiqh) *devient une science et les premiers juristes apparaissent en tant que spécialistes (juriste :* faqih ; pl. Fuqahâ*)* »[20].

C'est donc par le mot *fiqh* qu'il faudrait entendre le « droit musulman », en ce sens qu'il est « *le savoir religieux qui consiste à connaître les droits et les devoirs de l'homme* »[21], selon l'expression de Sami Abu-Sahlieh. Pourtant, une distinction fondamentale s'impose entre la charia et le *fiqh*. La charia désigne « la route, la voie à suivre ». Mais il s'agit de « *bien plus* [qu'un] *système de droit, mais la somme de valeurs et de normes qui conditionnent la conduite et le comportement du croyant et commandent l'ordre socio-juridique de la communauté, comme peut l'être, par exemple, dans une démocratie occidentale, le préambule d'une constitution* »[22]. Ainsi, la charia est la loi

[16] Yvon LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé, Théorie générale de l'acte juridique,* Paris, Mouton, 1945, p.19
[17] Marie CLARET DE FLEURIEU, *L'Etat musulman entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.72
[18] Hervé BLEUCHOT, « Quel droit pour l'Islam », *Etudes*, Mai 1989, pp.603-616
[19] Jean-Paul CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008, p.11
[20] Chikh BOUAMRANE et Louis GARDET, *Panorama de la pensée islamique*, Paris, Sindbad, 1984, p.86
[21] Sami ABU-SAHLIEH, *Introduction à la société musulmane*, Paris, Eyrolles, 2006, p.23
[22]Sélim JAHEL, « *Charia* et contrats internationaux », *Clé pour le Siècle*, Dalloz, 2000, n°234, cité par Marie CLARET DE FLEURIEU, *L'Etat musulman entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.55

divine envoyée par Dieu, « *c'est l'esprit de la loi, et le* fiqh*, c'est la loi elle-même détaillée* »[23]. Quand on parle de droit musulman, il faut donc « *toujours avoir à l'esprit qu'il ne s'agit pas d'une discipline séparée de la théologie et que le légiste n'est pas seulement un juriste* ».[24]

Bientôt, les juristes vont devoir chercher les solutions juridiques ailleurs que dans le Coran et la Sunna, car « *on arrive à une limite, celle de la mémoire des hommes, limite que l'on fut obligé de franchir en cherchant des procédés divers.* »[25] Le Coran et la Sunna ne suffissent plus à résoudre tous les problèmes de la communauté musulmane, il faut utiliser le *fiqh* pour trouver d'autres sources. La plupart des spécialistes classent les sources en deux grandes catégories, les sources principales et les sources secondaires. Si les opinions divergent sur le contenu de chaque catégorie, il y a un consensus à considérer le Coran, la Sunna et l'*ijma* (consensus de l'opinion) comme les trois principales sources du droit musulman. L'*ijma* est « *l'accord unanime des docteurs* [et] *repose sur le dogme de l'infaillibilité de la communauté muuslmane »*[26]. Qualifier un Etat, d'Etat de droit musulman, revient donc à prendre en compte un Etat dont la législation est fondée sur le Coran, la Sunna et éventuellement l'*ijma*. De manière générale, il s'agit d'un Etat qui reconnaît une valeur juridique, voire constitutionnelle, au droit musulman.

Néanmoins une question subsiste. De quel droit est-il question ? Car la deuxième caractéristique du droit musulman s'observe au niveau de sa systématisation en écoles juridiques distinctes. Comme nous l'avons évoqué, ce sont les juristes, *fuqahâ*, qui ont trouvé les solutions juridiques aux problèmes inédits auxquels devait faire face la communauté musulmane. En l'absence de textes clairs et sans équivoque, il a été inévitable d'avoir des interprétations individuelles divergentes et des opinions personnelles contradictoires. « *Sous les premiers califes, un tel danger ne se posait pas, du fait de la piété notoire des anciens, frein à toute fantaisie ou à toute falsification, mais aussi grâce à l'autorité de*

[23] Marie CLARET DE FLEURIEU, *L'Etat musulman entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.55
[24] Louis MILLIOT, « L'idée de loi dans l'Islam », *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953, p.19
[25] Hervé BLEUCHOT, « Quel droit pour l'Islam », *Etudes*, Mai 1986, pp.603-616
[26] Raymond LEGEAIS, *op. cit.* §381

ceux-ci »[27]. Mais à la disparition des Compagnons du Prophète, aucune autorité n'a d'autorité suffisante pour maintenir l'harmonie au sein de la communauté. « *Les prescriptions juridiques découlant des textes ont donné lieu, en raisons de certaines contradictions, à la naissance de plusieurs écoles* »[28]. Il existe aujourd'hui quatre écoles de la mouvance sunnite (école hanafite, école malikite, école chafiite et école hanbalite), trois écoles de la mouvance chiite (école ja'farite ou duodécimaine, école zaydite, école ismaélite) et une école de la mouvance kharidjite (l'école ibadite). Dès l'époque de la dynastie Omeyyade (661-750), puis avec la dynastie Abbaside (750-1258), une complicité est instaurée entre les pouvoirs politiques et religieux de l'islam. Dans un « *intérêt de domination,* [ils établissent] *le mythe d'un islam englobant constitué d'une multitude de lois d'origine divine, qui légitimait leur autorité et inspirait aux peuples musulmans la crainte qu'en désobéissant aux pouvoirs temporels (garants et interprètes de ces lois), ils désobéissent à Dieu même* »[29]. Les Omeyyades et les Abbasides ont ainsi détourné la vocation purement spirituelle de l'islam pour légitimer leur pouvoir et asseoir leur autorité sur les populations dominées. Le Professeur Arkoun souligne que « *les dirigeants actuels des sociétés musulmanes ne font pas autre chose lorsqu'ils invoquent les textes coraniques pour fonder les nouvelles pratiques politiques et économiques* »[30]. En octroyant à l'islam une valeur constitutionnelle et en s'inscrivant dans la continuité de l'une ou l'autre des écoles juridiques, les Etats de droit musulman « *continuent d'assurer (…) la garantie suprême de validité pour un pouvoir et la pérennité du mythe d'une religion qui aurait été révélée pour déterminer 'd'en haut' tout le champ politique et social* »[31].

Ainsi, un Etat sera qualifié d'Etat de droit musulman lorsque l'islam bénéficie d'une consécration constitutionnelle. Soit la Constitution consacre que l'islam est source de législation, soit que l'islam est religion d'Etat. Tout en sachant que ces dispositions peuvent être combinées dans une même Constitution.

---

[27] Marie CLARET DE FLEURIEU, *L'Etat musulman entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.72

[28] Marie CLARET DE FLEURIEU, *L'Etat musulman entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.72

[29] Abdennour BIDAR, « L'Islam englobant, réalité et mort d'un mythe », *Les cahiers de l'Orient*, n°109, Printemps 2013, pp.137-152

[30] Mohamed ARKOUN, « Mohammed Arkoun et la question des fondements de l'islam », *Esprit*, Février 2001, pp.150-176

[31] Abdennous BIDAR, *op. cit.*

3. ***La notion de liberté de religion***

La liberté de religion a une triple dimension, individuelle, collective et institutionnelle.

Dans sa dimension individuelle, la liberté de religion doit s'entendre de la liberté de conscience, c'est-à-dire la liberté de croire à une croyance ou de ne pas croire. Il s'agit donc de la liberté dont dispose chaque individu d'adhérer à la confession de son choix ou de les repousser toutes. C'est une liberté individuelle puisqu'elle consiste, pour l'individu, à donner ou non son adhésion personnelle à une religion, à la choisir librement ou à la refuser.

Mais elle est aussi une liberté collective en ce sens qu'elle donne nécessairement naissance à une pratique dont le libre exercice doit être garanti. Ce qui suppose aussi que tout mouvement religieux doit être maître de son activité et donc disposer le droit de s'organiser librement. La liberté de religion s'entend également de la liberté d'exercer un culte, c'est-à-dire de la liberté de suivre les rites de la religion en collectivité.

Enfin d'un point de vue institutionnel, la liberté de religion s'entend également par la liberté de s'organiser en association et par la reconnaissance de certains droits à ces associations. Ces droits peuvent aller de l'autorisation de construire ou d'ouvrir des lieux de culte à l'autorisation d'imprimer et de diffuser des ouvrages religieux en passant par l'autorisation d'organiser des événements publics.

En somme la liberté de religion protège l'ensemble des convictions profondes d'une personne et confère à cette dernière le droit de les exprimer de manière individuelle ou collective, aussi bien en privé qu'en public. Aux termes de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « *toute personne a droit à la liberté d pensée, de conscience et de*

religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

Il est admis aujourd'hui que la liberté de religion ne peut pas être exercée sans la liberté de changer de religion. Cette faculté déjà inscrite dans l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, est décrite par de nombreux auteurs[32] comme le corollaire indissociable de la liberté religieuse. « *La protection de la pensée, de la conscience et des convictions d'un individu commence à l'évidence par le droit, pour ce dernier, d'avoir des convictions et d'en changer. Cela pour permettre à chacun de cultiver la pensée, la conscience et la religion de son choix, de les approfondir et de les remplacer* »[33]. Le Comité des droits de l'homme formule une observation en ce sens en 1993 : la liberté « d'avoir ou d'adopter » une religion ou une conviction « *implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction* ».[34]

La liberté de pensée, de conscience et de religion est automatiquement renforcée dans ces instruments relatifs aux droits de l'homme, par l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion ou les croyances.

La liberté de religion telle que définie juste avant, est garantie par de nombreuses conventions, pactes et déclarations, à divers échelons. A l'échelon international la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent la liberté en leur article 18 respectif ; quant au principe de non-discrimination religieuse, il a fait l'objet d'un texte spécifique, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance de discriminations fondées sur la religion

[32] Dès 1986, Elisabeth ODIO BENITO explique, concernant les dispositions des déclarations de 1948, de 1981 et du Pacte de 1966, que le sens implicite de la notion du droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction, quelle que fut la forme sous laquelle se présente cette notion, est d'avoir le droit d'abandonner une religion ou une conviction et d'en adopter une autre ou de n'en adopter aucune.

[33] Jim MURDOCH, *Liberté de pensée, de conscience et de religion*, *un guide sur la mise en œuvre de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'Homme, n°9, Conseil de l'Europe, 2007

[34] Observation formulée sur l'article 18 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.commentaire d'ordre général numéro 22.

ou la conviction. Ces garanties figurent également dans d'autres textes, à l'échelon régional cette fois. La Convention américaine relative aux droits de l'homme[35] , la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples[36], la Convention européenne des Droits de l'Homme[37], et enfin, la Charte de la ligue des Etats arabes[38], affirment et garantissent la liberté de religion.

Toutes ces dispositions consacrent non seulement la liberté de pensée, de conscience et de conviction mais encore son expression active. Il existe, ainsi, un lien manifeste, tant sur le plan de la formulation du texte que sur celui de sa substance, avec la liberté d'expression[39] et la liberté de réunion[40] et d'association, avec le respect dû à la vie privée[41], avec le droit des parents à voir leurs convictions philosophiques et religieuses respectées dans le cadre de l'enseignement dispensé à leurs enfants[42].

[35] L'article 12 indique que la liberté de conscience et de religion englobe « la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé »

[36] L'article 8 précise que « la liberté de conscience, la profession et la pratique libre de la religion, sont garanties « , en ajoutant que « sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés ».

[37] L'article 9 dispose que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». L'alinéa 2 ajoute que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratiques, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

[38] L'article 30 consacre que « a) toute personne a droit à la liberté de pensée, de croyance et de religion, qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par le loi, b) la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ou de pratiquer individuellement les rites de sa religion ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'homme pour la protection de la sûreté publique, e l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique ou des libertés et des droit fondamentaux d'autrui.. »

[39] Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit* ».

[40] Article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifique. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association ».*

[41] Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

[42] Article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *3. Les parents ont, par priorité, le droit de choisit le genre d'éducation à donner à leurs enfants ».*

Le respect des garanties consacrées par les conventions et pactes internationaux incombe avant tout à chaque Etat : rendre ces droits opposables en droit interne et dans la pratique des Etats. Les pouvoirs publics peuvent être tenus non seulement de renoncer à toute ingérence en matière de pensée, de conscience et de religion, mais encore, dans certaines situations, de prendre des mesures concrètes en vue de favoriser et de protéger ces droits. L'existence d'une « ingérence » dans l'exercice, par une personne, de ses droits suppose, en principe, qu'une mesure ait été prise par une autorité étatique. Elle peut également, s'il est admis que les pouvoirs publics sont soumis à une obligation positive, concerner l'absence des mesures que ceux-ci se doivent de prendre. L'Etat est, par conséquent, soumis avant tout à l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans les droits ainsi garantis. Elle peut aussi imposer à l'Etat d'agir. On peut également attendre de l'Etat qu'il prenne des dispositions pour permettre aux adeptes d'une religion de pratiquer leur foi conformément à leurs préceptes. Il faut prendre en considération le juste équilibre qu'il convient de trouver entre l'intérêt général de la collectivité et les intérêts privés concurrents de l'intéressé ou des intéressés. En adoptant la Déclaration universelle des droits de l'homme et en adhérant au Pacte international relatif aux droits civils et politique, les Etats de droit musulman ont donc formellement accepté de garantir la liberté de religion.

Section 2 : L'application de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman

La présente recherche a pour objectif d'apprécier l'application et les garanties de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman. Pour cela il est donc nécessaire d'analyser l'effectivité de la liberté de religion dans le système juridique des Etats de droit musulman (Paragraphe 1). Pour ensuite comparer les conditions d'exercice de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'analyse de l'effectivité de la liberté de religion dans le système juridique des Etats de droit musulman

La liberté de religion implique que chaque individu est libre d'adhérer ou non à une croyance religieuse. Mais elle suppose également qu'un individu ne puisse pas subir de discrimination eu égard à son choix. L'appartenance, ou le refus d'appartenance, à une religion donnée ne doit pas entraîner de modifications dans les droits des individus. Or le droit musulman, comme tous les droits religieux, est un système fondé sur l'affiliation à une communauté religieuse. C'est l'identification de la communauté d'appartenance qui sert de critère d'application pour le droit. Cette distinction s'applique sur le plan du droit public (par exemple restrictions à la liberté de culte, voire interdiction ; accès à des fonctions publiques ; accès aux universités et aux écoles ; ségrégation au sein des cimetières) et sur le plan privé (empêchement de se marier ou d'hériter par exemple). Comme le souligne François Facchini, « *L'islam tolère les autres religions mais ne leur accorde pas le même statut* »[43]. Le droit musulman est un droit personnel lié à la religion.

[43] François FACCHINI, *Islam et libertés religieuses : une explication par l'économie des religions*, séminaire EPIO du 10 novembre 2009

Chaque communauté religieuse dispose de sa propre loi révélée par Dieu. Ces communautés sont désignées dans le Coran comme *Ahl al*-kitab (les gens du Livre) et sont par conséquent acceptées dans la société musulmane : c'est le cas des juifs, des chrétiens et par extension et des sabéens. A l'inverse, ceux qui n'ont pas de livre révélé ne sont pas tolérés dans les Etats de droit musulman : c'est le cas des polythéistes. D'après le coran ils n'ont que deux choix, se convertir ou combattre jusqu'à la mort. De plus, dans la mesure où Mahomet s'est annoncé comme le dernier des prophètes[44], aucune religion postérieure à l'islam n'est reconnue. Ainsi la nouvelle religion bahá'ìe, fondée par Baha'u'llah (1817-1892) n'est pas admise, notamment en Iran. Le droit musulman pose donc des restrictions à la liberté de religion, or la « *liberté de religion doit être reconnue comme un droit intangible* »[45].

Condorcet a affirmé que « *le seul moyen de prévenir la tyrannie, c'est-à-dire la violation des droits de l'homme, est de réunir ces droits dans une déclaration, de les y exploser avec clarté dans le plus grand détail, de publier cette déclaration avec solennité en y établissant que la puissance législative ne pourra, sous quelque forme qu'elle soit institué, rien donner de contraire à aucun de ses articles* »[46]. Les paroles de Condorcet trouvent écho dans le constitutionnalisme, cette « *idéologie juridique tendant à soumettre le fonctionnement des organes de l'Etat à un ensemble de règles de droit fondamentales ayant une force juridique supérieure à celle des autres* »[47], selon l'expression de Michel Fromont. D'une part, la suprématie de la Constitution « *lui confère tout naturellement la qualité de mètre suprême de la régularité juridique* »[48], d'autre part la justice constitutionnelle tiendra un rôle fondamental dans la protection des droits de l'homme. Le constitutionnalisme contemporain promeut un système dans lequel la Constitution doit consacrer les droits fondamentaux et en plus instituer un organe juridictionnel capable d'examiner les actes pris sous la juridiction de l'Etat, à la Constitution.

---

[44] « *Mahomet n'est le père d'aucun homme parmi vous, mais il est le Prophète de Dieu, le sceau des* prophètes », Sourate XXXIII, verset 40

[45] Heiner BIELEFELDT, « La liberté religieuse : le critère ultime ? », *Esprit*, Mars-avril 2007, pp.126-135

[46] Condorcet lors des débats qui ont précédés la Révolution française, *in* Jean IMBERT, *Les droits de l'homme en France*, La Documentation française, 1985, p.19

[47] Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 1996, p.1

[48] Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p.11

Dans les démocraties libérales, le constitutionnalisme moderne a été accompagné au XXème siècle d'un processus de sécularisation qui a libéré le droit du carcan religieux. La liberté de religion ne sera pas protégée tant que « *le respect des droits de l'homme est des libertés fondamentales n'est pas consacré par des textes qui s'imposent au législateur comme au juge [et] la Constitution peut donner cette garantie surtout lorsqu'un organe impartial (…) est en mesure de décider de l'impartialité des lois* »[49]. Mais les conditions posées par le constitutionnalisme ne suffisent pas, car comme le souligne à juste titre le Professeur Ferjani, « *les droits de l'Homme sont remis en cause de la même manière par toutes les critiques de la modernité qui se réfèrent à des conceptions animées par la volonté de régenter le monde, la société et les individus d'une façon autoritaire, sur la base des principes sacrés de la tradition et de la religion, et ce quelle que soit la culture ou la religion de référence* »[50]. Ainsi, pour que la liberté de religion protège véritablement son bénéficiaire, elle doit être garantie par les mécanismes qu'impose le constitutionnalisme, dans un Etat dans lequel le processus de sécularisation a abouti.

[49] Raymond VANDER ELST, « La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux de protection internationale des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp.131-146
[50] Mohamed-Chérif FERJANI, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, L'Harmattan, 1991, p.115

Paragraphe 2 : La comparaison des conditions d'exercice de la liberté de religion dans différents Etats de droit musulman

Il peut y avoir autant de droit musulman que d'écoles juridique, et autant d'Etats de droit musulman que d'interprétations pratiques différentes de ces écoles. Le seul moyen de définir un Etat de droit musulman, est donc de l'envisager en tant qu'il est définit comme tel par sa Constitution.

Si l'on part du postulat qu'un Etat de droit musulman est un Etat qui se définit comme tel dans sa Constitution, près d'une trentaine d'Etats pourrait faire l'objet de la présente étude. Mais pour des raisons de temps et d'accès aux sources, la recherche a été limitée à certains Etats caractéristiques eu égard aux développements qui ont précédé. Une attention toute particulière a été portée à trois Etats de droit musulman, mais au total une quinzaine Etats ont été analysés. Un intérêt particulier a été apporté à la Tunisie, à l'Egypte et à la République Islamique d'Iran. Ces trois Etats ont été les premiers à amorcer le processus de constitutionnalisation. Le mouvement constitutionnaliste a pris de l'ampleur au milieu des années 1990 dans les Etats de droit musulman. Pourtant dès la fin du XIXème siècle l'Egypte et la Tunisie ont déjà élaboré des lois fondamentales, reconnaissant les libertés individuelles, et au début du XXème siècle, l'Iran (et non la République islamique d'Iran, inaugurée en 1979) connaît une « révolution constitutionnelle », qui inaugure la première Constitution du pays. En plus de cette caractéristique constitutionnelle, chacun de ces Etats dispose d'une particularité différente. La Tunisie est l'Etat de droit musulman qui a le plus sécularisé son droit. Dans de nombreux Etats, le droit pénal et les statuts personnels demeurent très imprégnés par le droit musulman. Par l'action de Habib Bourguiba, la Tunisie a relevé le défi d'accorder une valeur constitutionnelle à l'islam tout en sécularisant chaque aspect du droit lors du processus de codification. L'Egypte est symptomatique quant à la question de la justice constitutionnelle. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne est la juridiction constitutionnelle qui a la jurisprudence la plus développée de tous les Etats de droit musulman ; les décisions qu'elle a prise en matière de liberté de religion ou celles relatives

à la place de l'islam dans la Constitution sont atypiques au sein des Etats de droit musulman. Quant à la République islamique Iran, sa particularité tient à la théorie politique développée par l'Ayatollah Khomeiny pour asseoir son autorité, le concept du *velayat-e-faqih* Par cette théorie, le Guide suprême a un droit d'ingérence sur tous les pouvoirs, et la liberté de religion s'en trouve d'autant plus affectée.

Toutefois, sans chercher à être exhaustive, la recherche ne s'est pas limitée à ces Etats. A chaque fois que cela a été possible, les développements sont approfondis par des exemples issus d'autres Etats de droit musulman. Dans la mesure où les principaux Etats pris comme repère sont des Etats de droit musulman, arabes (à l'exception de l'Iran, mais ce choix se justifie par la théorie politique très spécifique de l'Iran), tous les autres Etats qui ont servi à approfondir les développements sont les Etats de droit musulman arabes suivants : Algérie, Arabie Saoudite, Bahreïn, Emirats Arabes Unis, Iraq, Jordanie, Koweït, Libye, Maroc, Mauritanie, Oman, Qatar, Syrie, Soudan, Yémen.

Comme le souligne André Durand, la liberté de religion ne relève pas « *d'une puissance temporelle ou d'une religion particulière instituée, mais elle est constitutive de chacun en tant qu'il est apte à conduire sa vie. La liberté de croire ou de ne pas croire ne dépend ni de la tutelle cléricale, ni du pouvoir d'Etat* »[51]. La liberté de religion doit être maintenue comme un droit intangible, garantie par la Constitution et protégé par la justice constitutionnelle. Or bien que la liberté de religion soit inscrite dans le texte de la Constitution des Etats de droit musulman, la constitutionnalisation de l'islam, comme religion d'Etat « *porte précisément la marque de l'inégalité due au statut minoritaire des confessions non-musulmanes* »[52]. L'effectivité de la liberté de religion est ainsi atténuée par une interprétation restrictive du droit musulman classique par les Etats de droit musulman qui constitutionnalisent l'islam comme source de législation (Partie 1). Néanmoins, les Etats de droit musulman ont tous amorcé un processus de constitutionnalisation et de sécularisation. C'est pourquoi il est nécessaire d'analyser l'impact des processus de constitutionnalisation et de sécularisation sur la protection de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman (Partie II).

[51] André DURAND, *L'islam au risque de la laïcité. Emergences et ruptures*, L'Harmattan, pp.30-31
[52] Yadh BEN ACHOUR, « Islam et Constitution », *RTD* ? 1971 ? PP.77-121

PARTIE I :

L'EFFECTIVITE DE LA LIBERTE DE RELIGION ATTENUEE PAR UNE INTERPRETATION RESTRICTIVE DU DROIT MUSULMAN CLASSIQUE

Le Coran, qui est la principale source de droit pour les juristes musulmans, proclame clairement et sans ambiguïté la liberté de religion. Il faut rappeler que la religion musulmane est née dans une région peuplée de juifs, de chrétiens et de polythéistes. Cet élément peut justifier le discours d'ouverture et de tolérance que le Prophète a tenu à l'égard des autres religions dans une première partie du Coran. Toutefois, comme le souligne le doyen Sadok Belaïd, « *il convient de rappeler que, durant la période de la Révélation, la question de la situation personnelle des non-musulmans a évolué d'une manière plus ou moins contradictoire et conjoncturelle* »[53]. En effet, le Coran contient également des prescriptions plus fermes à l'égard des non-musulmans. Dans ces prescriptions le prophète Mahomet enjoint explicitement à ses fidèles de combattre ceux qui ne se soumettent pas à la nouvelle religion. Ainsi, à la lecture du Coran deux mouvements contradictoires peuvent être mis en exergue.

Dans un premier mouvement, le Coran enjoint aux musulmans d'avoir une attitude d'ouverture et de tolérance à l'égard des non-musulmans. Selon l'analyse du doyen Belaïd, l'islam prescrit une attitude de tolérance à l'égard des non-musulmans au travers de cinq principes novateurs. Tout d'abord, le Coran fait explicitement référence aux « gens du Livre », c'est-à-dire à ceux qui vénèrent un Livre révélé, à savoir les « *Adeptes du Judaïsme, les Chrétiens, les Sabéens* »[54]. En effet, le Coran insiste sur la continuité entre l'islam et les autres religions révélées, et pose le principe de la reconnaissance et du respect des religions qui l'ont précédé.[55] Mahomet affirme le principe de l'unité de toutes les religions révélées. Par ailleurs, le deuxième principe proclamé par le Coran est la reconnaissance de la liberté de conscience des non-musulmans. Ce principe ordonne le respect des religions inscrites dans le Coran et interdit expressément aux musulmans d'imposer leur religion aux autres peuples.[56] Ce principe est accompagné de son corollaire, le troisième principe qui ordonne aux musulmans de respecter les non-

[53] Sadok BELAID, *Islam et Droit, un nouvelle lecture des « versets prescriptifs » du Coran*, Tunis, Centre de Publication universitaire, 2000, p.147

[54] Verset 62, Sourate II

[55] Pour exemple : verset 46, sourate XXIX, « *.. . Nous croyons en l'Ecriture qui vous est révélée, comme à celle que vous avez reçue. Votre Dieu et le Nôtre ne font qu'un et nous Lui sommes entièrement soumis* » et verset 48, sourate V : « *Et voici que le Livre, message de vérité, t'est révélé par Nous, confirmant les Ecritures antérieures et les parachevant..* »

[56] Sourate II, verset 256 : « *Point de contrainte en religion* » ; Sourate XVIII, verset 129: « *Dis : la vérité est là, émanant de votre Seigneur. Y croira qui voudra et la reniera qui voudra* »

musulmans, de bien les traiter et de vivre avec eux dans une bonne entente.[57] Ce respect de l'autre se manifeste par le quatrième principe, la reconnaissance du droit de chacun de pratiquer librement sa religion, sans interférence des autorités musulmanes et des musulmans de manière générale. Le Coran proclame sans équivoque le droit pour les non-musulmans à la libre pratique de leurs rites religieux et à l'application de leur propre droit, notamment en matière de statut personnel. Les non-musulmans disposent de leur propre législation et de leurs propres tribunaux. Tous ces principes sont concrétisés par le cinquième principe, le contrat de *dhimma*. La *dhimma* est un contrat juridique, signé entre les autorités musulmanes et les non-musulmans vivant sur leur territoire. C'est « *le pacte de sécurité et l'engagement de protection par lequel l'autorité musulmane s'engage à sauvegarder la vie et les propriétés des non-musulmans* »[58]. C'est un engagement que prend le pouvoir musulman de permettre aux non-musulmans de pratiquer librement leurs rites, d'appliquer leur législation et d'avoir recours à leurs propres tribunaux. En somme, ce pacte garantit la liberté de religion des non-musulmans. Grâce à ce pacte, les non-musulmans ont bénéficié d'une relative liberté de religion lorsqu'ils ont été sous domination musulmane. Les deux principales minorités religieuses, « *les minorités juives et chrétiennes vivant dans le monde islamique, ont connu durant des siècles une ère de liberté dans la pratique de leurs religions respectives, de leurs droits et de leurs libertés* »[59].

Dans un second mouvement cependant, le statut des non-musulmans a été directement affecté par le lien insécable entre la religion et le pouvoir temporel. En effet, « *une expérience éternelle veut que les minorités soient souvent les victimes désignées des tensions sociales internes des Etats et aussi des crises politiques qui surgissent dans les relations entre ces derniers* »[60]. La détérioration du statut des non-musulmans résulte de ce même contrat de *dhimma*. Les premiers traités relatifs aux *dhimmis*, font déjà état de la domination musulmane en ce sens que les autres communautés doivent respect et allégeance à l'islam, notamment par diverses interdictions qui leur sont imposées. Les *dhimmis* ne sont pas autorisés à pratiquer leur religion en public ; ils n'ont pas le droit de parler de leurs principes religieux avec les musulmans (encore moins de pratiquer le prosélytisme) ; le port de certains vêtements

[57] Sourate XVI, verset 125: « *Ne discutez avec les Gens du Livre que d'une manière convenable… dites-leur : « Nous croyons en l'Ecriture qui nous est révélée, comme à celle que nous avons reçue. Votre Dieu et le Nôtre en font qu'un et nous Lui sommes entièrement soumis* »

[58] Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1983, p.111

[59] Voir, Mohamed CHARFI, *Conférences à l'Académie de droit international de la Haye*, 1989, p.362 à 369

[60] Sadok BELAÏD, *op. cit.,* p.161

distinctifs leur est imposé alors que d'autres habits ou couleurs leur sont interdits car ils sont réservés aux musulmans ; la destruction des édifices religieux non-musulmans est ordonnée par les autorités; il leur est interdit de porter des armes et parfois même de monter à cheval.

Cette dichotomie entre deux mouvements contradictoires se retrouve encore aujourd'hui dans la législation des Etats de droit musulman modernes. La majeure partie des Etats de droit musulman a institué le principe de la liberté de religion dans la Constitution et affirme l'égalité entre tous les citoyens sans discrimination fondée sur la religion. Ces Etats ont également participé à l'élaboration et à l'adoption des différentes conventions internationales qui affirment le principe de la liberté de religion, la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou encore la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction. Dans les Etats de droit musulman un individu est identifié par son appartenance religieuse. L'adhésion à une communauté religieuse définit les droits et les obligations d'un citoyen. Alors que la consommation et la vente d'alcool et de porc sont interdites à un musulman, elles ne le sont pas pour un chrétien par exemple. Mais c'est en matière de statut personnel que cette identification religieuse a un impact plus important. Le système judiciaire des Etats de droit musulman est basé sur le principe de la personnalité des lois en matière de statut personnel. Selon ce principe du droit musulman, les tribunaux appliquent des lois différentes selon la religion des parties présentes[61]. Les conditions de formation et de dissolution du mariage, ou encore les conséquences en matière d'héritage, dépendent de la religion des parties. Chaque communauté religieuse est autorisée à appliquer les rites qu'impose la religion. Il est indéniable qu'il existe une liberté de religion dans les Etats de droit musulman.

[61] Nous verrons dans le Titre II, que selon ce principe, les tribunaux sont habilités à prononcer la nullité d'un mariage entre une musulmane et un apostat. La loi musulmane interdit à une musulmane d'épouser un non-musulman, or un apostat devient un non-musulman. Pourtant, une chrétienne ne peut pas demander la dissolution de son mariage si son mari se convertit à l'islam car aucune loi chrétienne n'interdit le mariage d'une chrétienne et d'un non-chrétien. De même, en matière pénale, en vertu du principe de personnalité des lois, les tribunaux appliquent des indemnisations différentes selon la religion de l'auteur de l'infraction et selon la religion de la victime. Le principe de la personnalité des lois permet donc d'appliquer une législation différente en fonction de la religion des partis.

Toutefois dans un même temps, toutes ces Constitutions limitent l'application des dispositions constitutionnelles au respect de l'islam. A l'exception de la Tunisie, tous les Etats de droit musulman consacrent que l'islam est source la législation. Dans certains cas l'islam est la seule source de législation, dans d'autres cas l'islam est une des sources de législation. Dans tous les cas, cela contraint le législateur à respecter le droit musulman lorsqu'il légifère sur des questions qui ont été traitées par l'islam[62]. Il est paradoxal de noter que la législation des Etats de droit musulman, de manière simultanée, permet le respect de la liberté de religion et la restreint. Le système de la personnalité des lois qui permet d'appliquer des lois différentes selon la religion des parties, par exemple, ne s'applique que lorsque les deux parties sont de la même communauté religieuse. Lorsqu'il y a un conflit de lois, lorsque l'une des parties est musulmane, les tribunaux appliquent le principe de la primauté de la loi musulmane. Or selon le droit musulman, une musulmane ne peut pas épouser un non-musulman et un non-musulman ne peut pas hériter d'un musulman. En matière de droit public, la Constitution organise une discrimination à l'égard des non-musulmans puisque certaines fonctions leur sont interdites. Un non-musulman ne peut pas accéder à la présidence, certaines fonctions de l'administration sont réservées aux musulmans et il est souvent interdit aux non-musulmans d'accéder aux postes de magistrat. On notera que les restrictions concernent tant les communautés musulmanes minoritaires que les non-musulmans.

Nous verrons donc que l'analyse de la législation des Etats de droit musulman désireux de maintenir l'islam comme source unique et indépassable de droit, met en lumière une indéniable affirmation textuelle de la liberté de religion (Titre I) ; mais dans le même temps, cette liberté est limitée par le respect du droit musulman classique qui porte inévitablement atteinte à la pratique de la liberté de religion (Titre II).

[62] Nous verrons de façon plus détaillée dans la Partie II quel est l'impact de cette disposition sur l'effectivité de la liberté de religion.

TITRE I:

Une reconnaissance textuelle de la liberté de religion dans la législation des Etats de droit musulman

La question des conditions d'exercice de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman soulève celle de la compatibilité du droit musulman avec la liberté de religion. Cette liberté est affirmée dans le Coran notamment par des versets tels que « *pas de contrainte en religion* » ou encore « *A moi ma religion, à vous votre religion* ». En application de ces versets, les Etats de droit musulman accordent une valeur constitutionnelle à la liberté de religion. La majeure partie des Constitutions concernées par cette recherche inscrit textuellement soit la liberté de religion, soit le principe de non-discrimination basée sur la religion. Toutefois, les dispositions constitutionnelles n'établissent pas de définition de cette liberté. L'étendue que les Etats de droit musulman accordent à la liberté de religion n'est pas perceptible à la seule lecture de la Constitution.

Dans la mesure où la reconnaissance de la liberté de religion est précédée de l'affirmation de la nature islamique du droit, on peut se demander quel est le sens que donnent les Etats de droit musulman à cette liberté. S'agit-il de la liberté pour les non-musulmans de pratiquer leurs rites, tant publiquement qu'en privé ou au contraire la liberté ne concerne que les musulmans, qu'ils soient de l'obédience majoritaire ou minoritaire ? Ces interrogations sont confortées par les prises de positions des Etats de droit musulman contre la liberté de religion lors de l'adoption des divers instruments internationaux. La position adoptée par ces Etats a suscité de vifs débats et a entraîné une évolution de la liberté de religion, allant dans le sens d'une diminution des droits qui découlent de cette liberté. Toutefois, si les Etats de droit musulman ont insisté pour adapter, au niveau international, la liberté de religion au droit musulman, aucun Etat ne s'est opposé à l'adoption de ces conventions. Néanmoins, alors que les Etats de droit musulman ne s'opposent pas formellement à l'affirmation de la liberté de religion en droit international, les conventions régionales adoptées par les institutions islamiques en font une mention très lacunaire.

Bien qu'il encadre la liberté de religion, le droit musulman permet la reconnaissance juridique des non-musulmans. Cette existence juridique est indispensable dans un système judiciaire basé sur la personnalité des lois. Selon ce principe, le droit appliqué par les tribunaux, notamment en matières pénale et civile, dépend de la religion

des parties. La reconnaissance officielle d'une minorité religieuse permet aux communautés non-musulmanes autorisées, à pratiquer leur foi, en public comme en privé, et à avoir des droits spécifiques. La reconnaissance juridique des non-musulmans est un principe du droit musulman établi dès les premiers siècles de l'ère musulmane par le contrat de *dhimma*. Les Etats de droit musulman ont perpétué ce contrat sous une forme plus moderne au travers de la reconnaissance constitutionnelle.

Comme l'affirme Hervé Bleuchot, la question de la liberté de religion dans un Etat ne peut pas être « *envisagée indépendamment du système juridique en vigueur dans ce pays et qui fixe les rapports entre l'Etat et les religions* »[63]. L'analyse des Constitutions des Etats de droit musulman permettra ainsi de constater que la liberté de religion dans les Etats de droit musulman est un droit fondamental à valeur constitutionnelle (Chapitre 1). Dans un système où la religion et le droit sont imbriqués, l'affirmation de la liberté de religion ne peut pas suffire à elle seule à protéger les droits qui en découlent. Pour permettre une totale application du principe il est indispensable que la législation reconnaisse l'existence des minorités religieuses. Le corollaire à la liberté de religion est donc la reconnaissance des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman (Chapitre 2).

[63] Hervé BLEUCHOT, *La liberté religieuse au Soudan : du système moderne au système antique*, in *L'Etat de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS Editions, 1997, p.143

CHAPITRE 1 :

La liberté de religion dans les Etats de droit musulman, un droit fondamental à valeur constitutionnelle

Dans le droit musulman, les libertés publiques se définissent comme « *un ensemble de libertés civiles reconnues, garanties et limitées par les prescriptions coraniques* »[64]. Or le droit musulman classique qui tire sa source dans le Coran et la Sunna du Prophète est le fondement des législations contemporaines des Etats de droit musulman. Pour comprendre la législation contemporaine en matière de liberté de religion, il faut donc analyser le texte fondateur, le Coran. Le Livre Saint de l'islam affirme nettement la reconnaissance des croyances des non-musulmans. Par plusieurs versets, le Prophète énonce que les communautés non-musulmanes peuvent conserver leurs croyances, leurs droits et leurs libertés lorsqu'elles sont sous la domination d'une autorité musulmane. A la lumière de ces versets[65] nous pouvons affirmer que l'islam reconnaît le pluralisme religieux au sein de l'Etat de droit musulman. Une des premières évocations de la liberté de religion remonte à un traité signé entre le Prophète et les chrétiens de Najrân dans lequel Mahomet assure que les musulmans respectent et protègent les lieux de culte chrétiens, et de manière plus générale, permet aux chrétiens de pratiquer leurs rites selon leur croyance.[66] Dans la mesure où un Etat de droit musulman se définit comme un Etat dont l'islam est source de législation, il est tout à fait naturel que la liberté de religion, telle que reconnue par le Prophète Mahomet, soit inscrite dans leur Constitution.

Une analyse comparative des différentes Constitutions permet d'observer que les Constitutions des Etats de droit musulman contemporain inscrivent la liberté de religion et/ou le principe de non-discrimination fondée sur la religion (Paragraphe 1). Toutefois, les libertés publiques en droit musulman sont soumises à une limite. Si les libertés fondamentales sont reconnues et affirmées dans les Constitutions, c'est à condition qu'elles soient appliquées dans le respect des préceptes religieux. Les débats qui ont entouré l'élaboration des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, mais aussi le contenu des conventions et déclarations préparées par des organisations

[64] Ihsan Hamid AL-MAFREGY, L'islam et les droits de l'homme, in Emmanuel HIRSH, *Islam et droits de l'homme* , Librairie des libertés, Paris, 1984, p.23

[65] Pour exemple, Verset 130, Sourate II : « *Nous croyons en Dieu et à ce qui a été envoyé d'en haut à nous, à Abraham, Ismaïl, Isaac, Jacob et aux douze tribus ; nous croyons en la doctrine de Moïse, de Jésus et des Prophètes, nous ne mettons point de différence entre eux, et nous sommes résignés à la volonté de Dieu.* »

[66] On peut y lire notamment « *aucun évêque ne sera déplacé de son évêché, ni aucun moine de son monastère, ni aucun prêtre de sa cure… Quand les chrétiens voudront construire une église, les musulmans les aideront dans ce genre de travail… Je m'engage à prendre sous ma protection leurs églises, chapelles et oratoires, les établissements de leurs moines, les demeures de leurs anachorètes en tous lieux* ». Cité dans Ihsan Hamid AL-MAFREGY, *op. cit.*, p.46

régionales arabes ou islamiques, mettent en lumière certaines des limites que pose l'islam à la liberté de religion. Pour comprendre l'étendue de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman, il faut analyser les revendications identitaires des Etats de droit musulman lors de l'élaboration des conventions internationales et régionales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 :

L'inscription de la liberté de religion et du principe de non-discrimination dans les Constitutions des Etats de droit musulman

A l'exception de quelques Etats[67] la plupart les Etats de droit musulman accorde une valeur constitutionnelle à la liberté de religion. Toutes ces Constitutions mentionnent la liberté de religion ou le principe d'égalité sans discrimination fondée sur la religion (1). Toutefois, la reconnaissance de la liberté de religion est assortie d'une limite. La liberté de religion doit être comprise comme celle admise par le droit musulman[68] (2).

1. La liberté de religion, une liberté publique à valeur constitutionnelle

L'analyse de la Constitution des Etats de droit musulman permet de mettre en évidence trois catégories de Constitutions.

Une première catégorie est constituée des Etats de droit musulman dont la Constitution consacre d'une part la liberté de religion et d'autre part la non-discrimination fondée sur la religion. Les Constitutions de Bahreïn[69], d'Egypte[70], des Emirats arabes

[67] Arabie Saoudite, Iran, Maroc, Mauritanie et Yémen

[68] Nous verrons dans le titre 2 quelles sont les limites qui sont imposées à la liberté de religion par le droit musulman.

[69] Constitution de l'Etat du Bahreïn : article 18 : « *les êtres humains sont égaux en dignité humaine. Les citoyens sont égaux devant la loi en droits et en obligations générales et sans aucune discrimination en raison de leur sexe, de leur origine, de leur langue, de leur religion ou de leur croyance* ». Article 22 : « *La liberté de conscience est absolue. L'Etat garantit l'inviolabilité des lieux de culte ainsi que la liberté du culte, des processions et réunions religieuses, conformément aux coutumes en vigueur dans le pays* ».

[70] Constitution de la République Arabe d'Egypte : article 40 : « *Les citoyens sont égaux devant la loi. Ils sont également égaux dans les droits et les devoirs publics, dans distinction de race, d'origine, de langue, de religion ou de conviction* ». Article 46 : « *L'Etat garantit la liberté de croyance et de l'exercice du culte* ». Article 47 : « *La liberté d'opinion est garantie. Toute personne a le droit d'exprimer son opinion et de la propager par la parole, par écrit, par l'image ou par tout autre moyen d'expression dans les limites de la loi. L'autocritique et la critique constructive sont une garantie de la sécurité de l'édifice national* ». La nouvelle Constitution égyptienne, adoptée en 2011 mais suspendue en 2013 prévoit en son article 43 que « *La liberté de croyance est garantie. L'Etat assure la liberté de culte et de la construction des lieux de culte des religions célestes, selon les dispositions de la loi* ».

unis[71], d'Irak[72], de Jordanie[73], d'Oman[74], du Soudan[75] et de Syrie[76], composent cette première catégorie.

Une deuxième catégorie est composée des Constitutions qui consacrent la liberté de religion. Quant au principe de non-discrimination, lorsqu'il y est bien affirmé, la condition de religion n'est pas inscrite. Trois Constitutions entrent dans cette catégorie, les Constitutions algérienne[77], koweitienne[78] et tunisienne[79].

---

[71] Constitution de l'Etat des Emirats Arabes Unis : article 25 : « *Tous les individus sont égaux devant la loi. Il n'y a pas, parmi les citoyens de la Fédération, de discrimination en fonction de l'origine, du lieu de résidence, des croyances religieuses ou du rang social* ». Article 32, « *Le libre exercice des cultes, conformément aux traditions, est protégé, à condition qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».[71]

[72] Constitution de la République d'Irak : article 2, 2. : « *La présente Constitution garantit l'identité islamique de la majorité du peuple irakien et elle garantit pleinement les droits religieux à la liberté de croyance et du culte religieux de tous les individus comme les Chrétiens, les Yazidis, et les Mandéens Sabéens » ;* article 14 : « *Les Irakiens sont égaux devant la loi, sans discrimination fondée sur le genre, l'ethnie, la nationalité, l'origine, la couleur, la religion, la confession, la croyance ou les opinions, ou le statut économique ou social »* ; article 42 : « *Chacun dispose de la liberté de pensée, de conscience et de croyance* » ; article 43 : « 1. *Les adeptes de toutes les religions et confessions sont libres : a) de pratiquer leurs rites religieux, y compris les rites Husseinites ; b) de gérer les fondations religieuses (waqf), leurs affaires et leurs institutions religieuses, conformément aux dispositions de la loi. 2. L'Etat garantit la liberté de culte et le protection des lieux de culte »*,

[73] Constitution du Royaume Hachémite de Jordanie : article 6 alinéa 1 : « *Les jordaniens sont égaux devant la loi. Aucune discriminations ne peut être faite entre eux quant à leurs droits et leurs obligations, même s'ils sont différents quant à leur race, leur langue ou leur religion* ». Article 14 : « *L'Etat protège la liberté de la pratique des religions et des croyances, conformément aux traditions observées dans le Royaume, à moins qu'elle ne porte atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».[73]

[74] Constitution du Sultanat d'Oman : article 17 : « *Tous les citoyens sont égaux devant la loi et jouissent des mêmes droits et ont les mêmes obligations publiques. Il ne peut exister aucune discrimination entre eux du fait de leur sexe, origine, couleur, langue, religion, confession, lieu de résidence ou statut social.* » Article 28 : « *La liberté d'accomplissement des rites religieux conformément aux coutumes en vigueur est protégée, à condition que cela ne porte pas atteinte à l'ordre public ou à la morale* ».

[75] Constitution de la République du Soudan : article 1 : « *L'Etat du Soudan est un Etat rassembleur et une patrie où s'harmonisent les races et les cultures et se tolèrent les religions. L'Islam est la religion de la majorité de ses habitants. Le christianisme et les croyances traditionnelles y ont des adeptes respectés.* » Article 20 : « *Tous les êtres humains sont égaux devant les tribunaux. Les Soudanais sont égaux en droits et en obligations dans les fonctions de la vie publique. Ils ne peuvent faire l'objet de discrimination sur la seule base de la race, du sexe ou de l'appartenance religieuse. Ils ont un égal accès à la fonction publique et aux postes politiques et ne se distinguent pas les uns des autres en raison de leur fortune.* » Article 24 : « *Toute personne a droit à la liberté de conscience et de croyance religieuse. Elle a le droit de dévoiler sa religion ou sa croyance par le moyen de la dévotion, l'enseignement, la pratique ou la célébration du culte et des rites. Nul ne peut être contraint d'adopter une croyance qu'il ne partage pas ou des rites ou des cultes qu'il n'accepte pas volontairement et ce sans porter préjudice à la liberté du choix de la religion et sans porter atteinte aux sentiments des autres ou à l'ordre public et conformément aux détails fixés par la loi*. »

[76] Constitution de la République arabe syrienne : article 3 : « *L'Etat respect toutes les religions et garantir le libre exercice de tous les rites à condition que cela ne perturbe pas l'ordre public »* ; Article 33, 3/ « *Les citoyens sont égaux en droits et en devoirs sans discrimination sexuelle, ethnique, linguistique, religieuse et confessionnelle »* ; Article 42, «1/ *La liberté de culte est protégée par la loi. »*

[77] Constitution de la République Algérienne démocratique et populaire : article 36 : « *la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables* ». Remarque : l'article 29 qui mentionne les conditions d'égalité entre les citoyens ne fait pas mention de la religion. « *Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale*. »

[78] Constitution de l'Etat du Koweït : L'égalité est mentionnée à l'article 7 de la Constitution, mais aucune disposition précise concernant la non-discrimination en fonction de la religion : « *La justice, la liberté et l'égalité sont les piliers de la société. »* Article 35 : « *La liberté religieuse est absolue. L'Etat protège la libre pratique des religions conformément aux coutumes établies, à la condition qu'elles ne s'opposent pas à l'ordre public et à la morale* ».

[79] Constitution de la République Tunisienne : article 5 : « *La République Tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'il ne trouble pas l'ordre public*. » L'article 5 du Projet de Constitution présenté en avril 2013 dispose que « *L'Etat est le garant de la religion. Il garantit la liberté de croyance*

Une dernière catégorie est constituée de Constitutions qui ne reconnaissent pas la liberté de religion. L'article 12 de la Constitution iranienne[80] inscrit le chiisme duodécimain en tant que religion officielle et reconnaît également d'autres obédiences musulmanes. De plus l'article 13[81], reconnaît officiellement trois autres minorités non-musulmanes, les zoroastriens, les juifs et les chrétiens. Toutefois, la liberté de religion n'est pas explicitement reconnue par la Constitution. De même, l'article 5 de la Constitution marocaine[82] et l'article 1 de la Constitution mauritanienne[83] reconnaissent l'égalité de tous les citoyens, mais aucune référence n'est faite à la discrimination fondée sur la religion et aucune disposition ne consacre la liberté de religion. A l'inverse, la Constitution du Qatar inscrit le principe de l'égalité des citoyens sans distinction fondée sur la croyance, mais la liberté de religion n'est pas consacrée comme liberté fondamentale[84]. Quant aux Constitutions de l'Arabie Saoudite, de la Libye et du Yémen, ni la liberté de religion ni le principe d'égalité des citoyens ne sont mentionnés.

Parmi les sept Etats qui n'inscrivent pas la liberté de religion dans le texte fondamental, il est intéressant de noter que cinq Constitutions décrivent la nature « islamique » de l'Etat dès l'article 1er (Arabie Saoudite, Iran, Maroc, Mauritanie, Yémen) et deux Etats ne reconnaissent pas de valeur constitutionnelle au texte établi (Arabie Saoudite, Libye). Les Constitutions marocaine, mauritanienne, iranienne, saoudienne et yéménite proclament toutes à l'article 1er que l'Etat est un Etat islamique (ou musulman en ce qui concerne le Maroc). En affirmant la nature islamique de l'Etat, la Constitution impose aux pouvoirs publics et aux citoyens de respecter le droit musulman. En se

et le libre exercice du culte, il est le protecteur du sacré, garant de la neutralité des lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane ». L'article 6 relatif à l'égalité sans discrimination n'inscrit toujours aucune condition quant à la religion.

[80] Constitution de la République islamique d'Iran : article 12 : « *La religion officielle de l'Iran est l'islam selon l'école juridique jaffarite duodécimain. Ce principe ne sera jamais susceptible de modification. Les autres appartenances islamiques, aussi bien les hanafites, les chaféites, les malékites, les hanbalites et les zaïdites bénéficient d'un respect intégral et les adeptes de ces écoles sont libres de célébrer leurs cérémonie religieuses selon leur jurisprudence religieuse propre. Pour l'instruction et l'éducation religieuses et pour leur statut personnel (mariage, divorce, héritage et testament), ainsi que pour les litiges qui en découlent et se trouvent portés devant les tribunaux, ils sont reconnus officiellement. Dans les régions où les adeptes de l'une quelconque de ces appartenances constituent la majorité, les règlements locaux entrant dans les limites de compétences des conseils seront conformes au droit religieux de ces écoles, sans préjudice des droits des adeptes des autres appartenances.* »

[81] Article 13 de la Constitution iranienne : « *Les Iraniens zoroastriens, juifs et chrétiens sont les seules minorités religieuses reconnues, qui, dans les limites fixées par la loi, sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses et qui, pour leur statut personnel et l'instruction religieuse, peuvent agir selon leurs règles propres.* »

[82] Constitution du Royaume du Maroc : article 5 : « *Tous les marocains sont égaux devant la loi* ».

[83] Constitution de la République islamique de Mauritanie : article 1 alinéa 2 : La République assure à tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe ou de condition sociale, l'égalité devant la loi. »

[84] Statut fondamentale de l'Etat du Qatar : article 9 : « *Les êtres humains sont égaux en droits en obligations, et ce, sans distinction en raison de la race, du sexe ou de la religion* ».

définissant comme Etat islamique, ces Etats s'engagent à promouvoir l'islam et à protéger les valeurs de l'islam sur son territoire. En tant qu' « Etat islamique », ces Etats s'engagent également à faciliter la pratique de l'islam par l'instauration du droit musulman. Ainsi, tous les citoyens sont soumis au droit musulman. Les musulmans doivent respecter les prescriptions du Livre Saint et le non-respect est puni par la loi ; quant aux non-musulmans ils doivent respecter la croyance des musulmans et peuvent pratiquer leur religion dans le cadre posé par le droit musulman. En se dotant de la mission de promouvoir la religion officielle et protéger l'unité de la communauté des croyants, ces Etats limitent la liberté de religion. Celle-ci ne peut être admise que dans un strict cadre posé par l'Etat. C'est sans doute pour cela que les Constitutions d'Arabie Saoudite, d'Iran, du Maroc, de Mauritanie et du Yémen ne consacrent pas la liberté de religion. Cela permet de limiter l'effectivité de la liberté sans porter atteinte à un principe constitutionnel.

De plus, bien que la Libye et l'Arabie Saoudite aient adopté des textes fondamentaux, ils ne sont pas considérés par les pouvoirs publics comme des Constitutions. Traditionnellement, l'élaboration d'une Constitution soumet les gouvernants au droit et aux principes qui y sont établis. Or, comme l'ont rappelé les dirigeants saoudien et libyen, la Constitution n'a aucune valeur car les dirigeants sont directement soumis à la Loi de Dieu. Le Roi Fayçal d'Arabie Saoudite a déclaré en 1966 « *Une Constitution pour quoi faire ? Le Coran est la plus ancienne et la plus efficace des Constitutions (…). Notre Constitution c'est le Coran* »[85]. Ainsi la validité d'une loi n'est pas examinée par rapport à la Constitution mais par rapport au droit musulman. Cela peut également expliquer les dispositions très lacunaires de ces deux Statuts fondamentaux en matière de libertés fondamentales.

En affirmant que l'islam est source de législation, les Constitutions des Etats de droit musulman imposent au législateur certaines règles du droit musulman classique. Cela est particulièrement vrai en matière de liberté de religion. Par la consécration constitutionnelle de la liberté de religion, les Etats de droit musulman appliquent le principe du pluralisme religieux qui est admis dès le début de l'ère musulmane.

[85] Propos paru dans le journal Le Monde du 24 juin 1966, cité par Ghassan SALAME, « L'Islam et l'Arabie Saoudite », *Pouvoirs,* n°12, p.125

2. La genèse de la liberté de religion et du principe de non-discrimination en droit musulman

La religion musulmane prend naissance au VIIème siècle sur un territoire où cohabitent déjà plusieurs religions. L'Arabie est une région caractérisée par le pluralisme religieux où se côtoient chrétiens, juifs, zoroastriens, athées, polythéistes et nouveaux musulmans. Lorsqu'il s'établit comme chef politique à Médine, Mahomet gère alors un groupe constitué de sujets musulmans et non-musulmans ; et il entretient également des relations diplomatiques avec des voisins confessant d'autres croyances, puisque se trouvent en « *Arabie (…) au VIIe siècle des groupements chrétiens, et (…) de nombreuses et importantes communautés juives* »[86]. La société du VIIème siècle est régie selon un principe hiérarchique et non égalitaire. La société est répartie en différentes tribus qui subissent la domination du groupe le plus fort. La société est gouvernée selon un principe hiérarchique qui permet au groupe le plus puissant d'imposer sa loi à l'ensemble des groupes. Toutefois, même « *s'il excluait l'égalité, ce système permettait néanmoins la coexistence pacifique, le groupe dominant n'essayant pas à tout prix d'anéantir ou d'absorber les autres* »[87].

A cette époque, au VIIème siècle, la région vit grâce au commerce caravanier et aux foires qui s'organisent autour de la *ka'ba* de La Mecque. Ce lieu de culte païen rassemble les idoles que vénèrent les habitants de l'Arabie ; et régulièrement des pèlerinages sont organisés autour de la *Ka'ba*. La région de La Mecque, où commence à se propager la nouvelle religion est l'une des plus riches de l'Arabie. Le commerce y est très prospère grâce exclusivement aux pèlerinages et aux foires qui y sont organisées. La bonne entente entre les différentes tribus et les différentes communautés religieuses s'explique notamment par la nécessité de maintenir l'activité commerçante de la ville. Bien que la cohabitation pacifique soit parfois perturbée par des conflits, il est indispensable de préserver la sécurité du commerce caravanier et des foires pour maintenir l'activité florissante de la ville. L'atmosphère pacifique qui y règne, malgré la mixité religieuse,

[86] Maurice GAUDEFROY-DEMOMBYNES, « L'islam », *L'Islam et la politique contemporaine*, Conférence organisée par la Société des Anciens Elèves et Elèves de l'Ecole libre des Sciences politiques, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, p.5
[87] Bernard LEWIS, *Islam*, Gallimard, 2005

s'explique donc surtout par des besoins financiers, par la volonté de vivre ensemble afin d'assurer la sécurité du commerce caravanier. Dans la même logique, l'hostilité à l'égard d'une communauté s'explique par la crainte que cette dernière ne porte atteinte au commerce.

Dans un contexte dominé par les relations commerciales, la nouvelle religion qui prône l'existence d'un Dieu unique et interdit la vénération d'idoles, risque de nuire au commerce de La Mecque. L'Arabie est marquée par le polythéisme et « *l'Islam s'inscrira en totale opposition avec cette conception religieuse et le fait d'associer d'autres divinités à Dieu* (…)»[88]. Mahomet et ses fidèles sont alors l'objet de l'intolérance et la persécution des riches mecquois ; ces derniers sont « *inquiets des conséquences de la nouvelle religion pour la position qu'ils avaient acquise en Arabie grâce au commerce caravanier et au pèlerinage à La Mecque dont la Ka'ba avait éclipsé les autres Ka'ba de l'Arabie* »[89]. En effet, le message religieux qu'il répand remet en cause le polythéisme et l'idolâtrie. Or les différentes tribus de La Mecque vivent en grande partie des foires et des pèlerinages qui sont organisés autour des idoles. Les riches commerçants voyant en cette nouvelle religion une menace pour leurs privilèges « *multiplièrent les pressions, les menaces et les promesses pour dissuader Muhammad de continuer* »[90].

La vie de Mahomet est désormais menacée à La Mecque, et il ne possède plus aucune protection[91]. Il trouve refuge auprès des habitants de l'oasis de Yathrib[92] qui lui proposent de venir arbitrer les conflits des différents clans. Yathrib est composée essentiellement de différentes tribus juives qui cohabitent avec des tribus arabes. On y trouve également quelques clans chrétiens, mais ces derniers « *y passaient inaperçus* »[93].

A cette époque, de petites querelles entre clans peuvent très vite s'envenimer et donner lieu à des massacres. Pour les habitants de Yathrib cette situation est devenue

[88] Stéphane PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, L'Harmattan, 2009, p.31
[89] Mohamed-Chérif FERJANI, *Le politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, 2005 p.256.
[90] Stéphane PAPI, *op. cit.*, p.36
[91] Les révélations de Mahomet sont mal accueillies par les riches mecquois qui profitent de le divination des idoles pour asseoir leur autorité. Mais Mahomet a profité de la protection de son oncle A bu Talib, puis de son épouse Khadidja qui étaient des personnes influentes de la ville. A la mort de ces derniers il n'a plus aucune protection et il devient l'objet d'une persécution qui l'oblige à s'exiler lorsque l'occasion se présente.
[92] Yathrib est le nom originel de Médine. La ville sera renommée Médine par les Musulmans.
[93] Antoine FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1958, p.1

insupportable[94] ; pourtant personne au sein des différentes tribus ne peut arbitrer les conflits en toute objectivité. L'arbitrage des conflits entre les différentes tribus est la principale fonction politique. Cette fonction peut être exercée de manière collégiale par un conseil de la tribu ou par un « *ou par un shaykh (cheikh) – ou sayyid- choisi en fonction de paramètres liés à l'âge et à l'honneur ou la dignité »*[95]. Alors lorsque les marchands de cette ville, qui ont effectué régulièrement des voyages d'affaires à La Mecque, entendent parler d'un homme de Dieu, « *un prophète, avec une autorité ne reposant pas sur le sang, (…) capable de se tenir au-dessus des groupes rivaux et tenir le rôle d'arbitre* »[96], ils lui proposent de les accompagner. Au même moment, la vie de Mahomet est en danger à La Mecque. En 621, Mahomet et ses premiers compagnons quittent donc La Mecque, « *fuyant l'hostilité irréductible des Mekkois* »[97] et trouve refuge à Yathrib. L'islam naît ainsi dans un contexte de pluralisme religieux, et bénéficie même de la tolérance d'une autre communauté religieuse, en l'occurrence la communauté juive, pour s'exiler et propager ainsi le Message religieux.

A partir de cet exil, Mahomet est « *toujours le Prophète de la Révélation ; mais désormais il est aussi devenu conducteur d'une communauté humaine (…) ; le Prophète est un interprète des ordres de Dieu, et aussi un législateur et un juge* »[98]. A partir de cette date, Mahomet acquiert un double statut, il est à la fois un chef politique d'une communauté multiconfessionnelle[99] composée de plusieurs clans musulmans, de trois clans juifs (Banû Qaynuqâ, Banû Nadîr et Banû Quraydha), d'un clan chrétien et d'un clan d'Arabes qui n'appartient à aucune de ces trois religions, et il est également chef religieux de la communauté musulmane.

Les relations communautaires en Arabie alternent attitude de tolérance et actes d'intolérance, en fonction des besoins économiques et en fonction du groupe dominant. Cette contradiction est également présente dans le message que révèle Mahomet A un certain moment, Mahomet enjoint à ses fidèles de respecter les croyants des autres religions ; dans un autre temps il les encourage à tuer tous ceux qui n'adhèrent pas à la nouvelle religion ; mais de façon générale, le discours de Mahomet reconnaît l'existence

[94] Maxime RODINSON, *Mohomet*, Paris, Seuil, 1961, p.178
[95] Stéphane PAPI, *op. cit.*,p.31
[96] William MONTGOMERY WATT, *Mahomet à La Mecque*, Paris, Payot, 1958, p.182
[97] Antoine FATTAL, *op. cit.*, p.1
[98] Maurice GAUDREFROY-DEMONBYNES, *Mahomet*, Paris, Albin Michel, 1969, p.110
[99] Voir Mohamed-Chérif FERJANI, *Les voies de l'Islam, approche laïque des faits islamiques*, Franche-Comté, CRDP, 1996, p.37

d'autres communautés religieuses que la communauté musulmane et affirme que ces communautés sont autorisées à conserver leur croyance. Ainsi trois mouvements peuvent être dégagés du texte coranique. Dans une première attitude, Mahomet reconnait le pluralisme religieux et appel à la coexistence pacifique. Dans un deuxième discours, il fait un appel au combat contre les infidèles et les hérétiques. Et enfin, dans un troisième mouvement, il prescrit une attitude de tolérance et de respect de la liberté de conscience des non-musulmans.

Dans le premier mouvement, le pluralisme religieux est évoqué par Mahomet. Bernard Lewis affirme à ce sujet que bien que l'on puisse s'interroger à l'origine sur ce que signifie le verset, « *A vous, votre religion ; à moi, ma religion* »[100] , il n'en demeure pas moins qu'il a servi ensuite de base à la justification du pluralisme et de la coexistence.[101] Plusieurs versets font explicitement référence aux autres religions monothéistes de l'époque de Mahomet et semble même placer les autres religions scripturaires et monothéistes sur un pied d'égalité avec l'islam. Par exemple Mahomet révèle que « *Ceux qui croient ceux qui pratiquent le judaïsme, ceux qui sont chrétiens ou Sabéens, ceux qui croient en Dieu et au dernier Jour, ceux qui font le bien : Voilà ceux qui trouveront leur récompense auprès de leur Seigneur. Ils n'éprouveront plus encore aucune crainte, ils ne seront pas affligés* »[102]. Selon Antoine Fattal, « *les première révélations coraniques, manifestent une nette sympathie pour les Fils d'Israël* [… puisque] *les Mekkois ne devaient engager de controverses avec les Détenteurs de l'Ecriture que de la meilleure des manières* »[103]. Le discours de tolérance serait donc justifié par la nécessité de conserver une bonne entente avec la communauté d'accueil, celle qui a permis aux musulmans de fuir l'hostilité des riches commerçants mecquois.

Le deuxième mouvement que l'on peut mettre en exergue est composé de certains versets appelant à « *tuer les impies là où on les trouve* »[104]. Ces versets[105] se rattachent à des

---

[100] Sourate CIX, verset 6
[101] Bernard LEWIS, *op.cit,* p.461
[102] Sourate II, verset 62
[103] Antoine FATTAL, *op. cit.,* p.2
[104] Mohamed-Chérif FERJANI, *Le politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, 2005 p.257
[105] Pour citer quelques exemples : IV-76 : « *Les croyants combattent dans le chemin de Dieu ; les incrédules combattent dans le chemin des Tghout. Combattez donc les suppôts de Satan ; les pièges de Satan sont vraiment* faibles » ; II-190 : « *Combattez dans le chemin de Dieu ceux qui luttent contre vous* ». ; V-51 : « *Ô vous qui croyez ! Ne prenez pas pour amis les Juifs et les Chrétiens ; ils sont amis les uns des autres. Celui qui, parmi vous, les prend pour amis, est des leurs – Dieu ne dirige pas le peuple injuste-* » ; IX- 29 : « *Combattez ceux qui ne croient pas en Dieu et au Jour dernier ; ceux qui ne déclarent pas illicite ce que Dieu et son Prophète ont déclaré illicite ; ceux qui, parmi les gens du Livre, ne pratiquent pas la vraie Religion. Combattez les jusqu'à ce qu'ils payent directement le tribut après s'être humiliés* » ; V-73 et LXVI-9 : « *Ô Prophète. Combat les incrédules et les hypocrites ; sois dur envers eux/ Leur refuge sera le Géhenne quelle détestable fin* ».

périodes où le prophète est en conflit avec ces deux religions. Ils font état de la nécessité qu'il y a à mener la guerre sainte contre les infidèles et à leur imposer une capitation.[106] L'entente cordiale entre les musulmans et les autres communautés religieuses, notamment la communauté juive de Yatrhib qui a accueilli Mahomet est de courte durée. Certains historiens font état de moqueries de la part des juifs[107] et d'autres soulignent que le discours religieux de Mahomet a changé car il est devenu manifeste pour ce dernier que les juifs ne se rallieront pas à sa cause. S'il est difficile de savoir précisément pourquoi Mahomet a changé de discours, il n'en demeure pas moins qu'il tient dorénavant un discours plus ferme à l'égard des non-musulmans.

Enfin, le dernier registre est défini par un mouvement de tolérance à l'égard des non-musulmans. Nous trouvons dans cette catégorie les versets qui rappellent qu'il ne faut pas contraindre les non-musulmans à croire et que chaque croyant est libre de conserver sa propre religion[108].

---

[106] Ces versets sont utilisés par les autorités musulmanes pour soumettre les non-musulmans. Cette soumission n'est pas uniquement d'ordre financier. Les non-musulmans doivent payer une capitation, mais ils doivent également le faire dans une attitude de serviteur à l'égard de l'autorité à qui ils la paient. Plusieurs faits historiques sont rapportés par Bernard Lewis : « *Selon son interprétation habituelle, la capitation qui est prescrite au verset 29 de la sourate IX ,le djizya n'est pas seulement un impôt, mais un instrument symbolique de soumission. Selon Mahmud Ibn Umar al-Zamakhshari (1075-1144), cela signifie que le « recouvrement de la djizya doit s'accompagner de mépris et d'humiliation. Il (le dhimmi, c'est-à-dire le sujet non musulman de l'Etat musulman) viendra en personne, à pied, et non à cheval. Pour payer, il se tiendra debout, tandis que le percepteur sera assis. Le percepteur l'empoignera par le collet et le secouera en lui disant « Acquitte la djizya ! », et quand il aura payé, il lui donnera une tape sur la nuque. D'autres autorités fournissent des détails supplémentaires – par exemple, le dhimmi se présentera le dos courbé et la tête baissée ; le percepteur le traitera avec dédain et même brutalité : il lui saisira la barbe, lui administrera un soufflet sur chaque joue, etc. De nombreux traités juridiques précisent qu'au moment où l'argent change de main, celle dhimmi doit se trouver en dessous et celle du percepteur au-dessus. Le but de tout ceci est expliqué par un juriste du XVe siècle appartenant à l'école hanbalite, plus rigoriste ; après avoir prescrit que ces actes d'humiliation rituelle et quelques autres auront lieu en public, « afin de tous puissent jouir du spectacle », il conclut « Peut-être finiront-ils par croire en Dieu et en son Prophète, et ainsi se délivrer de ce joug ignominieux ». Le grand juriste Abu Yusuf (731 ?-808), premier cadi du calife Harun al-Rashid, se prononce explicitement contre un tel traitement « Aucun ressortissant de la dhimma ne sera battu afin d'exiger de lui le paiement de la djizya ; on ne le fera pas attendre sous la chaleur ardente du soleil, on ne lui infligera pas des châtiments corporels haïssables, ni autres sévices du même genre. Il convient, au contraire, de le traiter avec clémence. » Mais cette clémence ne doit pas aller jusqu'à choyer le contribuable. « Il faut les emprisonner jusqu'à ce qu'ils se soient acquittés de leur dû et ne pas les relâcher tant que la djizya n'a pas été perçue dans son intégralité. Aucun gouverneur ne peut remettre en liberté un chrétien, un juif, un zoroastrien, un sabéen ou un samaritain qui n'a pas payé la djizya. Il n'est pas autorisé à en réduire le montant en faveur de quiconque, en permettant qu'une partie demeure impayée. Il lui est interdit d'exempter l'un, alors que l'autre devrait payer. En effet, c'est le paiement de la djizya, impôt comparable à un tribut, qui garantit la sûreté de leurs vies et de leurs biens* ». Bernard LEWIS, *op.cit*, p.462

[107] « *Aux « avances » du Prophète, les juifs « avaient répondu par une critique railleuse de la révélation. Leur humeur sarcastique fit éclater l'orage. Les versets pleins d'aménité de la première époque firent alors place à des avertissements puis à des discours enflammés de colèrdare* ». Antoine FATTAL, *op. cit.*, p.2

[108] Sourate II, verset 256 « *Pas de contrainte en matière de religion* » ; « La V*érité provient de votre Seigneur. Que celui qui veut le croie donc et que celui que le veut soit incrédule* » Sourate XVI, verset 93 : « *si Dieu l'avait voulu, il aurait fait de vous, une seule communauté* »; Sourate LXXXVII, verset 21 « *Fais entendre le Rappel§ Tu n'es que celui qui fait entendre le Rappel et tu n'es pas chargé de les surveiller ».*

Dans de nombreuses matières, comme en matière de liberté de religion, Mahomet n'a pas tenu de discours clair et univoque. Il est difficile de savoir quelle solution préconise l'islam en matière de liberté de religion. Cette ambiguïté scripturaire peut expliquer en partie les différentes positions adoptées par les Etats de droit musulman. Alors que certains Etats constitutionnalisent la liberté de religion et le principe d'égalité sans discrimination fondée sur la religion, d'autres Etats ignorent ces principes. Il est difficile de savoir qu'elle est la position officielle de l'islam, et les théologiens et juristes musulmans ne sont pas unanimes sur la portée juridique de l'ensemble du message de Mahomet.

La classification des sourates et des versets du Coran ne répond pas d'une logique chronologique ni thématique. L'organisation répond plutôt à une pratique conventionnelle de récitation qui tient compte de la longueur des versets plus que de leur contenu. Il y a deux manières d'analyser le discours religieux. Dans une première interprétation, la règle générale pose le principe du respect de la liberté de religion et du respect de toutes les religions ; le discours qui appelle à l'intolérance et au combat est une règle particulière qui ne se justifie que lorsque les musulmans sont obligés de se défendre. Or la règle spéciale dérogeant à la règle générale, le principe du combat s'applique. A l'inverse, on peut déduire que la règle générale est l'appel au combat et que la règle spéciale est le principe qui appelle à la tolérance, a été révélée lorsque les musulmans ont été minoritaires et qu'ils ont eu besoin de la protection des non-musulmans, par exemple lorsque Mahomet s'exile à Yathrib. Tout dépend de quel point de vue on se place. Les Etats qui constitutionnalisent la liberté de religion attestent que Mahomet a reconnu les autres religions et n'a pas imposé l'islam comme seule religion, à l'inverse les Etats qui nient la liberté de religion expliquent que le Coran appelle à combattre tous ceux qui ne se soumettent pas à la Loi révélée par Mahomet.

Même s'il est difficile d'avoir un consensus sur le statut juridique des non-musulmans d'après les versets du Coran, le droit musulman élaboré par les exégètes et les

juristes distingue plusieurs catégories de non-musulmans. Les non-musulmans sont subdivisés selon deux grands principes, l'un « théologique, l'autre politique »[109].

D'un point de vue théologique, le droit musulman distingue les non-musulmans appartenant à une religion scripturaire, appelés *ahl al-kitab* les « gens du Livre » car ils ont un Livre Saint. Cette catégorie fait référence générale aux chrétiens et aux juifs. Toutefois la catégorie est étendue parfois à d'autres religions inscrites dans le Coran comme le sabéisme par exemple. Cette catégorie est traditionnellement tolérée à vivre selon ses préceptes sur un territoire dominé par une autorité musulmane. Cette catégorie est opposée à celle des polythéistes et des païens qui sont mentionnés par Mahomet. Ceux-là n'ont pas d'autre choix que de se convertir à l'islam. Entre ces deux catégories, aucune autre croyance n'est admise. Ainsi, les religions postérieures à l'islam, qui ont un Livre Saint spécifique[110] n'ont aucune reconnaissance officielle. Bernard Lewis souligne que « *l'apparition de nouvelles religions ou doctrines monothéistes après l'avènement de l'islam, et qui plus est en son sein (les bahá'ìs en Iran et les Ahmadiyya en Inde) vont soulever un problème particulièrement délicat. Les adeptes de ces religions ne peuvent être écartés ni comme de simples païens, tels les polythéistes d'Asie ou les animistes d'Afrique, ni comme des précurseurs dépassés, tels les juifs et les chrétiens ; leur existence même constitue un défi au caractère achevé et définitif du message prophétique de Mahomet »*[111].

D'un point de vue politique, les relations diplomatiques entre les autorités musulmanes et les autres sont régies par un principe qui distingue ceux qui doivent se soumettre à l'islam parce qu'ils ont été conquis des autres. Le monde est divisé entre le *Dar al-Islam*, la Maison de l'Islam, c'est-à-dire les territoires qui ont été conquis par les musulmans; le reste du monde, peuplé d'infidèles et gouvernés par eux, constitue le *Dar al-Harb*, maison de la guerre. Dans le *Dar al-Islam*, le droit musulman s'applique et c'est sur ce fondement qu'est régie la relation des autorités et des non-musulmans. Les « gens du Livre » des territoires conquis par les musulmans doivent conclure un pacte avec les autorités. Le contrat, *dhimma* leur octroie le droit de pratiquer leur religion selon les termes

[109] Expressions empruntées à Bernard Lewis, *op.cit.,* p.466

[110] Je distingue les religions postérieures à l'islam qui ont un Livre Saint différent de celui des autres religions monothéistes, comme la foi bahá'íe, des ramifications qui apparaissent dans chaque religion, par exemple les catholiques, les protestants ou encore les coptes sont toutes des branches du christianisme puisqu'elles ont toutes la Bible pour Livre Saint ; de même les sunnites, les chiites, ou encore les kharidjites sont des branches de l'islam puisqu'elles utilisent le Coran. Même si chaque ramification a une interprétation spécifique du Livre Saint, elle ne doit pas être considérée comme une religion nouvelle. A l'inverse, la foi bahá'íe n'est pas une ramification d'une autre religion. Le Livre Saint des bahá'ís, le *Kitab-i-aqdas* n'est pas une interprétation nouvelle d'un autre Livre Saint.

[111] Bernard LEWIS, *op. cit.,* p.467

du pacte, qui leur impose en contrepartie des obligations. L'existence juridique des *dhimmis* est reconnue à condition qu'ils attestent de la primauté de l'islam et de la suprématie des musulmans par le paiement d'une capitation[112]. Cette suprématie se concrétise donc par le paiement d'une capitation et la soumission à une série de restrictions énoncées en détail dans la loi musulmane. L'autre catégorie d'incroyants définie par le principe politique de classification regroupe tous ceux qui n'ont pas encore été conquis ou qui ne sont pas soumis à l'autorité musulmane et qui constituent le *Dar al-Harb*, maison de la guerre[113].

La complexité des rapports entre non-musulmans et autorités musulmanes se manifeste encore aujourd'hui. Lors de l'élaboration des conventions internationales, les Etats de droit musulman ont activement participé à la rédaction des articles relatifs à la liberté de religion pour permettre la compatibilité de la liberté de religion et du droit musulman tel qu'ils l'appliquent. Néanmoins, le meilleur exemple de cette harmonie est manifesté par les conventions régionales adoptées par les institutions islamiques.

Il est indéniable que la source principale du droit musulman, le Coran, pose le principe de la liberté de religion. Mais il est difficile de comprendre l'étendue de ce principe. S'agit-il d'une liberté totale pour toutes les religions qui coexistent avec l'islam sur un même territoire, ou s'agit-il d'une liberté encadrée par la domination des autorités musulmanes ? Pour comprendre la position contemporaine des Etats de droit musulman l'examen des débats qui ont entouré la rédaction de la liberté de religion dans les conventions internationales peut nous éclairer.

---

[112] Voir Antoine FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1958, pp.72-73

[113] Voir Antoine Fattal pour plus de détails : « Les habitants du *dār al-* ḥ*arb* sont les *Ḥarbis* qui ne relèvent pas de l'autorité islamique et dont les personnes et les biens sont *mubāḥ*, c'est-à-dire à la merci des Croyants. Cependant lorsque les Musulmans sont en état d'infériorité, ils peuvent conclure avec les *Ḥarbis* des trêves dont la durée ne doit pas dépasser dix ans et qu'ils ont obligation de dénoncer unilatéralement aussitôt qu'ils reprennent le dessus (…). Quant au *dār al'islām,* il est habité par les Musulmans, par les *Ḏimmīs*, Infidèles soumis à la domination islamique (…) et par les *Ḥarbis* ayant pénétré en pays d'Islam, pour un bref séjour, munis d'un sauf-conduire à durée limitée. (…). [A côté de ces deux catégories, il y a] le *dār al-'ahd*, (…) qui sans être soumis à l'autorité islamique, lui paie un tribut. Font partie de cette catégorie, les pays ayant conclu des accords de bon voisinage avec les Musulmans. » Antoine FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1958, p.71

Paragraphe 2 :

Les revendications identitaires des Etats de droit musulman lors de l'élaboration des conventions internationales et régionales

L'adoption des déclarations ou pactes internationaux est généralement accompagnée par l'adoption de réserves par les Etats de droit musulman. Leur objet étant d'affirmer la suprématie du droit musulman en cas de conflit de normes. Toutefois, en remettant en cause le caractère universel des droits de l'homme par la revendication du particularisme musulman et l'incompatibilité du droit musulman et du droit international relatif aux droits de l'homme, les Etats de droit musulman vont peser lors de l'élaboration des textes internationaux garants des droits et libertés fondamentaux. Les débats préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme par exemple, ou ceux du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, montrent l'impact des représentants des Etats de droit musulman dans la formulation de certains articles pour permettre leur conformité avec la législation des Etats de droit musulman. Deux points sont essentiellement au cœur de ces débats, l'affirmation de l'égalité de droits entre l'homme et la femme, et la liberté de religion.

Les Etats de droit musulman vont influencer la formulation de la liberté de religion dans les conventions internationales(1). Cependant, l'incompatibilité du droit musulman et de la liberté de religion va trouver une issue dans les Déclarations adoptées par des organismes régionaux musulmans ou arabes (2).

1. L'influence des Etats de droit musulman lors de la rédaction de la liberté de religion dans les Conventions internationales

La liberté de religion est au cœur d'un triptyque formé par la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), et la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction (1981). L'objectif affiché par les rédacteurs de ces trois textes est le même : permettre à tout individu d'avoir le droit de choisir d'adhérer, ou non, à une conviction religieuse, et de jouir de la liberté de la pratiquer selon ses rites. Pourtant les Etats de droit musulman vont influencer la rédaction des articles relatifs à la liberté de religion. Le contenu de ces articles évolue dans le sens d'une reconnaissance de moins en moins explicite.

a. La Déclaration universelle des droits de l'homme

Le 10 décembre 1948, les 58 Etats qui constituent alors l'Assemblée générale des Nations Unies adoptent la Déclaration universelle des droits de l'homme. La portée juridique de ce texte est faible puisqu'il ne s'agit que d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies et non d'un traité à valeur juridique. René Cassin déclare « *la plus grande lacune qu'on reproche à la Déclaration universelle, c'est de ne pas avoir la portée juridique complète qu'aurait eu une convention signée, ratifiée, génératrice d'engagements obligatoires et sanctionnées* »[114]. Néanmoins, la Déclaration universelle des droits de l'homme a le mérite d'être « *le point de départ d'un système normatif, soit des règles énonçant des droits protégés (…), et d'un système de protection* »[115] relatifs aux droits fondamentaux de l'individu.

[114] René CASSIN, « La Protection internationale De Los Derechos Del Hombre Y Sus Dificultades », *Revista Juridica De Buenos-Aires*, in Monica PINTO, « L'écriture de la Déclaration universelle : les lacunes et les compromis », COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-1998*, Paris, La Documentation française, 1999, pp.183-189

[115] Monica PINTO, « L'écriture de la Déclaration universelle : les lacunes et les compromis », COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *op. cit.*, pp.183-189

Concernant la question de la liberté de religion, l'étude de la Déclaration est intéressante à plus d'un titre. Tout d'abord, c'est la première fois que des Etats de civilisations différentes, de cultures et de religions différentes, de système politique aussi variés, tentent d'élaborer un texte commun en y inscrivant les valeurs communes qu'ils cherchent à défendre. Le professeur Emmanuel Deceaux rappelle que « *le grand mérite des rédacteurs de la Déclaration est d'avoir trouvé les synthèses entre les différentes conceptions des droits de l'homme, notamment la tradition libérale et la tradition socialiste, mais également le rationalisme juridique et l'inspiration philosophique* »[116]. Deuxièmement, c'est la première fois que la liberté de religion est explicitement inscrite dans un texte à valeur internationale. Enfin, le texte de la Déclaration est le résultat de compromis prenant en compte les différentes cultures et les différentes traditions religieuses des Etats membres. Les différences de culture et de religion ont fortement pesé dans la rédaction de certains articles, notamment ceux qui traitent de la religion. L'affirmation de la liberté de religion et de son corollaire, le droit à changer de religion ne s'est pas faite sans obstacle, « *sans qu'il eût un débat initial très vif, ni sans abstention au moment du vote par l'Assemblée nationale* »[117]. Il est tout à fait intéressant d'analyser le rôle qu'ont joué les représentants des Etats de droit musulman dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Dix Etats de droit musulmans[118] ont participé aux travaux d'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le Conseil économique et social des Nations Unies a confié à la Commission des droits de l'homme la tâche de préparer une déclaration. La Commission a alors créé un groupe de travail, composé de représentants des Etats Unis, de la France, du Royaume Uni et du Liban. Ce groupe de travail a soumis un projet à la Commission des affaires sociales, humanitaires et culturelles, dite la Troisième Commission, dont la composition comprend alors des représentants de tous les Etats membres. Le projet validé et recommandé par la Troisième Commission a été soumis au vote de l'Assemblée générale. Lors des débats à la Troisième Commission, plusieurs articles du projet de déclaration ont suscité de vives controverses. Trois articles ont suscité des difficultés particulières, les articles 13, 16 et 18, lesquels illustrent la

[116] Emmanuel DECAUX, « Présentation de la thématique su colloque », COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *op. cit.,* pp.10-11

[117] Glen JOHNSON et Janusz SYMONIDES, *La Déclaration universelle des droits de l'homme : 40ième anniversaire, 1948-1998*, Paris, L'Harmattan, 1990 p.65

[118] L'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, l'Egypte, l'Irak, l'Iran, le Liban, le Pakistan, la Syrie, la Turquie et le Yémen

difficile compatibilité entre le droit international des droits de l'homme et le droit musulmans.

Aux termes de l'article 13 : « *1- toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat. 2- Toute personne a le droit de quitter tout pays y compris le sien, et de revenir dans son pays* ». Cet article a surtout suscité la réaction du représentant de l'Arabie saoudite. M. Baroody a déclaré à propos des termes « *circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat* » que son gouvernement se réserverait le droit de continuer à agir selon les lois et les procédures en vigueur dans son pays.[119] Selon la doctrine wahhabite sur laquelle est fondée la législation saoudienne, il est interdit aux non-musulmans de pénétrer dans les deux villes saintes, La Mecque et Médine et leurs régions environnantes. Cette législation pose manifestement une restriction à l'égalité entre les différentes communautés religieuses. En effet, tandis que les musulmans sont libres de voyager à travers le pays, les non-musulmans sont limités, voire totalement interdits de circuler dans certaines villes du pays.

Aux termes de l'article 16 : « 1- *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2- le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3- La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* ». Cet article a provoqué un débat lié à la législation des statuts personnels des Etats de droit musulman.

[119] Pour comprendre la position du représentant d'Arabie saoudite, il faut rappeler que les docteurs musulmans en sont pas unanimes pour reconnaître le droit d'un non-musulman de pénétrer sur le territoire sacré, c'est-à-dire La Mecque, et la région environnante ni dans la région connue sous le nom du Hedjâz. Pour les écoles juridiques shafi'te et hanbalite, le non-musulman n'a pas le droit de pénétrer dans le Hedjâzsauf une exception : « s'il vient par exemple en qualité d'ambassadeur ou s'il apporte des objets de premières nécessité ». L'école malikite interdit strictement l'accès au Hedjâz, aux non-musulmans. L'école hanafite, quant à elle, autorise le non-musulman à pénétrer dans le Hedjâz. Quant au territoire sacré, les écoles malikite, chafi'te et hanbalite, ont unanimement interdit aux non-musulmans d'y pénétrer, contrairement à l'école hanafite qui en a autorisé l'accès. Voir Mohamed AL-MIDANI, *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit musulman*

Le représentant du Mexique, M. Compos Ortiz a fait insérer dans la rédaction de l'article la mention « sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion ». Une première discussion a porté sur l'intérêt d'une telle précision. Les Etats de droit musulman ont alors manifesté leur mécontentement en faisant remarquer qu'il s'agit d'une répétition partielle de l'article 2 de la Déclaration qui proclame que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les liberté proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion ».*

Un deuxième débat s'est ouvert concernant la compatibilité d'une telle clause avec les législations des Etats de droit musulman qui posent des empêchements au mariage liés à la religion. Mme Ikramullah, la représentante du Pakistan, s'est opposée à cet amendement, n'acceptant pas que l'on ne tienne pas compte des considérations religieuses pouvant empêcher le mariage.[120] Le représentant de l'Arabie Saoudite, a fait de nouveau état de l'incompatibilité de cet amendement avec le droit musulman. L'incompatibilité soulevée par M. Baroody et le mécontentement de Mme Ikramullah s'expliquent par certaines règles du droit musulman en matière matrimoniale, notamment celles qui interdisent à un musulman d'épouser une païenne et celles qui interdisent à la femme musulmane d'épouser un non-musulman. Le musulman peut par contre épouser une femme parmi les gens du Livre, c'est-à-dire une juive ou une chrétienne. Dans la mesure où la majeure partie des Codes de statut personnel des Etats de droit musulman spécifie cette interdiction[121], il y a une incompatibilité manifeste entre le droit interne des Etats de droit musulman et le droit international des droits de l'homme. Le représentant égyptien, Monsieur Raafat explique, dans un discours prononcé lors des séances historiques des 9 et 10 décembre 1948 qu' « *il existe chez nous comme chez tous les Etats musulmans, certaines restrictions, certains empêchements quant au mariage des femmes musulmanes avec des individus d'une autre religion. Ces empêchements étant d'ordre religieux et étant foncièrement enracinés dans les esprits, il serait difficile, M. le Président, de ne pas en tenir compte, d'autant plus qu'il ne choque pas la conscience universelle, comme, par exemple, la restriction basée sur la nationalité, la race ou la couleur que nous*

[120] Albert VERDOOT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, Editions Nauwelaerts, p.168

[121] Bien que les Etats de droit musulman aient codifié la majeure partie des matières juridique en s'inspirant des modèles occidentaux, les statuts personnels sont toujours fortement imprégnés des préceptes religieux. Nous aborderons ce point au Titre 2

réprouvons entièrement et que nous ne connaissons pas »[122]. Néanmoins, la rédaction finale de l'article 16 inclut le terme religion. Les incompatibilités relatives au mariage et autres matières relevant des statuts personnels, (successions et filiation par exemple) forment une deuxième catégorie de restrictions à la liberté de religion.

Aux termes de l'article 18 : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement de rites* ». Cet article a soulevé de vives protestations de la part de plusieurs représentants des Etats de droit musulman. La contestation des Etats de droit musulman a porté sur trois points, le « droit de manifester sa religion », le « droit de changer sa religion » et le terme « religion ».

Concernant le droit de manifester sa religion, les représentants des Etats de droit musulman constatent que l'article 18 qui consacre le droit de manifester sa religion est un appel au prosélytisme. « *Le droit de manifester sa religion ou sa conviction (…) amena certains délégués, en particulier ceux d'Etats arabes (…) à se demander si une telle disposition ne risquait pas d'être interprétée comme garantissant aux missionnaires le droit de faire du prosélytisme* »[123]. En particulier le représentant de l'Arabie Saoudite a exprimé à plusieurs reprises son opposition à la mention de la liberté de religion dans l'article 18. Il a demandé que la disposition soit amendée. Au départ, le représentant saoudien n'a fait aucune référence à l'islam pour justifier sa position.

Le deuxième élément de contestation est relatif au droit de changer de religion. Le représentant de l'Arabie Saoudite s'est prévalu des conséquences néfastes du prosélytisme déloyal que la proclamation expresse du droit de changer de religion vient, selon lui, à encourager implicitement. Il invoque également les antécédents historiques des activités des missionnaires qui ont souvent été annonciateurs de l'intervention politique en Orient. « *Il exprima sa vive opposition à la clause permettant de changer de religion* [et] *il juge en effet imprudent*

[122] Discours prononcé par le délégué égyptien au Palais de Chaillot, lors des séances historiques des 9 et 10 décembre 1948, *Les droits de l'homme : 1948-1988*, Nations-Unis, 1988, p.234
[123] Glen JOHNSON et Janusz SYMONIDES, *op. cit.,* p.68

de favoriser ainsi les missionnaires qui sont souvent les précurseurs d'intervention politiques étrangères et de heurter de front par le ce teste, les Musulmans du monde entier »[124]. Lors des séances historiques des 9 et 10 décembre 1948, le représentant égyptien s'est joint à la réserve formulée par le représentant saoudien en expliquant que la proclamation, par la Déclaration, de cette liberté de changer de religion, traduit « *les machinations de certaines missions bien connues en Orient qui poursuivent inlassablement leurs efforts en vue de convertir à leur foi les populations de l'Orient* »[125]. Il poursuit son propos en expliquant que « *très souvent, une personne qui change de religion y est forcée par autrui ou agit pour certains motifs peu louables* » c'est pourquoi le droit de changer de religion ne doit pas être total.[126]

Par ailleurs, un troisième argument est utilisé pour modifier le texte de l'article 18. Le représentant saoudien avance qu'il est inutile de parler de liberté de religion, puisque le principe de liberté de conviction implique cette liberté particulière. Il estime également que « *la garantie d'un tel droit constituait une atteinte aux principes culturels des Etats islamiques* »[127].

Il est intéressant de noter que lors des débats qui ont précédé l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les représentants des Etats de droit musulman n'ont pas utilisé l'argument religieux du droit musulman pour demander la modification de l'article 18. « *De cet éventail de justification plus ou moins consistantes, on pourrait déduire que la délégation saoudienne, tout en voulant empêcher la consécration explicite de la liberté de*

---

[124] Albert VERDOOT, *op. cit.*,, p.180

[125] Discours du représentants égyptien les 9 et 10 décembre 1948 : *« (…) je dois faire observer que ces textes ne se bornent pas à proclamer la liberté de pensée, de conscience et de religion, chose que nous approuvons sans aucune réserve, mais proclame aussi, et ici j'attire l'attention, la liberté de changer de religion ou de conviction. Sur cette dernière liberté, nous pouvons être légèrement en désaccord. Vous le savez, M. le Président, on ne change pas sa religion comme on change de chemise, si on change de religion c'est sous l'influence néfaste des autres ou pour réaliser parfois certaines fins peu louables, par exemple pour pouvoir divorcer ou pour échapper à telle ou telle prescription de son statut personnel. Les annales judiciaires de presque tous les pays civilisés du monde sont riches en exemples de cette nature. Nous craignons aussi qu'en proclamant hautement cette liberté de changer de religion ou de conviction, on encourage, qu'on le veuille ou non, les agissements de certaines missions très répandues en Orient et qui poursuivent discrètement mais sans relâche des efforts de conversion en masse à l'égard des populations autochtones de ces régions* », *Les droits de l'homme : 1948-1988*, Nations-Unis, 1988, p.234

[126] Propos du représentant égyptien : « *Au sujet de l'article [qui deviendra l'article 18 dans la version définitive], je dois faire observer que ce texte ne se borne pas à proclamer la liberté de pensée, de conscience et de religion – principe que nous approuvons sans réserve – mais proclame aussi la liberté de changer de religion ou de croyance. En ce qui concerne cette dernière liberté, nous devons faire une légère réserve. On ne change pas de religion aussi facilement. Très souvent, une personne qui change de religion y est forcée par autrui ou agit pour certains motifs peu louables, par exemple, pour divorcer ou refuser le divorce, selon le principe posé par la religion. Tous les pays du monde connaissent des faits de ce genre* », *Les droits de la personne humaine. Guide à l'usage des maîtres et des conférenciers pour la discussion de a Déclaration universelle des droits de l'homme*, New-York, United Nations Publications, 1951, p.14

[127] Glen JOHNSON et Janusz SYMONIDES, *La Déclaration universelle des droits de l'homme : 40ième anniversaire, 1948-1998*, Paris, L'Harmattan, 1990P.68

changer de religion, même au prix de concéder son implication dans la liberté proclamée, évitait d'avancer l'incompatibilité de la liberté de religion avec les normes de la charia comme justification de sa position »[128]. Concernant la condition religieuse en matière du droit au mariage, les Etats de droit musulman insistent sur l'incompatibilité du droit international et du droit musulman qui encadre le mariage des musulmans, mais en ce qui concerne la liberté de religion énoncée à l'article 18, les débats ne se sont pas focalisés sur le droit musulman. De façon générale, les représentants des Etats de droit musulman font prévaloir l'inutilité d'insérer la liberté de religion dans un texte qui reconnaît déjà la liberté de conviction.

L'amendement proposé par l'Arabie Saoudite a été rejeté par la Troisième Commission et l'article 18 a été, dans son ensemble, adopté par la Troisième Commission par 38 voix contre 3 et 3 abstentions.

Dans les séances plénières de l'Assemblée générale consacrées au projet de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les représentants du Pakistan et de l'Egypte se sont prononcés quant aux rapports des dispositions de l'acte avec le droit musulman. Le Pakistan a déclaré son approbation sans réserve de la liberté de religion telle qu'énoncée dans le projet de déclaration et a affirmé la compatibilité absolue de cette liberté avec la religion musulmane. Le représentant égyptien, pour sa part, présente une autre interprétation de la question. D'un côté il critique la clause de non-discrimination quant à la conclusion du mariage – l'objet de l'article 16 de la déclaration- sur le principe qu'en Egypte, « *comme dans presque tous les pays musulmans, certaines restrictions et limitations existent en ce qui concerne le mariage des femmes musulmanes avec des personnes d'une autre religion* ». D'autre part, quant au droit de changer de religion, il précise que « *l'Egypte ne peut l'approuver sans réserve » puisque « la foi religieuse ne saurait être changée à la légère* ». Cependant, il conclut en annonçant qu'après ces explications, sa délégation est prête à voter en faveur de la Déclaration. De fait, aucune des délégations des Etats de droit musulman présentes lors de cette séance de l'Assemblée générale, n'a voté contre l'article 18 ou contre la

[128] Vida AMIRMOKRI, *L'islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique,* Québec, Presses de l'Université de Laval, 2004, p.93

Déclaration dans son ensemble. L'Arabie Saoudite est le seul Etat à s'abstenir du vote de la totalité de la Déclaration.[129]

On peut constater d'une part que les débats n'ont pas été focalisés sur la compatibilité de la liberté de religion et du droit musulman ; et d'autre part les Etats de droit musulman n'adoptent pas de position commune sur cette question.

b. Le Pacte international relatif aux droits civil et politique.

L'article 18 du Pacte dispose que « *1.Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre public, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. 4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ».

[129] Lors du Colloque de Riyad sur le Dogme musulman et les droits de l'homme, les représentants de l'Arabie Saoudite expliquent le refus de l'Arabie Saoudite : *« Ce refus de la part de notre Etat ne signifie nullement une quelconque indifférence quant aux objectifs que ces chartes (DUDH et Pacte 1966) se proposent d'atteindre, ces objectifs étant la dignité de l'homme. […]. Notre refus est plutôt de notre part la volonté bien arrêtée de maintenir la dignité de l'homme protégée, garantie et sauvegardée, sans aucune distinction entre un être humain et un autre, en vertu du Dogme Musulman révélé par Dieu, et non point en vertu de législations inspirées de considérations matérialistes, et de ce fait continuellement sujettes à des changements. Notre Etat estime que l'autorité du Dogme religieux, librement acceptée, est plus grande et plus durable que celle d'une loi dictée par des opportunités transitoires. Le maintien des réserves que nous avons formulées dès l'origine relativement à quelques points de la Déclaration du Pacte, l'Islam ayant des vues différentes sur les moyens d'assurer le respect de la dignité humaine, la protection de la liberté et la préservation de la paix entre les hommes. Nous voudrions préciser toutefois que notre opposition touche à quelques pratiques et non point aux principes fondamentaux relatifs à la dignité, à la liberté et à la coexistence pacifique et harmonieuse entre les hommes* ».

Cet article est plus élaboré que son équivalent de la Déclaration universelle des droits de l'homme et on y retrouve la mention explicite du « droit de changer de religion ». Bien que les débats ressemblent plus ou moins à ceux du processus d'adoption de la Déclaration, le résultat est cette fois-ci différent puisque les opposants à l'inscription explicite de la liberté de changer de religion ont obtenu l'enlèvement des mots qu'ils désapprouvent et leur remplacement par une formule moins explicite.

De nouveau l'Arabie saoudite a systématiquement exprimé ses réserves à propos du droit de changer de religion. Les arguments avancés sont plus ou moins les mêmes que ceux utilisés concernant l'article 18 de la Déclaration. Il y est fait référence au prosélytisme déloyal et abusif et aux activités suspectes des missionnaires; il est également affirmé que l'affirmation de la liberté de religion garantit le droit de changer de religion, par conséquent il n'est pas nécessaire de le préciser en plus[130]; en outre, il est expliqué que l'interdiction de changer de religion est une protection des croyants pour leur éviter de faire des erreurs par faiblesse[131] ; et dans le même ordre d'idées, M. Baroody annonce qu'« *en tant que gardien des Lieux saints de l'Islam, le gouvernement de l'Arabie saoudite ne peut pas approuver le texte de l'article 18 (…) car il risquerait de semer le doute dans l'esprit de la moyenne des gens pour qui la religion est un mode de vie* ».

Le texte soumis par la Commission des droits de l'homme a été l'objet d'une proposition d'amendement de la part du représentant saoudien, qui demande la suppression de la mention de la liberté de religion. Finalement, une formule de compromis, proposée par les représentants des Philippines, du Brésil et de la Grande-Bretagne a permis l'adoption du texte à l'unanimité. La version adoptée par la Commission énonce donc le droit de toute personne « d'adopter ou d'avoir une religion de son choix » et omet la mention « le droit de changer de religion ».

---

130 « *La délégation saoudienne serait la dernière à contester le droit de changer de religion, mais elle estime que ce droit est proclamé implicitement dans la première partie de l'article 13 (article 18 du texte final) qui garantit la liberté de religion* ».

131 « *Pour que les individus puissent jouir d'une véritable liberté religieuse, il faut les protéger (…) contre les erreurs et les hérésies » puisque « les hommes peuvent se laisser entraîner à changer de religion (…) également par faiblesse et par crédulité* ».

Néanmoins le Comité des droits de l'homme a précisé le sens à donner à cette disposition et a affirmé que la liberté de religion suppose la nécessité du respect du droit de changer de religion. Le Comité explique que la liberté « d'avoir ou d'adopter » une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris, notamment, le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction.

Nous pouvons constater que la formulation explicite du droit de changer de religion a été supprimée sous l'influence des Etats de droit musulman, et particulièrement l'Arabie Saoudite qui a déjà manifesté son mécontentement lors de l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme. On peut également déplorer que la mention du droit de changer de religion a été maintenue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui n'a pas de caractère contraignant ; alors que cette mention ne figure plus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui a une véritable force contraignante. Le Comité des droits de l'homme a été institué pour examiner l'application du Pacte par les Etats partis. Le Comité n'est pas un organe juridictionnel et ses décisions n'ont pas de force obligatoire. Toutefois, il est habilité à demander aux Etats partis de rendre des rapports sur l'application du Pacte et il peut ainsi rendre des observations.[132] Néanmoins, dans la mesure où la mention du droit de changer de religion a été enlevée de la version finale de l'article 18, les rapports et observations du Comité ne peuvent pas faire état de la législation liberticide des Etats de droit musulman qui sanctionnent les apostats, ceux qui ont quitté l'islam pour une autre religion. Bien que le Comité ait une interprétation extensive de l'article 18, et a indiqué que le droit de changer de religion est intégré dans la liberté de religion, on peut déplorer l'absence d'une inscription dans le texte. Une telle consécration aurait donné une portée juridique plus forte à ce droit.

[132] Article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

c. La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction

Bien que ce document soit dépourvu du caractère contraignant, il a le mérite d'avoir l'énoncé le plus détaillé du régime juridique international d'élimination de l'intolérance religieuse. Il peut servir - et il a effectivement servi - de ligne directrice dans l'interprétation des dispositions moins élaborées qui l'ont précédé. De plus, les revendications religieuses des Etats de droit musulman ont été amplifiées lors des débats préparatoires de la Déclaration. Le processus d'adoption de la Déclaration de 1981 « *représente le point culminant de la campagne entreprise au nom de l'islam par certains Etats contre la proclamation de la liberté de changer de religion* »[133].

Les travaux préparatoires qui ont été rapportés par le représentant néerlandais, Monsieur Walkate, fournissent plusieurs indications de la radicalisation de l'opinion des Etats de droit musulman et un nombre croissant de ses partisans[134].

Le projet de déclaration rédigé par la Commission des droits de l'homme et soumis par le Conseil économique et social à l'Assemblée générale reproduit les trois premiers paragraphes de l'article 18 du Pacte dans son premier article. De plus, le deuxième paragraphe du préambule du projet déclare que les textes internationaux préexistants proclament les principes de non-discrimination et de liberté de religion, « *y compris le droit de choisir et de manifester sa religion ou conviction et d'en changer* ». Alors que ce texte doit être débattu au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale Monsieur Wlakate explique que les contacts diplomatiques parallèles ont joué un rôle important dans l'atteinte du compromis final sans laisser de trace dans les comptes rendus officiels.[135]

[133] Vida AMIRMOKRI, *op.cit*
[134] J.A WALKATE, "The Right of Everyone to Change His Religion or Belief", *Netherlands International Law Review*, volume 30, Issue 02, August 1983, pp.146-160
[135] *Ibid*

Dans la version finale de la Déclaration, le droit de changer de religion et le droit d'adopter une religion de son choix ont été supprimés. Monsieur Walkate explique que ces suppressions répondent à la demande d'une « *d'une quarantaine d'Etats islamiques dont le porte-parole a mentionné que le Coran ne permet pas à un musulman de changer de religion et que, par conséquent, ces Etats ne sont pas prêts à accepter l'inclusion explicite « d'adopter une religion ou une conviction de son choix »* »[136]. La position des Etats de droit musulman, affichée en 1981 présente plusieurs différences quant aux positions affichées en 1948 et en 1966.

Tout d'abord le nombre d'Etats. Près d'une quarantaine d'Etats subordonnent leur engagement international à la condition de compatibilité avec la charia. Monsieur Walkate fait allusion à un « *noyau dur* » (Koweït, Egypte, Irak, Iran, Arabie Saoudite…). On peut également noter que parmi ce noyau dur, l'Iran, qui n'a encore jamais contesté les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, s'y oppose.

Cet élément est une deuxième différence. Le contexte historique entre 1948-1966 et 1981 diffère. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte International relatif aux droits civils et politiques ont été adoptés par l'Iran sous le régime du Shah, plus enclin à une démocratisation du système. Tandis qu'en 1981, la République islamique d'Iran vient d'être établie suite à la Révolution islamique de l'Ayatollah Khomeiny. Or ce dernier veut établir un régime basé sur le droit musulman.

Une troisième différence, est la nature de la revendication. Lors des précédents débats, en 1948 et 1966, les Etats de droit musulman n'ont pas systématiquement utilisé l'argument du droit musulman pour s'opposer au contenu de la liberté de religion. A partir de 1981, l'incompatibilité entre le droit musulman et le droit international des droits de l'homme est au cœur des protestations lors des débats préparatoires des instruments internationaux. C'est ainsi qu'en 1989, parmi les vingt Etats qui ont émis des réserves à la Convention relative aux droits des enfants, huit Etats de droit musulman[137] ont énoncé une réserve en termes généraux dans le sens qu'ils ne seront pas liés par les dispositions du traité contraires au droit musulman tel qu'établi par la charia ; tandis que douze

[136] *Ibid*
[137] Afghanistan, Arabie Saoudite, Djibouti, Iran, Koweït, Mauritanie, Pakistan, Qatar

Etats[138] ont exprimé des réserves spécifiques relatives à l'article 14 de la Convention[139] en précisant qu'il est incompatible avec le droit musulman.

Selon le droit musulman, le principe des droits de l'homme n'est pas en contradiction avec les principes évoqués dans le Coran. Bien au contraire, la dignité de l'homme est affirmée dans le Coran et doit être garantie par la législation des Etats de droit musulman. Le refus de ces Etats d'adhérer aux déclarations ou pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ou les réserves qu'ils émettent, ne constitue pas un rejet des idéaux défendus par le droit international. Le refus doit plutôt être interprété, selon les propres termes du représentant de l'Arabie Saoudite lors d'un colloque, comme « *la volonté bien arrêtée de maintenir la dignité de l'homme protégée, garantie et sauvegardée, sans aucune distinction entre un être humain et un autre, en vertu du Dogme Musulman révélé par Dieu, et non point en vertu de législations inspirées de considérations matérialistes, et de ce fait continuellement sujettes à des changements. Notre Etat[140] estime que l'autorité du Dogme religieux, librement acceptée, est plus grande et plus durable que celle d'une loi dictée par des opportunités transitoires* »[141]. Pour pallier l'incompatibilité philosophique, ou plutôt culturelle, entre le droit international des droits de l'homme et le droit musulman, notamment en matière de liberté de religion, divers instruments ont été adoptés par les organisations internationales islamiques et arabes.

[138] Algérie, Bangladesh, Brunei, Emirats arabes unis, Indonésie, Irak, Jordanie, Malaisie, Maldives, Maroc, Oman, Syrie

[139] Les deux premiers paragraphes de l'article 14 sont ainsi libellés :

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.
2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

[140] Arabie Saoudite

[141] Extrait du discours du représentant de l'Arabie Saoudite lors du Colloque de Riyad consacré au dogme musulman et aux droits de l'homme. *Colloque sur le dogme musulman et les droits de l'hommes*,

2. La liberté de religion et les Conventions régionales des droits de l'homme des Etats de droit musulman

Les différents projets, pactes et déclarations élaborées au sein de ces organisations présentent une conception qui se réfère à la fois aux préceptes de l'Islam et aux dispositions issues des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. L'objectif de ces instruments régionaux des droits de l'homme est de redéfinir et reformuler les normes garanties dans les conventions internationales conformément au droit musulman. Divers organismes musulmans ont été créés à cette fin, à savoir promouvoir et développer la conception musulmane relative aux droits de l'homme.

Dans le cadre de la Ligue arabe[142] une Charte arabe des droits de l'homme a été adoptée (1) et l'Organisation de la Conférence Islamique a adopté en 1990 la Déclaration des Droits de l'Homme en Islam (2).

a. La Charte arabe des droits de l'homme

La ligue des Etats arabes a débuté le processus d'élaboration de la Charte arabe des droits de l'homme en mai 1982 et l'a achevé en septembre 1994. La Charte a été adoptée dans sa version soumise à ratification, le 15 septembre 1994. Pour les initiateurs du projet, une Charte régionale doit « *refléter la cohésion du monde arabe, son particularisme, ses revendications, ainsi que les apports historiques de la région, à travers les religions monothéistes, à la reconnaissance et à la protection des droits de l'homme* ». Toutefois, la Charte n'est pas entrée en vigueur car le nombre minimum de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur n'a pas pu être atteint. Seul l'Irak a signé la Charte, mais aucun Etat, pas même l'Irak, n'a ratifié le document. Une version révisée a alors été adoptée en 2004 et soumise à ratification. En 2008, le minimum de sept ratifications a été atteint et la Charte est entrée en vigueur. La Charte a

[142] La Ligue arabe, ou officiellement la Ligue des Etats arabes, est une organisation régionale qui regroupe 22 Etats arabe. La ligue repose sur quatre principaux organismes : le sommet des chefs d'Etat, le Conseil des Ministres, les comités permanents (dont la Commission arabe permanente des droits de l'homme) et le Secrétariat général

aujourd'hui été ratifiée par l'Arabie Saoudite, la Jordanie, le Bahreïn, l'Algérie, les Emirats arabes unis, la Syrie, le Yémen, le Qatar, la Libye et la Palestine.

La première caractéristique de la Charte est son inscription symbolique dans une dimension religieuse, mais pas seulement musulmane. Un véritable pluralisme religieux est affirmé dès le préambule qui affirme que la Charte a pour objectif de « *concrétiser les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre les êtres humains consacrés par l'islam et les autres religions révélées* ». Bien que la mention des autres religions que l'islam soit une véritable reconnaissance d'un statut égalitaire, on peut déplorer que seules les « *religions révélées* » soient mentionnées. Cette précision renvoie à la distinction entre les religions scripturaires antérieures à l'islam, le judaïsme et le christianisme, et les religions révélées après l'islam, la foi bahá'íe. Par cette distinction, la Charte crée une première discrimination entre les différentes religions.

Néanmoins il faut admettre qu'en matière de liberté de religion, la Charte est plus exemplaire que les Constitutions de certains Etats de droit musulman. Tout d'abord le principe de non-discrimination basée sur la religion est inscrit dès l'article 4[143] et répété à l'article 34[144] relatif au droit du travail. Ensuite, la liberté de religion est textuellement reconnue à l'article 30 aux termes duquel « *a. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de croyance et de religion, qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi* ». Le même article poursuit en reconnaissant le droit de manifester sa religion, « *b. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ou de pratiquer individuellement ou collectivement les rites de sa religion ne peut faire l'objet des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'homme pour la protection de la sûreté publique, de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux*

[143] Article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme : « *En cas de situation d'urgence exceptionnelle mettant en danger l'existence de la nation et proclamée par un acte officiel, les Etats parties à la présente Charte peuvent prendre, dans la stricte mesure où l'exige la situation, des dispositions qui dérogent aux engagements qu'ils ont contractés en vertu de la présente Charte, à condition que ces dispositions n'aillent pas à l'encontre des autres obligations qui leur incombent en vertu du droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée sur le seul motif de la race, de al couleur, du sexe, de la langue, de la religion ou de l'origine sociale* ».

[144] Article 34 de la Charte : « *Le droit au travail est un droit naturel de chaque citoyen L'Etat s'efforce d'assurer dans la mesure du possible un emploi au plus grand nombre de demandeurs tout en garantissant la production, la liberté du travail et l'égalité des chances sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, la langue, l'opinion politique, l'appartenance à un syndicat, l'origine nationale, l'origine sociale, un handicap ou tout autre situation* »

d'autrui ». Enfin, l'article 25 affirme le droit des minorités religieuses à pratiquer leur religion selon leurs rites[145].

Le deuxième avantage de la Charte arabe des droits de l'homme est la création d'un Comité arabe des droits de l'homme[146]. Le Comité a vocation à examiner les rapports que les Etats membres doivent rendre au Secrétaire général concernant les « *mesures qu'ils auront prises pour donner effets aux droits et aux libertés reconnus dans la présente Charte* » ; les Etats ont également l'obligation de rendre des rapports périodiques tous les trois ans.[147] Le Comité formule alors des observations et des recommandations.

Concernant cette procédure, on peut regretter que la Charte arabe des droits de l'homme ne soit pas allée plus loin dans le mécanisme de contrôle et n'ait pas instituée une véritable Cour arabe des droits de l'homme. Car le mécanisme mis en place ne s'apparente pas entièrement à un contrôle puisqu'il n'y a aucune possibilité de présenter des communications étatiques, ni des requêtes individuelles, en cas de violations des dispositions de la Charte. Cela pourrait être d'autant plus nécessaire que l'article 30,b) qui affirme le droit de manifester ou de pratiquer sa religion, permet aux Etats de limiter ce droit pour protéger l'ordre public et les droits et libertés fondamentaux d'autrui.

La Charte arabe des droits de l'homme n'est entrée en vigueur qu'en 2008. Nous n'avons donc pas encore suffisamment de recul pour apprécier sa portée et l'impact du mécanisme de « contrôle » mis en place. Nous pouvons juste apprécier que la Charte arabe des droits de l'homme reconnaît la liberté de religion et le droit de pratiquer sa religion, contrairement à la Déclaration des droits de l'Homme en Islam.

[145] Article 25 de la Charte arabe des droits de l'homme, « *Les personnes appartenant à des minorités ne peuvent être privées du droit de jouir de leur culture, d'utiliser leur langue et de pratiquer les préceptes de leur religion, la loi réglemente l'exercice de ces droits* ».
[146] Articles 45 à 48 de la Charte arabe des droits de l'homme
[147] Article 48 de la Charte arabe des droits de l'homme

b. La Déclaration des droits de l'Homme en Islam de l'Organisation de la coopération islamique

1. L'Organisation de la coopération islamique.

L'Organisation de la Coopération islamique se définit comme le « *porte-voix du monde musulman dont elle assure la sauvegarde et la protection des intérêts dans l'esprit de promouvoir la paix internationale et l'harmonie entre les différents peuples du monde* ». L'Organisation s'est donnée pour mission d'améliorer et de consolider les liens de fraternité et de solidarité entre les Etats membres ; de sauvegarder et de protéger les intérêts communs et de soutenir les justes causes des Etats membres ainsi que de coordonner et d'unifier leurs efforts face aux défis auxquels se trouvent confrontés le monde islamique en particulier et la communauté internationale en général ; tout en respectant le droit à l'autodétermination et la non-ingérence dans les affaires intérieures et à respecter la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale de chaque Etat membre. L'Organisation de la coopération islamique déclare à la fois protéger et défendre la véritable image de l'islam, de lutter contre la diffamation et encourager le dialogue entre les civilisations et les religions tout en réaffirmant son soutien aux droits des peuples tels que stipulés par la Charte des Nations Unies et par le droit international.

L'Organisation possède trois principaux organes : le Sommet islamique composé des Rois et Chefs d'Etats et de Gouvernement des Etats membres, le Conseil des Ministres des affaires étrangères et le Secrétariat général, l'organe exécutif de l'Organisation, qui est chargé d'appliquer les décisions arrêtées par les organes précités.

2. L'élaboration d'une Déclaration des droits de l'Homme en Islam.

Les Conférences des ministres des affaires étrangères de l'Organisation de la conférence islamique ont adopté deux déclarations sur les Droits de l'Homme en Islam : la Déclaration de Dacca sur les droits de l'homme en Islam en 1986, et la Déclaration du Caire sur les Droits de l'Homme en Islam en 1990. Plusieurs projets ont été préparés entre 1979 et 1981 par le Secrétariat général de l'Organisation en vue d'une Déclaration des droits de l'homme en Islam.

Le premier projet, élaboré en 1979 a été intitulé « La Déclaration des droits et des obligations fondamentales de l'homme en Islam ». Ce projet contient un préambule et une trentaine d'articles qui reprennent en substance les grands thèmes inscrits dans le droit musulman. Dans l'ensemble des propositions, nous pouvons distinguer deux groupes de dispositions : le premier reprend les dispositions classiques des droits de l'homme en islam. Le deuxième groupe comprend des dispositions qui ressemblent à celles figurant dans les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme bien qu'aucune référence explicite ne soit faite à un texte international relatif aux droits de l'homme dans le préambule. L'originalité de ce texte consiste dans l'affirmation de l'égalité en droits, et non seulement en dignité, entre l'homme et la femme.

Le deuxième projet a été élaboré en 1981 et intitulé « La Déclaration sur les droits de l'Homme en Islam ». Le Préambule de ce projet rappelle les principes de l'islam et souligne la spécificité des « *enseignements de la charia* ». D'autre part, le préambule, en attirant l'attention sur les efforts déployés par la communauté internationale en faveur des droits de l'homme et spécialement, la « *proclamation et les conventions adoptées par l'Assemblée Générale des Nations Unies* » manifeste la volonté des Etats membres de l'Organisation de la coopération islamique d'accomplir ces efforts. Enfin, le préambule insiste sur le fait que les droits et les libertés en islam constituent une partie de cette religion monothéiste et

que personne n'a le droit de violer, entraver ou ignorer, totalement ou partiellement, ces droits et libertés « *parce qu'ils sont des dispositions divines à suivre* »[148].

La Conférence des ministres des affaires étrangères, organisée pour l'élaboration de la Déclaration sur les droits de l'homme en Islam, a adopté lors de sa quatrième conférence, tenue à Dacca au Bangladesh, en décembre 1983, la « Déclaration de Dacca sur les Droits de l'Homme en Islam ». Cette Déclaration n'est pas divisée en articles, mais plutôt en paragraphes, neuf au total, qui reprennent, plus ou moins, ce qui est exposé dans les deux projets déjà cités. Ainsi, les Etats membres de l'Organisation affirment et réaffirment leur foi en Dieu, en son unicité, en son prophète Mahomet, en la place « d'honneur » réservée à l'homme et le rôle culturel et historique de l'*Umma* islamique qui doit contribuer « *aux efforts déployés par l'humanité pour affirmer les Droits de l'Homme et le protéger contre l'exploitation et la persécution, et lui assurer la liberté et le droit de vivre dans la dignité, conformément à la Shari'a islamique* ». Ces Etats honorent la charia qui protège les intérêts vitaux de l'homme et assure « *un équilibre entre les obligations et droits individuels et les privilèges collectifs* ». Les Etats islamiques sont convaincus que « *les libertés et droits fondamentaux, conformément à la charia, font partie intégrante de l'Islam* ». Enfin, ces Etats sont convaincus que l'humanité constitue une seule et même famille et que « *tous les hommes partagent la même dignité et les mêmes responsabilités et droits fondamentaux, sans distinction de race, de couleur, de langue, de religion, de sexe, d'opinion politique, de statut social ou toute autre considération* ».

Le dernier acte est constitué par la Déclaration du Caire sur les Droits de l'Homme en Islam adoptée par la Conférence des ministres des Affaires étrangères le 2 août 1990. Ce texte est composé d'un préambule et de vingt-cinq articles. Le préambule affirme que les Etats membres de l'OCI sont convaincus que les droits fondamentaux et les libertés publiques en Islam font partie « *de la Foi islamique* » car ce sont les droits et les libertés dictés par Dieu dans « *ses Livres révélés* » et qui sont l'objet du message du dernier des prophètes, c'est-à-dire Mahomet. Ainsi, cette Déclaration confirme le caractère à la fois divin et sacré des droits de l'homme.

[148] L'article 12 de ce deuxième projet traite, de la liberté des croyances ou des rites mais interdit de profiter de la pauvreté de l'individu ainsi que de « sa faiblesse ou de son ignorance pour le convertir à une autre religion ».

Elle insiste en premier lieu, sur le rôle de l'*Umma*, la communauté des croyants. Et force est de constater que nous ne trouvons aucune référence, dans ce préambule, ni à la Charte des Nations Unies, ni à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les dispositions regroupent les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels, et quelques principes du droit international humanitaire. Seize articles sont consacrés aux droits civils et politiques. Six aux droits économiques et six autres aux droits sociaux et culturels. Les devoirs de l'Etat, de la société du peuple et de l'individu sont mentionnés à plusieurs reprises. L'article 1er affirme que *« tous les hommes, sans distinction de race, de couleur, de langue, de religion, de sexe, d'appartenance politique, de situation sociale ou de toute autre considération, sont égaux en dignité, en devoir et en responsabilité* ». Ainsi, l'égalité se manifeste seulement en dignité, en devoir et en responsabilité, mais pas en droit. Pourtant, le premier projet de 1979, déjà mentionné, insistait dans son article 1er sur l'égalité entre tous les membres de la famille humaine. La Déclaration de Dacca affirme, de son côté, l'égalité en droits fondamentaux entre tous les hommes « *sans distinction de race, de couleur, de langue, de religion, de sexe, d'opinion politique, de statut social ou tout autre considération* ».

Pour ce qui est de la liberté de religion : aucun article ne mentionne ni la liberté de religion ni la liberté de manifester sa religion. L'article 10 précise seulement qu'« *aucune forme de contrainte ne doit être exercée sur l'homme pour l'obliger à renoncer à sa religion* ». Cette disposition rappelle des débats relatifs au prosélytisme occidental que les Etats de droit musulman ont mentionné à plusieurs reprises lors de l'élaboration des sources internationales des droits de l'homme. L'article 18 dispose que « *Tout homme a le droit de vivre protégé dans son existence, sa religion, sa famille, son honneur et ses biens »*, mais il ne s'agit pas de la reconnaissance expresse de la liberté de religion. *Enfin*, la charia apparaît comme seule source de référence : les articles 24 et 25 précisent que les droits et les libertés énoncés dans la Déclaration « *sont soumis aux dispositions de la shari'a* » et cette dernière est « *l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de l'un quelconque des articles contenus* » dans la Déclaration. Cependant une question se pose concernant cette référence : à quelle charia ou précisément à quelle interprétation de la charia se réfèrent ces deux articles pour expliquer ou interpréter l'un des articles ? Car, nous savons qu'il y a au moins quatre

écoles sunnites d'interprétations et plusieurs écoles chi'ites. Quelle interprétation serait alors valable ? Dans la mesure où chaque Etat de droit musulman applique le droit musulman défini par une école particulière, on peut affirmer que chaque Etat est libre d'interpréter les dispositions de la Déclaration dans le sens qui convient le mieux à son droit.

La liberté de religion est une liberté qui est soit omise dans les conventions sus-mentionnées , soit alors elle est amputée de certains droits qui en découlent, notamment la liberté de changer de religion ou celui manifester sa religion. Toutefois la liberté de religion conserve une nature constitutionnelle dans le droit interne des Etats de droit musulman. La reconnaissance du pluralisme religieux s'accompagne traditionnellement de la reconnaissance des minorités religieuses.

CHAPITRE 2 :

La reconnaissance des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman, corollaire à la liberté de religion.

Comme le souligne l'ancien rapporteur spécial des Nations Unies, Francesco Capotorti[149], il est important qu'un Etat reconnaisse explicitement l'existence des minorités. Ainsi, dans son étude consacrée aux droits des personnes appartenant à des minorités, il explique que la protection internationale des minorités dépend de la reconnaissance de leur existence. Selon lui, la reconnaissance d'une minorité par l'Etat, facilite l'application des principes énoncés à l'article 27 du Pacte[150] et donne aux membres de la minorité une base solide pour la protection effective des droits garantis au niveau international.[151] Car « *la dynamique de lutte contre la discrimination s'accompagne comme une évidence, d'une reconnaissance des minorités* »[152].

Cette reconnaissance officielle est d'autant plus importante dans un système juridique fondé sur la religion. Le système juridique des Etats de droit musulman applique le principe de la personnalité des lois en matière de statuts personnels et en matière successorale. Ces deux domaines sont fortement influencés par les règles du droit musulman. Selon un principe général en droit musulman, en matière de statuts personnels et de succession, les musulmans sont soumis au droit musulman et les *dhimmis* sont soumis à leurs propres règles de droit. Toutefois, cette règle ne s'appliquent qu'aux *dhimmis,* c'est à dire aux minorités légalement reconnues, en l'occurrence les juifs et les chrétiens, donc les « gens du Livre ». De plus, en concluant ce contrat, les minorités religieuses reconnaissent leur soumission à l'autorité musulmane et acceptent de pratiquer leur religion dans les limites qu'elle fixe. Les Etats de droit musulman contemporain reproduisent la pratique de la *dhimma* et encadre la liberté de religion des non-musulmans selon les règles du droit musulman classique. Dans la mesure où la liberté de religion des non-musulmans est délimitée selon les règles du droit musulman, la reconnaissance constitutionnelle des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman (Paragraphe 1) est essentielle. Cela permet de leur reconnaître les droits qui découlent de la liberté de religion (Paragraphe 2).

---

[149] Rapporteur spécial de la sous-commission pour la prévention des discriminations et pour la protection des minorités.

[150] L'article 27 du Pacte international relative aux droits civils et politiques dispose que « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

[151] *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (Centre for human Rights, Geneva, United Nations, New-York, 1991), p.12

[152] Caroline LANTERO, L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination, *Revue de du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, 2001, n°3, p.817

Paragraphe 1 :

La reconnaissance constitutionnelle des minorités religieuses officielles : l'acception des « gens du Livre ».

Une minorité peut être définie comme un « *groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non dominante, dont les membres –ressortissants de l'Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue* ».[153] Il faut noter qu'il n'y a pas de définition claire, univoque et définitive de la notion de minorité religieuse en islam. Toutefois, plusieurs éléments historiques permettent de comprendre la notion en droit musulman. Afin de comprendre le statut juridique des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman contemporain (2), il faut analyser cette notion historique en droit musulman (1).

1. La notion historique de minorité religieuse en droit musulman, les *dhimmis*.

L'islam est apparu dans une société marquée par un pluralisme ethnique et religieux. Le peuple arabe est alors composé de juifs, de chrétiens et de polythéistes. « *La première communauté (omma) de Médine est essentiellement politique, incluant Juifs et Polythéistes (…) »*[154]. Mais cette communauté a une dimension religieuse, tous ses membres doivent se soumettre à la Loi de Dieu telle que révélée à Mahomet. Ainsi, lorsque ce dernier constate que les juifs qui l'ont accueilli ne se rallient pas à sa cause, son attitude de tolérance change. La société islamique inaugurée par le Prophète Mahomet à Médine ne

[153] Francesco CAPOTORTI, *Etudes des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Genève, Centre pour les droits de l'homme, Nations Unies, 1991p. 568
[154] Xavier de PLANHOL, *Minorités en Islam, géographie politique et sociale*, Paris, Flammarion, p.32

peut pas accorder une égalité de statut aux non-musulmans qui professent une foi différente qui ne respecte pas les préceptes qu'il édicte. « *Bien au contraire, cela aurait été considéré, non comme un acte méritoire, mais comme un manquement au devoir. Comment, en effet, aurait-on pu accorder le même traitement à ceux qui professaient la vraie foi et à ceux qui la rejetaient obstinément ? Cela aurait été une absurdité aussi bien théologique que logique* »[155]. Les athées et les polythéistes n'ont que deux choix, accepter l'islam ou mourir. Pour les juifs et les chrétiens, adeptes de religions scripturaires, ce choix comporte une troisième option, la soumission.

La soumission est matérialisée par un contrat, la *dhimma*. Ce contrat n'a pas pour but de poser une égalité de traitement entre les musulmans et les non-musulmans ; il permet de tolérer les non-musulmans sur un territoire dominé par une autorité musulmane tant qu'ils respectent les clauses du contrat. Les origines de la *dhimma* (contrat qui lie le *dhimmi* à l'Etat musulman) sont mal connues. « *Ce statut, attesté dès le VIIième siècle, aurait été codifié vers 750 avec l'arrivée au pouvoir de la dynastie des Abbasides* »[156], mais l'origine du statut des *dhimmis* peut être remonté jusqu'à l'époque des premiers califes[157]. *Il* s'agit d'une « *convention en vertu de laquelle les non-musulmans résidant sur des territoires conquis par les Musulmans, obtiennent de ces derniers la reconnaissance de leurs droits publics et privés* »[158]. Les juifs et les chrétiens qui adhèrent à ce pacte sont appelés *dhimmis*. Les rapports qu'ils entretiennent sont de nature contractuelle. « *La dimma est un véritable contrat bilatéral qui est soumis, en ce qui concerne la force obligatoire et les conditions de validité, aux règles qui gouvernent, en droit privé, les conventions passées entre particuliers : expression libre et concordante de la volonté des parties et compétence dans le chef des autorités qui concluent la convention* »[159]. L'Etat a une obligation de protection du *dhimmi*[160], qui en échange est autorisé à pratiquer sa religion dans les limites qui lui sont imposées et en payant un impôt foncier et une capitation. L'objectif de ce contrat n'est pas de reconnaître une égalité de statut aux non-musulmans, aux *dhimmis*, mais bien de les soumettre à l'autorité musulmane. Si le *dhimmi* bénéficie de la protection de l'Etat, c'est à la condition qu'il respecte les limites imposées par cette

[155] Bernard LEWIS, *Islam,* Gallimard, 2005,p.433
[156] Jean-Michel BILLIOUD, *Histoire des chrétiens d'Orient*, Paris, L'Harmattan, 1995, p.63
[157] Xavier de PLANHOL, *op. cit.* p.35
[158] Antoine FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1958, p.72
[159] Antoine FATTAL, *op. cit.* p.74
[160] Un firman ottoman dispose, « *En contrepartie, les Musulmans s'engagent en souscrivant à la convention de Dimma : 1) à s'abstenir de tout acte hostile contre les Infidèles et à endosser la responsabilité de tout préjudicie porté illégalement par les Musulmans aux personnes et aux biens des Dimmis ; 2) à protéger ces derniers contre toute attaque venant de l'intérieur ou de l'extérieur* »., Antoine FATTAL, *op. cit.*, p.73

dernière. S'il jouit de ses droits publics et privé, il ne jouit pas des droits politiques, et les premiers ne lui sont conférés que s'il s'engage à remplir certaines conditions.

Le Coran fait plusieurs fois références aux religions scripturaires et ordonne aux autorités musulmanes de ne pas se mêler de leurs croyances ni de tout ce qui a trait à la religion des « gens du Livre ». Sont concernées par cette « autonomie »[161] les religions qui ont un livre Saint et qui sont expressément nommées dans le Coran. « *Le Coran accepte comme Croyants les Juifs qui ont cru en Moïse et qui ont obéi aux règles de la Tora, puis qui ont cru en Jésus et ont suivi les préceptes des Evangiles (…)* »[162]. Ainsi, sont autorisés à coexister avec les musulmans, les juifs, les chrétiens, les sabéens, et, par extension et les mazdéens. Ils ont le droit de garder leur croyances, de célébrer leurs cultes, d'avoir leurs institutions, leurs juridictions et leur représentant auprès de l'autorité. Ils ne sont pas concernés par les accusations d'apostasie et d'hérésie (même s'ils restent concernés par le délit de blasphème). « *Les nouveaux occupants (…) ne cherchent pas à islamiser brutalement cette population* »[163]. Mais ils restent soumis au statut de *dhimmi* et aux termes de ce contrat l'autorité musulmane accorde un statut juridique aux non-musulmans et leur assure sa protection. « *Les musulmans se rendent parfaitement compte qu'en cas de crise grave ou de conflits, les chrétiens, bien organisées, pourraient refuser impôts, sciences et savoirs techniques, indispensables aux nouveaux arrivants pour gérer leur gigantesque empire, incontrôlable sans leur soutien* »[164]. Néanmoins, en contrepartie le non-musulman doit reconnaître la primauté de l'Islam et la suprématie des musulmans. Cette reconnaissance se concrétise par le paiement d'une capitation et la soumission à une série de contraintes juridiques et sociales imposées par l'Etat.

Un firman ottoman définit ce statut de protégé : « *attendu qu'en accord avec ce que le Dieu Tout-Puissant, Maître de l'Univers a ordonné dans son Livre Révélé concernant les communautés juives et chrétiennes qui sont des peuples de la dhimma, leur protection, leur sécurité ainsi que le respect de leur vie et de leurs biens sont un devoir collectif et permanent de l'ensemble des musulmans et une obligation impérative qui incombe à tous les glorieux souverains et chefs de l'Islam. Il est donc nécessaire et important que ma haute sollicitude inspirée par la foi veille à ce que, en conformité avec la noble charia,*

[161] Nous verrons un peu plus loin que cette autonomie n'est que relative, puisque la liberté de religion des « gens du Livre » ne peut s'exercer que dans les limites imposées par l'Etat musulman.
[162] Maurice GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Mahomet*, Paris, Albin Michel, 1969, p.135
[163] Jean-Michel BILLIOUD, *op. cit.*, p.63
[164] *Ibid*, pp.63-64

tous les membres de ces communautés qui s'acquittent envers moi de l'impôt, en ces jours de mon règne impérial et de mon bienheureux califat, vivent dans la tranquillité d'esprit et vaquent paisiblement à leurs affaires, que personne ne les en empêche ou porte atteinte à leur vie ou à leurs biens, en violation des commandements divins et en contraventions avec la loi sacrée du Prophète »[165].

Mais la relative tolérance que garantit le statut de *dhimmi* est très vite devenue synonyme de discrimination. Outre la capitation, le *dhimmi* doit s'acquitter de diverses taxes plus élevées que les musulmans. En matière de succession, selon un principe général du droit musulman, il ne peut y avoir de succession entre personnes de religions différentes. Ainsi, à la mort d'un musulman, seuls ses héritiers musulmans peuvent prétendre à son héritage. En matière de mariage, un musulman a le droit d'épouser une femme *dhimmi*, mais un *dhimmi* ne peut pas épouser une femme musulmane. En matière de justice, le témoignage d'un *dhimmi* n'est pas recevable devant un tribunal et l'indemnité ou prix du sang payé par une personne qui a blessé ou tué une autre, est différente selon que la victime est un *dhimmi* ou non – inférieur dans le premier cas, supérieur dans l'autre.

Néanmoins, dans l'ensemble « *les interdits avaient un caractère plus social et symbolique que tangible et concret* »[166] ; les formes d'humiliation qui leur étaient infligées avaient pour but de leur rappeler leur statut inférieur. Ainsi, leurs lieux de culte ne doivent pas être plus hauts que ceux des musulmans ; l'appel à la prière ne doit pas couvrir celui de la prière musulmane ; ils ont l'obligation de porter des signes permettant de les identifier, même dans un hammam, voire même certains couleurs sont interdites aux *dhimmis* et réservées aux musulmans. Ils doivent se « *différencier des Musulmans dans leurs vêtements, la manière de coiffer leurs cheveux, leurs montures, et le choix de leurs noms* »[167]. Toutefois, bien que la liberté de culte soit restrictive, il semble que la loi ne soit pas toujours respectée.

[165] Cité dans Bernard LEWIS, *op. cit.* p.490
[166] Bernard LEWIS, *op.cit* p.472
[167] Antoine FATTAL, *op. cit.* p.96

Ce qui caractérise la situation de *dhimmi* en ce temps-là, c'est l'humiliation et la précarité. A partir de là, « *les dhimmis (…), de différentes manières, selon les époques, et sous diverses modalités selon les régions, ne seront d'une manière générale plus jamais traités de façon égale avec les musulmans* »[168]. Nous verrons ce qu'il en est des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman contemporain. Avant d'analyser les droits des minorités religieuses aujourd'hui, il est nécessaire de comprendre ce que renferme cette notion dans la législation moderne des Etats de droit musulman.

2. Les minorités religieuses dans les Etats de droit musulman contemporain.

Il n'existe pas de définition claire et unanime de la notion de minorité religieuse dans les Etats de droit musulman. Il n'existe pas non plus de reconnaissance systématique et automatique des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman. Cette reconnaissance peut se faire de trois manières différentes, qui ne sont pas exclusives les unes des autres.

Un premier procédé est la « reconnaissance normative ». Les minorités religieuses sont expressément mentionnées dans les textes, qu'il s'agisse de la Constitution ou de dispositions législatives. Cette inscription claire et univoque des minorités religieuses, autorisées à exister juridiquement sur le territoire a pour corollaire l'interdiction pour les minorités religieuses non-reconnues de pratiquer leur foi, voire une inexistence

[168] Jean-Michel BILLIOUD, *op. cit.*, p.64

juridique.[169] Trois Etats de droit musulman peuvent être intégrés dans cette catégorie, le Royaume d'Arabie Saoudite, La République d'Irak et la République islamique d'Iran.

Concernant l'Arabie Saoudite, l'article 45 de la Loi fondamentale mentionne le Conseil des grands ulémas et l'Administration de la recherche scientifique et des « Fatwas », qui est une composante du Conseil. Cette institution est la plus haute autorité religieuse de l'organisation institutionnelle saoudienne. Selon l'article 45, « le règlement détermine l'organisation » de ces deux organes. Un règlement de 1971 a créé un Conseil composé de vingt personnes et dépendant de l'autorité du Roi. Le Conseil des grands ulémas est dirigé par le Grand mufti et composé exclusivement de sunnites. Il est important de souligner que le Royaume d'Arabie Saoudite a inscrit son ancrage dans le wahhabisme, qui prend sa source dans le hanbalite, une école sunnite. Toutefois, le Roi a modifié la composition du Conseil des grands Ulémas en 2009 de sorte à ce que les trois autres grandes écoles sunnites soient représentées dans ce Conseil. Ainsi, parmi les 20 membres qui composent la plus haute autorité religieuse du pays, un membre doit être de l'école malékite, un de l'école hanafite et un de l'école shaféite. Toutefois, les chiites ne sont toujours pas représentés.

Concernant l'Irak, la Constitution affirme à l'article 2 que la religion officielle de l'Etat est l'islam, mais elle y garantit également les droits de trois autres religions. L'article 2 deuxièmement dispose, que « *la présente Constitution garantit l'identité islamique de la majorité du peuple irakien et elle garantit pleinement les droits religieux à la liberté de croyance et de culte religieux de tous les individus comme les Chrétiens, les Yazidis et les Mandéens Sabéens ».*

Quant à la République islamique d'Iran, les articles 12 et 13 de la Constitution font explicitement référence aux minorités religieuses. Comme le rappelle l'article 12, la religion officielle de la République islamique est l'islam chiite duodécimain. Toutefois, l'alinéa 2 nomme expressément toutes les autres appartenances islamiques qui « *bénéficient d'un respect intégral et sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses selon leur jurisprudence religieuse*

[169] Tel est le cas des bahá'ís en Iran. Ce point sera abordé dans le Titre 2 de la présente partie

propre »[170]. Et l'article 13 désigne expressément les minorités non-musulmanes qui sont libres de pratiquer et de célébrer leurs propres rites. Seules trois minorités non-musulmanes sont autorisées, les zoroastriens, les juifs et les chrétiens.[171].

On peut noter que la nouvelle Constitution égyptienne, adoptée en décembre 2012, mais suspendue en juillet 2013 prévoit en son article 3 que « *les principes de la religion des Egyptiens chrétiens ou juifs sont la source principale des législations qui organisent leur statut personnel, leurs affaires religieuses et le choix de leurs dirigeants spirituels* ».

La deuxième technique est une reconnaissance implicite. Les minorités religieuses ne sont pas explicitement mentionnées, dans la Constitution ou les législations, comme étant les seules autorisées à pratiquer leur foi. Toutefois un faisceau d'indices permet d'identifier les minorités religieuses admises. Tel est, par exemple, le cas du Royaume de Jordanie, de la Syrie et de l'Algérie.

L'article 14 de la Constitution jordanienne affirme que l'Etat protège la liberté de pratique des religions et des traditions observées dans le pays.[172] A cela, nous pouvons ajouter l'article 99 qui décrit l'organisation juridictionnelle. Le système jordanien est organisé autour de trois sortes de juridictions, les juridictions de droit commun, les juridictions religieuses et les juridictions d'exception.[173] Les juridictions religieuses sont compétentes en matière de statut personnel. Cet article est complété par l'article 104 qui définit les deux sortes de tribunaux religieux mentionnés précédemment, à savoir les

---

[170] Article 12 de la Constitution iranienne : alinéa 1 : « *La religion officielle de l'Iran est l'islam selon l'école juridique jaffarite duodécimaine. Ce principe ne sera jamais susceptible de modification ». Alinéa 2 : « Les autres appartenances islamiques, aussi bien les hanafites, les chaféites, les malékites, les hanbalites et les zaïdites bénéficient d'un respect intégral et les adeptes de ces écoles sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses selon leur jurisprudence religieuse propre. Pour l'instruction et l'éducation religieuses et pour leur statut personnel (mariage, divorce, héritage et testament), ainsi que pour les litiges qui en découlent et se trouvent portés devant les tribunaux, ils sont reconnus officiellement. Dans les régions où les adeptes de l'une quelconque de ces appartenances constituent la majorité, les règlements locaux entrant dans les limites de compétences des conseils seront conformes au droit religieux de ces écoles, sans préjudice des droits des adeptes des autres appartenances* ».

[171] Article 13 de la Constitution iranienne : « *Les iraniens zoroastriens, juifs et chrétiens sont les seules minorités religieuses reconnues, qui, dans les limites fixées par la loi, sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses et qui, pour leur statut personnel et l'instruction religieuse, peuvent agir selon leur règles propres* ».

[172] Article 14 de la Constitution jordanienne : « *L'Etat protège la liberté de la pratique des religions et des croyances, conformément aux traditions observées dans le Royaume, à moins qu'elle ne porte atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

[173] Article 99 de la Constitution jordanienne : « *Les juridictions sont de trois sortes : 1. Les juridictions de droit commun. 2. Les juridictions religieuses. 3. Les juridictions d'exception* »

tribunaux islamiques et les conseils des autres communautés religieuses.[174] Les tribunaux islamiques appliquent la loi islamique telle que définie par l'école hanafite, sauf dans les cas qui sont explicitement visés par la législation. Quant aux non-musulmans, le conseil applique la loi de la communauté religieuse à laquelle il appartient. Selon le rapport du département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, il n'existe que trois tribunaux chrétiens, un pour la communauté catholique, un autre pour les orthodoxes et enfin un représentant les intérêts des fidèles anglicans. Concernant les autres minorités non-musulmanes, plusieurs cas de figures existent. Certains, comme les protestants, sont reconnus comme des « sociétés » et ont le droit d'utiliser le conseil anglican. Quant aux athées, ou aux religions non reconnues, telle que la foi bahá'íe, ces personnes doivent porter leurs affaires de statut personnel devant l'un des tribunaux existant.[175]

On peut également mentionner l'exemple algérien. Les articles 3 et 4 de la loi 63-278 du 26 juillet 1963, relative aux congés reconnaissent aux nationaux comme aux étrangers de confession israélite ou chrétienne, le droit de disposer d'un repos pour célébrer les fêtes religieuses.[176]

Concernant la Syrie, le décret-loi n°60 adoptée en 1936 définit les confessions reconnues en Syrie. Le Code de statut personnel précise davantage le statut juridique des 17 confessions reconnues. L"article 306 du Code dispose que le Code de statut personnel s'appliquent à tous les syriens, à l'exception des cas stipulés aux articles 307 et 308. L'article 307 concerne la communauté Druze et les règles de mariage, spécifique à leur religion leur sont appliquées. C'est ainsi que la polygamie est interdire pour les Druzes et non pour les musulmans. L'article 308 est relatif aux communautés chrétiennes et juives et autorise les fidèles de ces religions à suivre leurs propres règles en matière de fiançailles, de mariage, de divorce, de dot, de pension et de garde. Depuis 2006, les catholiques forment un groupe à part puisque la loi n°31 de 2006 leur accorde l'administration pleine et entière des questions de statut personnel.[177] La reconnaissance explicite de ces trois

[174] Article 104 de la Constitution jordanienne : « *Les tribunaux religieux comprennent : 1. Les tribunaux islamiques et les conseils des autres communautés religieuses* »
[175] Rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011
[176] U.N. Doc.CCPR.C.101.Add.1, 18 mai 1998
[177] Pour plus de details voir, Maaike VOORHOEVE, *Family Law in Islam, Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, London-New-York, I.B. TAURIS, 2012, pp.147 à 170

communautés religieuses est également inscrite dans le Code de procédure civile. L'article 535 reconnaît la compétence exclusive des tribunaux islamique pour les requêtes relative au statut personnel ; et l'article 536 autorise d'autres tribunaux confessionnels à statuer pour les non-musulmans dans les mêmes matières.

Enfin, une troisième façon de reconnaître les minorités religieuses, sans les inscrire dans un texte ni leur accorder des avantages juridictionnels, est la technique des autorisations. Aucune minorité ne peut avoir d'existence légale sans une autorisation préalable. Au Qatar par exemple, les groupes religieux doivent recevoir une autorisation du Ministère des affaires étrangères pour une reconnaissance officielle. Pour pouvoir être reconnu, un groupe doit avoir au minimum 1500 adhérents dans tout le pays. Le Ministère impose également aux petites congrégations d'être affiliées à l'une des six Eglises reconnues et d'être sous leur patronage. En effet le Ministère ne reconnait que six Eglises chrétiennes : les catholiques anglicans, les grecs orthodoxes, les coptes, l'Eglise des Chrétiens d'Inde. Les autres religions, dont les hindous, les bouddhistes et les bahá'ís, ne sont pas reconnues. Les fidèles de ces communautés sont toutefois autorisés à pratiquer leur religion en privé. Ces trois religions ne sont pas reconnues pas le Ministère car le gouvernement considère les croyants de ces religions comme des membres transitoires d'une communauté, et donc qui n'ont pas besoin d'installations ou d'un clergé permanent.[178]

La reconnaissance d'une minorité religieuse revêt une importance particulière dans un Etat de droit musulman car de nombreux droits liés à la liberté de religion lui sont rattachés.

[178] Rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011

Paragraphe 2 :

Les droits reconnus aux minorités religieuses dans les Etats de droit musulman.

La reconnaissance officielle d'une minorité religieuse peut entraîner diverses conséquences, allant de la reconnaissance de la citoyenneté à l'autorisation d'ouvrir des lieux de culte et des lieux d'enseignement religieux, en passant par la reconnaissance des statuts personnels. Deux éléments doivent être mis en exergue. Tout d'abord, la « reconnaissance normative » ou explicite des minorités religieuses donne la possibilité pour ces minorités d'être représentées par des parlementaires spécifiquement choisis au sein de la communauté. Une « discrimination positive » est appliquée pour permettre aux minorités religieuses d'exprimer leur voix lors des débats parlementaires (1). D'autre part, bien que tous les citoyens soient égaux devant la loi, les systèmes juridictionnels appliquent la personnalisation des lois en matière de statut personnel (2).

1. Une représentation parlementaire liée à une reconnaissance juridique.

Dans un Etat de droit musulman, l'individu est défini par son appartenance à une communauté religieuse. En fonction de sa religion, certains droits spécifiques lui sont accordés ou à l'inverse refusés. Ainsi, par exemple, les chrétiens sont autorisés à vendre et à boire de l'alcool alors que cela est interdit aux musulmans. A l'inverse, certaines hautes fonctions sont accordées exclusivement aux musulmans, tels les postes des ministères et surtout celui de chef de l'Etat.[179] Certains Etats de droit musulman organisent une « discrimination positive » à l'égard des minorités religieuses concernant la représentation

[179] Ce point sera développé dans le Titre 2.

parlementaire. Dans certains cas, ce dispositif est expressément prévu par la Constitution ou par la loi, alors que dans d'autres, cela résulte d'une coutume.

Dans un premier cas de figure, la représentation parlementaire des minorités religieuses peut être inscrite dans la Constitution ou dans la législation. Ainsi, l'article 64 de la Constitution iranienne organise la répartition des sièges parlementaires. Il y est prévu que l'Assemblée consultative comprend 270 sièges. Parmi ces députés, cinq doivent représentés les minorités religieuses reconnues par la Constitution, à savoir les zoroastriens, les juifs, et les différentes communautés chrétiennes.[180] Dans le même sens, le système électoral jordanien organise un scrutin utilisé dans l'après-guerre par les britanniques, qui permettait de réserver des sièges aux minorités religieuses. Aujourd'hui, si le nombre de députés a été augmenté, passant de 80 à 120, le nombre de députés représentants les minorités religieuses est resté inchangé. Ainsi, huit sièges sont réservés aux chrétiens.

Dans un deuxième cas de figure, bien que ce droit ne soit pas inscrit dans la Constitution, certains Etats l'appliquent par tradition. En Egypte, par exemple, traditionnellement, deux coptes sont nommés ministres et sont autorisés à avoir jusqu'à dix représentants au Parlement.[181] Ou encore en Arabie Saoudite, le règlement de 1971 sus-mentionné qui a créé un Conseil des grands ulémas. Ce Conseil, mentionné à l'article 45 de la Loi fondamentale saoudienne représente la plus haute autorité religieuse de l'organisation institutionnelle saoudienne. Depuis la modification apportée la Roi en 2009, le Conseil est composé de membres sunnites wahhabites, mais également de représentants des grandes écoles du sunnisme, c'est-à-dire malékite, hanafite et chaféite.

[180] Article 64 de la Constitution iranienne : alinéa 3 : « *Les zoroastriens et les juifs élisent un député pour chaque communauté, les chrétiens assyriens et chaldéens ensemble un député, et les chrétiens arméniens un député pour le nord et un député pour le sud* »
[181] Voir Scott KENT BROWN II, *The Coptic Church in Egypt : A Comment on Protecting Religious Minorities from Non-State Discrimination, Brigham Young University Law Review*, 1049, 2000

2. La reconnaissance officielle des minorités religieuses et l'organisation d'un système juridique basé sur la personnalité des lois.

a. Les origines de la personnalité des lois dans le droit musulman

A la dislocation de l'Empire ottoman la plupart des Etats qui le composent, a été placé sous dépendance, protectorat ou mandat français ou anglais. Bien que ces Etats aient acquis leur indépendance politique et juridique, l'influence intellectuelle et juridique de ces deux nations reste très présente. Seule la notion de statut personnel a été maintenue dans la sphère du religieux. Les Etats de droit musulman qui ont codifié le droit[182] se sont largement inspirés des codes occidentaux (français, belge ou suisses)[183]. Le domaine des statuts personnels demeure le seul domaine juridique exempt de toute influence occidentale, seul le droit musulman classique est appliqué en la matière.[184] La première conséquence est que la législation organise un communautarisme religieux. C'est l'appartenance à une communauté religieuse qui détermine la compétence des autorités et le droit applicable en matière de statut personnel, et « *seules deux communautés non musulmanes sont autorisées, les communautés juive et chrétienne* »[185].

Ainsi, certains pays reconnaissent aux différentes communautés religieuses le droit d'être régies par leurs lois respectives, et d'avoir leurs propres tribunaux en matière de statut personnel Chaque communauté se voit appliquer les lois religieuses de sa propre religion car le droit musulman est un droit inspiré de la Révélation faite à Mahomet pour régir les musulmans. Ce droit ne peut donc pas être appliqué à des non-musulmans. Le

[182] L'Arabie Saoudite ne reconnaît pas de pouvoir législatif aux hommes car seul Dieu peut légiférer. Ainsi aucune codification du droit n'a été faite, et les tribunaux se réfèrent au droit musulman classique tel qu'il est enseigné par le wahhabisme.

[183] Voir Sami ALDEEB ABU-SAHLIEH, pour plus détails sur le processus de codification dans les Etats de droit musulman. « Rapports entre droit et religion dans le monde arabo-musulman – Influence du droit musulman en Suisse », *Etudes Suisses de Droit Comparé*, n°6, 15.05.2007

[184] La Tunisie est le seul Etat de droit musulman qui a sécularisé le droit de la famille et dont les règles de statut personnel ne relèvent plus exclusivement du droit musulman.

[185] Monia BEN JEMIA, « Liberté de religion et statut personnel », *Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 2009, n°9, pp.91-106

maintien du statut personnel dans la sphère religieuse entraîne également le maintien de divers empêchements, notamment en matière de mariage et de successions.[186]

C'est sous l'Empire ottoman, par un décret de 1856, appelé Hatti Humayoun que les communautés religieuses non-musulmanes acquièrent une autonomie législative et judiciaire. Ce décret institutionnalise la coutume par laquelle les statuts personnels, mariage, capacité civile, testaments, successions, *wakfs*, [187], sont du ressort des tribunaux religieux. « *Le Hatti Hamayouni ottoman du 18 février 1856 avait confirmé cependant les mesures accordées aux chrétiens dans l'Empire ottoman par le sultan ottoman Mohamad-el-Fateh (1432-1481) : la liberté religieuse fut proclamée, ainsi que l'égalité des chances pour les sujets de toutes les races et les religions, d'accéder aux charges publiques ; des privilèges de juridictions leur furent concédés pour toutes les matières relevant de leurs statut personnel* »[188].

A l'origine, les statuts personnels sont un champ juridique très large comprenant des domaines aussi variés que les matières relevant des successions, des testaments, de la capacité civile, des donations, du mariage, de la filiation, des obligations entre époux. Mais dans la conception moderne de la législation des Etats de droit musulman, le domaine des statuts personnel comprend les questions relatives au mariage (fiançailles, mariage, dot, divorce, répudiation), parfois les questions de successions et les questions de filiation (paternité, adoption).

[186] Ce point sera développé dans le Titre 2

[187] Immobilisation de la nue-propriété de biens dans un but religieux, de bienfaisance ou de sécurité matérielle pour une progéniture.

[188] Najjar IBRAHIMI, « Formation et évolution des droits successoraux au Proche-Orient (Aperçu introductif) », *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 31 n°4, Octobre-décembre 1979, pp. 805-815

b. Les législations contemporaines en matière de statut personnel

Le domaine des statuts personnels des Etats de droit musulman a été le domaine juridique le moins soumis aux influences extérieures, c'est pourquoi ce domaine demeure fortement influencé par les règles du droit musulman. Néanmoins, deux cas de figures doivent être distingués. Dans un premier cas, le système juridictionnel est organisé autour de deux types de tribunaux, les tribunaux de droit commun et les tribunaux religieux. Les matières relevant du statut personnel sont de la compétence des tribunaux religieux qui respectent les règles de la communauté à laquelle appartiennent les parties. Ainsi les musulmans sont soumis à la loi musulmane, les chrétiens au droit canonique et les juifs à la loi hébraïque. Dans un deuxième cas de figure la législation organise une unification des juridictions (droit commun et religieux) mais non une unification des lois. Ainsi, tous les citoyens sont soumis devant les mêmes tribunaux, mais en matière de statut personnel, le juge peut faire appel aux lois religieuses des deux parties, si elles sont de la même religion.[189]

La majeure partie des Etats de droit musulman a conservé le système ottoman qui reconnait à chaque communauté religieuse un privilège de législation. En matière de statut personnel, les musulmans doivent porter les affaires devant des juridictions islamiques qui statuent en se fondant sur le droit musulman et les autres communautés religieuses ont chacune le droit de bénéficier des leurs propres règles en matière de statut personnel. Toutefois les matières qui relèvent de ces juridictions d'exception sont limitées aux questions relatives au mariage (formation, dissolution, dot, fiançailles etc.). Habituellement, les successions et les libéralités sont de la compétence des tribunaux de droit commun qui appliquent le droit musulman, même si ces questions concernent des non-musulmans.

[189] Nous verrons dans le Titre 2 qu'il existe un privilège de l'islam. Lorsque l'une des parties est musulmane, c'est la loi islamique qui s'applique en exclusivité.

Plusieurs Etats de droit musulman ont conservé un régime juridictionnel multiconfessionnel. En Jordanie notamment, le privilège de juridiction est un droit constitutionnel inscrit aux articles 99, 104, 105, 108 et 109 de la Constitution. Ces articles organisent la répartition des compétences entre les tribunaux islamiques et les conseils des autres communautés. L'article 105 précise que les tribunaux islamiques sont les seuls compétents pour statuer dans les matières du statut personnel, les questions du « prix du sang » et du *wakfs*, concernant les musulmans.[190] En Syrie également, malgré une unification du régime juridictionnel, la compétence des tribunaux ecclésiastiques a été maintenue en matière de fiançailles et de mariage (dissolution, dot, pensions alimentaires) et les tribunaux religieux ont également été mis en place pour la communauté juive et la communauté druze (articles 536 du Code de procédure civile). Au Qatar, le législateur a créé une chambre juridictionnelle pour les chiites. Elle est autorisée à appliquer les principes chiites pour les questions relatives au mariage, au divorce et à l'héritage.[191]

D'autres Etats de droit musulman ont effectué une unification juridictionnelle. Les tribunaux de droit commun sont compétents pour statuer pour tous les citoyens sans distinction relative à la religion. Toutefois, l'unification des juridictions n'a pas abouti à une unification des lois. Les tribunaux sont autorisés à appliquer les lois de chaque communauté religieuses en matière de statut personnel. L'exemple le plus caractéristique est celui de l'Egypte.

Comme dans tous les Etats de droit musulman, en Egypte les questions de statut personnel des non-musulmans ont longtemps été dévolues aux tribunaux d'exception. « *La compétence pour connaître des questions de statut personnel des étrangers était dévolue aux tribunaux mixtes et aux tribunaux consulaires ; celles des égyptiens musulmans aux tribunaux charii et celles des non-musulmans aux majaless communautaires* »[192]. Une loi de 1949 amorce le processus d'unification juridictionnelle par la suppression dans un premier temps du privilège de juridiction accordé aux étrangers. Mais c'est par la loi 462/1955 du 21 septembre 1955

[190] Article 105 de la Constitution jordanienne: "*Les tribunaux islamiques sont seuls compétents pour statuer, conformément à leurs lois propres, dans les matières suivantes: 1. Les matières de statut personnel concernant les musulmans. 2. Les affaires de la diya (ou « prix du sang ») si les deux parties sont musulmanes ou si l'une est musulmane et que les deux ont accepté dans l'affaire la compétence des tribunaux islamiques. 3. Les questions relatives aux wakfs musulmans*. »

[191] Information issue du rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011

[192] FAKHANI, cité par Najjar IBRAHIM , *op. cit.*, pp. 805-815

que le processus a pris toute sa portée. Le privilège de juridiction dont bénéficient les égyptiens est aboli. Toutefois, le législateur conserve un « privilège législatif » en matière de statut personnel. Les musulmans sont gouvernés par la loi islamique, les chrétiens par le droit canonique et les juifs par la loi hébraïque. L'article 6 de la loi 462/1955 dispose que *« dans les litiges de statut personnel et des waqfs qui relevaient de la compétence des tribunaux religieux, les sentences seront prononcées selon la teneur de l'article 280 du décret-loi concernant l'organisation de ces tribunaux. Quant aux litiges de statut personnel des Egyptiens non-musulmans, unis en communauté et en confession, et qui ont des juridictions communautaires organisées au moment de la promulgation de cette loi, les sentences seront prononcées selon leur propre législation, en conformité cependant avec l'ordre public* ». L'article 280 du décret-loi 78/1931 auquel il est fait référence dans l'article 6 énonce que « *les décisions sont prises conformément aux dispositions de cette ordonnance et aux plus autorisées des opinions d'Abu-Hanifah, sauf en ce qui concerne les cas régis par une loi des tribunaux religieux* ».[193] Ces articles ont été abrogés par la loi 1/2000, bien que la même règle ait été conservée. La loi 1/2000 dispose en son article 3 : « *Les décisions sont prises conformément aux lois de statut personnel et des waqfs en vigueur. En ce qui concerne les questions non réglées par un texte de ces lois, on applique les opinions les plus autorisées de l'école d'Abu-Hanifah. Quant aux litiges de statut personnel des Egyptiens non-musulmans, unis en communauté et en confession, et qui ont des juridictions communautaires organisées jusqu'au 31 décembre 1955, les sentences seront prononcées selon leur propre législation, en conformité cependant avec l'ordre public* ». Cette disposition a été reprise par la Constitution égyptienne adoptée en décembre 2012 (mais suspendue en 2013). Néanmoins, il faut souligner que l'article 3 de la Constitution dispose que « *les principes de la religions des Egyptiens chrétiens ou juifs sont la source principale des législations qui organisent leur statut personnel … ».* Il s'agit d'une véritable constitutionnalisation des principes chrétiens et juifs.

Cette logique est la plus répandue au sein des Etats de droit musulman.

[193] Pour plus de détails voir Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « La religion et le droit des pays arabes », *RIDC*, n°2, 2007, pp.259-283

La liberté de religion est indéniablement affirmée dans le Coran. Les versets tels que « *Pas de contrainte en religion* »[194] ou « *Si ton Seigneur l'avait voulu, tous les habitants de la terre auraient cru. Est-ce à toi de contraindre les hommes à être croyants alors qu'il n'appartient à personne de croire sans la permission de Dieu ?* »[195] attestent que le Coran comporte bien un discours de tolérance à l'égard des autres religions et affirme la liberté de religion. Dans la mesure où un Etat de droit musulman a vocation à permettre l'application du Coran dans tous les pans de l'activité humaine, il est naturel que la liberté de religion soit affirmée dans les Constitutions des Etats de droit musulman. De plus les Etats de droit musulman ont adopté la Déclaration Universelle des droits de l'homme et ont adhéré au Pacte international relatif aux droits civils et politiques[196] qui affirment la liberté de religion en leur article 18 respectifs. En application de ces dispositions les Constitutions des Etats de droit musulman doivent consacrer la liberté de religion. Ainsi, l'analyse de toutes les Constitutions ont permis de constater que la liberté de religion a bien acquis une valeur constitutionnelle dans les Etats de droit musulman en ce sens qu'elle est consacrée par la Constitution.

Toutefois la liberté de religion ne dispose pas d'une définition claire et univoque dans les Etats de droit musulman. En outre la consécration textuelle de la liberté de religion est précédée de l'affirmation que l'islam est source de législation. Cette condition a une incidence sur l'interprétation de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman. L'effet de cette disposition, sur la notion de liberté de religion au sein de ces Etats, se comprend au travers du registre relatif à la liberté de religion dans le Coran et par les débats suscités à l'initiative des Etats de droit musulman lors de l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Coran ne tient pas un discours unique à l'égard des autres religions. On peut y lire des versets qui incitent à la tolérance et au respect des autres religions, alors que d'autres versets incitent à la guerre contre ceux qui n'adhèrent pas à la nouvelle

[194] Verset 256, Sourate 2
[195] Verset 99, Sourate 10
[196] Seul l'Arabie Saoudite, les Emirats arabes unis, le Sultanat d'Oman, le Qatar, et le Soudan n'ont pas encore adhéré au Pacte international relatif aux droits civils et politiques

religion. Cette ambiguïté est également visible au sein des Etats de droit musulman. D'une part ces Etats ont accepté les dispositions internationales qui consacrent la liberté de religion (même si cette adhésion ne s'est pas faite sans débat). D'autre part lors de la rédaction des Déclarations et Conventions régionales, les Etats de droit musulman ont élaboré des dispositions plus restrictives. La liberté de religion dans les Etats de droit musulman ne doit pas s'entendre de la liberté de toutes les religions, mais de la liberté de religion dans un cadre stricte et limité par l'Etat.

Dans un Etat dont la législation est basée sur la religion, l'affirmation de la liberté de religion doit être accompagnée de son corollaire, la reconnaissance des minorités religieuses. Les législations contemporaines des Etats de droit musulman reproduisent le contrat de *dhimma*, établi dès les premières années de l'islam. La dichotomie que l'on a pu observer en matière de liberté de religion, qui est affirmée, mais pas totalement, se retrouve dans le contrat de *dhimma*. Tout en consacrant que les non-musulmans bénéficient de la protection de l'Etat, le contrat organise leur soumission à l'égard des musulmans. De même, le contrat permet de protéger les non-musulmans reconnus par l'Etat, à savoir les gens du Livre. Tout autre croyant ne peut pas être considéré comme un *dhimmi,* et par conséquent ne peut pas recevoir de protection. Dans les Etats de droit musulman contemporain, cette reconnaissance prend deux formes différentes. Dans un premier cas de figure cette reconnaissance peut-être générale, c'est-à-dire que toute communauté religieuse qui ne suit pas l'orthodoxie majoritaire peut être reconnue comme minorité religieuse, sans qu'il soit nécessaire de les spécifier, et bénéficie alors de la liberté de religion. Dans un deuxième cas de figure, les minorités religieuses sont nommément reconnues dans la Constitution ou par la législation.

Une première analyse du système constitutionnel des Etats de droit musulman permet donc de constater que malgré quelques ambiguïtés la liberté de religion y est bien affirmée et les minorités religieuses y sont reconnues. La liberté de religion ou la non-discrimination fondée sur la religion est bien inscrite dans le texte de la Constitution et les minorités religieuses sont effectivement reconnues, soit par le texte même de la Constitution soit par des dispositions législatives. Mais la volonté de se conformer à

l'islam, comme source de législation risque d'entraver l'effectivité totale de la liberté de religion.

Les débats lors de l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; les dispositions lacunaires des conventions régionales ; les contradictions du droit musulman ; la pratique du contrat de *dhimmi* ; tous ces éléments sont autant d'arguments qui nous poussent à consulter la législation des Etats de droit musulman plus attentivement pour examiner la place qui y est réellement attribuée à la liberté de religion.

TITRE 2 :

LES ATTEINTES A LA PRATIQUE DE LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

La liberté de religion bénéficie d'une consécration constitutionnelle dans les Etats de droit musulman, mais son effectivité est atténuée par des législations liberticides.[197] Des dispositifs législatifs restreignent le droit des musulmans de pratiquer librement leur religion et organisent une discrimination à l'égard des non-musulmans qui sont ainsi privés de leur liberté de religion. Les restrictions qui sont apportées à la liberté de religion des musulmans ne sont pas inscrites dans le Coran mais ont été élaborées par les jurisconsultes pour protéger la communauté musulmane, la *Umma*, à la mort du Prophète.

Ce dernier est mort sans laisser de consignes précises quant à sa succession et un conflit émerge entre les différents candidats. Quelques siècles plus tard, la querelle s'est cristallisée et la communauté musulmane se scinde en plusieurs groupes. Ce schisme donnera naissance aux trois grandes traditions musulmanes que sont le sunnisme, le chiisme et le kharidjisme. Chaque groupe est alors réparti sur un territoire, et les autorités de chaque territoire accusent le groupe minoritaire d'hérésie. Ce délit est par ailleurs traditionnellement accompagné d'une autre infraction, le délit de blasphème.

Alors que l'accusation d'hérésie touche principalement les obédiences minoritaires, le délit de blasphème concerne l'ensemble des musulmans (et parfois les non-musulmans), quel que soit l'école à laquelle il appartient et quel que soit le degré de dévotion. Tout musulman est obligé de respecter les obligations cultuelles, et le non-respect de celles-ci peut être considéré comme un blasphème. Tenir des propos irrespectueux à l'égard de Dieu ou d'un des Califes, rompre le jeûne pendant le mois du ramadan ou ne pas faire sa prière, peuvent être des éléments justifiant une accusation de blasphème. Mais la restriction la plus attentatoire à la liberté de religion des musulmans est l'interdiction qui est faite à tout musulman de quitter l'islam et de changer de religion, l'apostasie, établie sous le règne du premier calife, Abu Bakr.

[197] Nous verrons dans la partie II que ces législations liberticides ne sont pas déclarées inconstitutionnelles pour plusieurs raisons. Une première raison est que le contrôle de constitutionnalité de la loi n'est une pratique courante parmi les Etats de droit musulman. Un autre argument, est que les Constitutions des Etats de droit musulman consacrent la primauté des règles religieuses sur les règles du droit positif en consacrant que l'islam est source de législation. Enfin, un dernier élément peut être le lien qui unit les autorités politiques aux autorités religieuses dans les Etats de droit musulman. Le professeur Mohamed-Chérif Ferjani remarque que « en raison de la complicité entre le pouvoir politique et les théologiens qui lui apportent la caution de la religion, les musulmans peuvent se trouver victimes d'une multitude de violations de la liberté de conscience », Mohamed-Cherfi FERJANI, *Le politique et le religieux dans le cham islamique*, Fayard, 2005, p.261

Ces infractions qui sont d'abord instaurées pour assurer l'unité de la Communauté et la fidélité des croyants, sont aujourd'hui utilisées à l'encontre des intellectuels, des dissidents politiques ou des minorités religieuses post-islamiques, comme les bahá'ís. « *De nos jours, les bahá'ís en Iran, depuis l'avènement de la « République islamique », ont été considérés comme des apostats et ont subi les pires exactions* »[198].

Quant aux non-musulmans, le Coran prescrit de leur accorder la liberté de pratiquer leur religion. La tradition par la suite, a instauré une relation contractuelle entre les autorités musulmanes et les non-musulmans. Par ce contrat, les non-musulmans reconnaissaient l'autorité musulmane et en échange elles sont libres de pratiquer leurs rites. Car si le *dhimmi* bénéficie de la protection de l'Etat, c'est à la condition qu'il respecte les limites imposées par ce dernier. Ce statut perdure dans la législation des Etats de droit musulman.

De nos jours certaines de ces discriminations subsistent et sont inscrites dans la législation des Etats de droit musulman. La liberté des musulmans est restreinte par les trois délits mentionnés plus haut, le blasphème, l'hérésie et l'apostasie (Chapitre 1). Tandis que la liberté de religion des non-musulmans est strictement encadrée par des législations qui violent les diverses conventions internationales (Chapitre 2).

[198] Ibid, p.262

CHAPITRE 1 :

Les restrictions à la liberté de religion des musulmans

Les juristes musulmans ont créé trois principales infractions qui limitent la liberté de religion des musulmans. La conversion d'un musulman à une autre religion, l'apostasie (*riddah*) ; la proclamation d'un islam hétérodoxe, l'hérésie (*zandaqah*); et l'insulte à Dieu ou au Prophète, le blasphème (*sabb Allah* et *sabb al-Rasul)*[199]. Le prophète Mahomet proclame dans le Coran, qu'il n'y a *« pas de contrainte en religion »*[200]. Ce verset est traditionnellement utilisé comme une preuve que la liberté de religion existe dans le droit musulman. Pourtant la liberté de religion des musulmans a été restreinte dès les premiers siècles de l'ère musulmane pour être compatible avec les exigences du contexte social et de la situation de guerre.

Lorsque Mahomet meurt, la communauté musulmane n'a plus de chef spirituel ; personne ne possède la sainteté et l'aura qui ont permis au Prophète de maintenir l'unité de la communauté malgré les attaques. Lorsque Abu Bakr est désigné comme le premier Calife, sa légitimité est remise en cause par plusieurs musulmans. Pour protéger la communauté du doute et de l'infidélité de certains croyants, les jurisconsultes élaborent des infractions qui permettent de sanctionner quiconque sème le doute au sein de l'*Umma*. Les premières théories et jurisprudences islamiques qui se développent ainsi après le décès du prophète sanctionnent ces trois actes pour mieux protéger la nouvelle communauté musulmane qui se forme en Arabie.

Ces infractions ont dépassé le simple cadre historique du droit musulman puisqu'elles sont aujourd'hui codifiées par les Etats de droit musulman. Dans la mesure où ces infractions n'ont pas été directement révélées par le Prophète, il est important d'étudier le contexte dans lequel elles ont été créées pour mieux comprendre le maintien de ces législations dans la législation contemporaine des Etats de droit musulman.

Ainsi, la liberté de religion des musulmans est limitée dans un Etat de droit musulman par les délits de blasphème, d'hérésie et d'apostasie, élaborées aux premiers siècles de l'islam (Paragraphe 1). Les règles prescrites par le droit musulman classique à l'égard de ces trois délits sont toujours présentes dans la législation des Etats de droit musulman (Paragraphe 2).

[199] D'autres infractions ont existé dans le droit musulman classique, mais notre étude se cantonnera à ces trois principales infractions du droit musulman classique qui existent toujours aujourd'hui dans la législation des Etats de droit musulman et qui sont celles le plus fréquemment utilisés pour justifier des atteintes à la liberté de religion.
[200] Coran, verset 256, sourate II

Paragraphe 1 :

La liberté de religion des musulmans limitée dans un Etat de droit musulman par les délits de blasphème, d'hérésie et d'apostasie.

Le blasphème, l'hérésie et l'apostasie ne sont pas des infractions décrites par le Prophète lui-même. Ces infractions ont été développées par les jurisconsultes, après la révélation du Coran, pour protéger la communauté musulmane naissante. Ces constructions « *post-coraniques* [sont] *destinées à la protection de l'ordre public islamique dans la cité islamique* »[201]. Pour conserver l'unité de la communauté, la *Umma,* les autorités musulmanes font appel aux jurisconsultes pour développer des infractions qui permettent de sanctionner tout croyant qui professe une croyance différente de l'orthodoxie officielle et tout musulman qui renonce à sa foi. Les califes craignent que ce genre d'agissement ne sème le doute au sein des fidèles et diminue davantage leur autorité et leur légitimité. Par l'instauration de ces infractions, le pouvoir s'assure une totale fidélité des sujets.

La désignation du premier Calife, Abu Bakr, crée un conflit au sein de la communauté musulmane. La légitimité de ce dernier, qui est un des Compagnons et le beau-père de Mahomet, est remise en cause par Ali, tenant de la théorie selon laquelle les successeurs du Prophète doivent appartenir à sa famille en ligne directe. Ce climat de tension atteint son paroxysme lorsque le troisième calife, Othman est assassiné. A sa mort, Ali est désigné comme calife, mais une partie de la communauté ne lui reconnaît aucune légitimité. A partir de cet épisode, la communauté est scindée en trois groupes. Toutes ces querelles de pouvoir ont semé le doute parmi les fidèles et certains croyants cherchent à se retirer de la communauté. En l'absence de sources scripturaires pour justifier leur légitimité et maintenir l'unité au sein de la *Umma*, les califes assoient leur

[201] François-Paul BLANC, « Le blasphème en droit musulmans malékite », *in, Religions, Eglises et Droit,* Textes réunis et publiés par Gilles BOLLENOT, Publications de l'université de Saint Etienne, 1990, p.243

autorité par la condamnation de tout individu qui professe une orthodoxie différente (1) ou qui désire quitter la communauté des croyants (2).

1. Le blasphème et l'hérésie, des outils de protection de l'ordre public musulman

Ibn Taymiyya[202] explique dans son traité sur la *hisba*[203], que la fraude et la tromperie en matière de religion sont des actes condamnables et quiconque « *s'adonne ouvertement à l'une de ces actions devra être empêché de continuer et devra être puni s'il ne se repent pas* »[204]. Parmi ces actes répréhensibles, Ibn Taymiyya cite l'acte « *d'insulter (sabb) l'ensemble des Compagnons ou l'ensemble des musulmans, d'insulter leurs imâms ou leurs shaykhs* »[205], ou le fait de « *démentir les traditions du Prophète qui ont été admises par les gens de science* »[206]. Quiconque parle ou agit de la sorte, « *on lui appliquera les sanctions canoniques comme la mise à mort, la flagellation etc.* »[207]. Les actes auxquels il est fait référence ici sont le blasphème et l'hérésie.

Le blasphème est caractérisé par « l'insulte ou le délit d'outrage contre Dieu et le Prophète. On parle alors de « *'sabb-Allah* et '*sabb-al-Rasul* (ou '*sabb-al-Nabi*).»[208]

A l'origine, l'infraction de blasphème, qui n'est pas inscrite dans le Coran, ne concerne que les ennemis de l'islam, c'est-à-dire les non-musulmans qui ne respectent pas les traditions religieuses musulmanes. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'infraction est élargie à tout musulman qui insulte Dieu ou le Prophète Mahomet. Bien

[202] Théologien et jurisconsulte du XIVème siècle.
[203] La *hisba* est le devoir qui incombe à chaque croyant d'ordonner le bien et d'interdire le mal. « C'est à chaque musulman qu'il revient en principe d'empêcher son « frère » de commettre ces actes » répréhensibles. Dominique SOURDEL, *in*, Ibn TAYMIYYA, *Traité sur le Hisba*, publié et traduit par Henri LAOUST, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1994, p19.
[204]Ibn TAYMIYYA, *Traité sur le Hisba*, publié et traduit par Henri LAOUST, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1994, p57
[205] *Ibid.*
[206] *Ibid.*
[207] *Ibid.*
[208] Kamran HASHEMI*, Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008p.32

que l'infraction ait été codifiée par toutes les écoles juridiques musulmanes, des différences existent quant au contenu de « l'insulte ». Les deux principales écoles juridiques de l'islam n'ont pas codifié la législation concernant le blasphème de la même manière. Selon la conception sunnite, le blasphème concerne toute insulte à l'égard de Dieu, du prophète et est étendu aux anges et aux Compagnons du prophète. Or la tradition chiite n'accepte pas le statut des Compagnons du Prophète qui se sont proclamés califes à sa mort. Ali, fondateur de la secte chiite, défend l'idée selon laquelle le successeur du Prophète doit être choisi parmi la famille de Mahomet. Ali est ainsi désigné comme le successeur du Prophète pour les chiites, et sa succession perdura jusqu'au douzième Imam, l'Imam caché, qui s'est occulté aux yeux des hommes pour revenir à la fin des temps. C'est ainsi que selon la conception chiite le blasphème est l'insulte envers Dieu et les douze Imans.

Concernant la sanction, les jurisconsultes des deux écoles musulmanes sont unanimes. Le blasphémateur doit être condamné à la peine capitale. Cependant une différence sépare aujourd'hui les théologiens. Les uns reconnaissent un droit de repentir au coupable, car il existe un lien entre le blasphème et l'apostasie ; alors que les autres rejettent une telle solution. Tous ne sont unanimes sur le lien entre le blasphème et l'apostasie, mais tous sont unanimes quant à la sanction qui doit être prononcée, la peine de mort. Comme ces deux actes sont liés, le droit de repentir, qui est accordé à celui qui quitte l'islam pour qu'il puisse revenir sur son acte[209], doit également être accordé au blasphémateur. Ce dernier bénéficierait donc d'un délai de trois jours. Pour d'autres juristes, le blasphème doit être différencié de la conversion. Bien qu'elle soit passible de la peine de mort elle n'entraîne pas nécessairement la conversion du blasphémateur. Le délinquant ne peut donc pas bénéficier du délai de trois jours de réflexion. Une autre différence existe entre la conception chiite et la conception sunnite. Dans la tradition chiite, la mort immédiate de celui qui commet l'infraction de blasphème, qu'il soit musulman ou non, est non seulement permise, mais elle est même une obligation

[209] Nous verrons les détails de l'apostasie dans le paragraphe 2.

religieuse pour les musulmans. Ainsi, aussitôt que l'infraction de blasphème a lieu, le délinquant doit être tué par une personne qui ne craint pas pour sa vie.[210]

L'hérésie selon l'islam peut se définir comme l'acte de défendre une doctrine contraire à l'orthodoxie officielle ; l'acte de professer des enseignements qui mettent en danger l'Etat[211]. Alors que la conversion fait référence à un musulman qui a formellement renoncé à l'islam, l'hérésie concerne le musulman qui est accusé d'être un incroyant car son opinion diffère de celle de la majorité ou de l'orthodoxie acceptée. Un hérétique ou '*zandiq*' est une personne qui prétend être musulmane alors qu'elle a une interprétation « *réformatrice ou hétérodoxe de l'islam* »[212]. C'est ainsi par exemple que le chiisme est considéré comme une secte hérétique par les sunnites. Bien que les actes soient différents, la sanction de l'hérésie est la même que celle de la conversion, la mort du délinquant.

[210] L'exemple le plus caractéristique de ce droit donné à chaque musulman de tuer l'hérétique est livré par l'Ayatollah Khomeiny. Le 14 février 1989, celui qui est le représentant de l'Imam caché dans la tradition chiite, prononce une fatwa à l'encontre de Salman Rushdie pour son ouvrage « *Les Versets sataniques* ». L'Ayatollah Khomeiny y affirme que tout musulman a le droit, voire le devoir, de tuer l'auteur et les éditeurs de l'ouvrage, car c'est le devoir de tout musulman de protéger la religion : « *Je veux informer tous les intrépides musulmans à travers le monde que l'auteur du livre du livre intitulé Versets sataniques, ainsi que les éditeurs qui connaissent son contenu sont, par la présente, condamnés à mort. Je demande à tous les musulmans zélés de les exécuter, où qu'ils se trouvent afin que personne n'ose insulter la sainteté islamique. Quiconque a accès à l'auteur du livre, mais n'a pas les moyens de l'exécuter, doit le déférer devant le peuple afin qu'il soit châtié pour ses actes. Quiconque est tué ce faisant sera considéré comme un martyr et ira directement au ciel* ».

[211] H.A.R GIBB et J.H. KRAMERS, *Shorter Encyclopedia of Islam*, Leiden, 1991, p.659

[212] Kamran HASHEMI, *op. cit.,* p.33

2. Les théories classiques de la conversion d'un musulman, dite apostasie.

Le Coran mentionne l'apostasie dans différents versets[213] mais ne prescrit pas de sanction dans le monde terrestre pour celui qui quitte l'islam. Ce dernier sera puni dans l'au-delà et ce n'est pas aux hommes de le punir.[214] Pourtant les jurisconsultes musulmans ont créé l'infraction d'apostasie qui permet de punir par la peine de mort tout musulman qui renonce à sa foi. Toute personne qui est née musulmane ou qui a fait le choix de se convertir à l'islam à l'âge adulte n'est pas autorisée à renoncer à sa foi. « *C'est une liberté de religion à sens unique* »[215] en ce sens que les non-musulmans sont libres de se convertir à l'islam mais les musulmans n'ont pas le droit de se convertir à une autre religion ou de devenir athées. Le droit musulman classique prescrit la peine de mort contre toute personne qui renonce à l'islam. Dans l'esprit du droit musulman classique, la liberté de religion s'apparente à « *une liberté à sens unique : liberté d'entrée, interdiction de sortir* »[216]. Cette construction « humaine », par opposition aux préceptes religieux révélés par le Prophète, a été mise en place pour des raisons historiques.

---

[213] Par exemple, Sourate II, verset 217 : « *Ceux qui combattent ne cesseront pas, tant qu'ils ne vous auront pas contraints –s'ils le pouvaient- de renoncer à votre Religion* » ; Sourate XLVII, verset 25 « *Ceux qui onst revenus sur leurs pas après que la Direction s'est clairement manifestée à eux ont été abusés par le Démon qui leur a donné quelque répit.* »

[214] Sourate III, versets 86 à 91 : « *Comment Dieu dirigerait-il ceux qui sont devenus incrédules après avoir été croyants ; après avoir été témoins de la véracité du Prophète et des preuves irréfutables qui leur sont parvenues ? – Dieu ne dirige pas le peuple injuste -. Quelle sera leur récompense ? La malédiction de Dieu, celle des anges et de tous les hommes réunis tombera certainement sur eux. Ils y demeureront immortels ; le châtiment ne sera pas allégé en leur faveur ; on ne les regardera pas ; à l'exception de ceux qui, par la suite, s'étaient repentis et qui s'étaient amendés. – Dieu est celui qui pardonne, il est miséricordieux. – Quant à ceux qui auront été incrédules après avoir été croyants et qui, ensuite, se sont entêtés dans leur incrédulité, leur repentir ne sera pas accepté : voilà ceux qui sont égarés. Oui, si les incrédules, morts dans leur incrédulité, donnaient tout l'or de la terre pour se racheter, cela ne serait accepté d'aucun d'entre eux. Un châtiment douloureux leur est réservé et ils ne trouveront pas d'auxiliaires* ». Ou encore Sourate IX, verset 74 : « *Ils ont professé l'incrédulité puis ils ont juré, par Dieu qu'ils n'avaient pas prononcé de telles paroles. Ils furent incrédules après avoir été soumis. Ils aspirent à ce qu'ils n'ont pas obtenu et ils n'ont trouvé à la place que la faveur que Dieu et son Prophète ont bien voulu leur accorder. S'ils se repentaient, ce serait meilleur pour eux ; mais s'ils se détournent, Dieu les châtiera d'un châtiment douloureux en ce monde et dans l'autre et ils ne trouveront, sur la terre, ni ami, ni défenseur* ». Toutefois, ce verset ne permet pas de définir en quoi consiste le châtiment terrestre.

[215] Sami A. A. ABU SAHLIEH, *Introduction à la société musulmane*, Paris, Eyrolles, 2006, p.53

[216] Sami A. A. ABU SAHLIEH, « Le délit d'apostasie aujourd'hui et ses conséquences en droit musulmans », *La revue de l'Institut pontifical des études arabes et islamiques, Islamochristiana*, Rome, n°20, 1994, p.95

La doctrine relative à l'apostasie apparaît après la mort du prophète Mahomet. Quand Mahomet meurt, il ne laisse aucune indication concernant sa succession. Il y a alors chez ses fidèles un moment de doute quant à la succession. Un des Compagnons du Prophète, Abu Bakr, s'adresse aux fidèles en ces termes « *Hommes, si vous adorez Mahomet, Mahomet est mort ; si vous adorez Dieu, Dieu est vivant* ». Mais une fonction reste vacante, celle d'arbitre des différends et de détenteur du pouvoir au sein de la communauté de Mahomet. A la mort du prophète, une nouvelle question se pose à la communauté quant au successeur du Prophète. Il faut trouver une personne qui ait la légitimité nécessaire de continuer et de préserver l'œuvre de Mahomet. La communauté musulmane d'alors est composée de trois grands groupes : les Compagnons des premiers temps, qui ont suivi le prophète dans l'hégire et se sont liés entre eux par de nombreux mariages ; les notables de Médine, qui ont conclu l'alliance avec lui ; les membres des grandes familles de La Mecque, pour la plupart de conversion récente. Une réunion est organisée par les proches de Mahomet pour lui désigner un successeur. Le choix du calife se porte sur un membre du premier groupe, Abu Bakr, qui est un fidèle de la première heure et le gendre du prophète.

Le calife n'est pas un prophète. C'est le chef de la communauté mais il n'a pas la qualité de messager de Dieu. Il ne peut pas se proclamer porte-parole d'une « suite » des révélations. Malgré tout, une aura de sainteté et de choix divin entoure la personne et la charge des premiers califes, et ils revendiquent, de ce fait, un certain type d'autorité religieuse. La définition classique du califat admet qu'il représente « *le pouvoir général dans les affaires de la religion et du monde en remplacement du Prophète* »[217]. Cette définition met l'accent sur la confusion des affaires religieuses et politiques dans la mission du détenteur de l'autorité. Al Mawardi explique dans son traité de droit public que le califat est destiné à assurer la succession du Prophète en ce qui concerne la protection et la défense de la religion ainsi que des intérêts publics. Quant à Ibn Khaldoun il fait de la soumission du politique à la religion le trait spécifique qui distingue le « *gouvernement musulman* » des autres formes de gouvernement fondées soit sur les instincts soit sur les lois de l'utilité sociale. « *Le califat consiste à diriger l'ensemble de la communauté suivant les dispositions légales (charia) en vue*

[217] Définition donnée par TAFTAZANI.

de son salut dans l'au-delà. Le califat est en vérité un intérim de l'auteur de la loi sacrée, visant à sauvegarder la religion et à la mettre en application dans la gestion de la vie terrestre »[218].

Selon la conception classique, la fonction de calife a été instituée dans le prolongement de l'œuvre du prophète. Mahomet a œuvré pour la protection de la religion et la réalisation de ses principes. « *Dieu- Gloire à lui – a élu le prophète pour assurer la défense de la religion et pour diriger la communauté des musulmans en conformité avec les principes religieux, comme il l'avait élu pour proclamer la Vérité et communiquer sa Sainte Loi à ses créatures* »[219]. Lorsque le Prophète meurt, les califes lui succèdent à la fois dans ses fonctions de défenseur de la religion et dans l'administration des affaires de la communauté en conformité avec les principes religieux. De ces considérations découlent deux principes : le caractère obligatoire du califat et l'obligation pour les musulmans d'obéir au calife en tant que détenteur de l'autorité. Pour la doctrine classique le califat possède un caractère obligatoire et toute discussion portant sur la question des rapports entre le pouvoir politique et la religion ne peut s'engager qu'à travers cette institution. Les fidèles doivent dévouement et respect au calife du fait qu'il est le représentant du Prophète « *et qu'il occupe à ce titre la position la plus noble qu'un homme puisse avoir aux yeux des musulmans* »[220]. Ils doivent l'écouter et lui obéir car l'obéissance au calife est le prolongement de l'obéissance au prophète. En somme, le détenteur du pouvoir est le représentant du Prophète. Il est le seul habilité à ordonner et à interdire, il tient exclusivement les rênes de la communauté des fidèles et gère toutes les affaires de la communauté. Toute autorité hiérarchiquement inférieure à la sienne dérive nécessairement de la sienne. Toute charge, qu'elle soit temporelle ou religieuse prend sa source dans son commandement.

Pourtant Abu Bakr a du mal à instaurer son autorité. Celle-ci est rapidement contestée et la contestation prend diverses formes. Certaines tribus récemment converties à l'islam contestent le nouveau calife et renoncent à leur appartenance à la religion

[218] Ibn KHALDHOUN*, Muqaddima I*, p.370
[219] *Ibid*,
[220] Ali ABDERRAZIQ, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, Editions la Découverte, Paris, 1994, p.55

musulmane. Il est difficile de savoir quel est réellement l'objet de cette contestation. « *Etait-ce le désir de retrouver la liberté tribale qui était multiséculaire en Arabie, était-ce une opposition à le personne d'Abou Bakr et, à travers lui, aux tribus de La Mecque et à leur tendance hégémonique, spécialement le clan des Quraysh ? Ou était-ce une apostasie réelle de tribus ou de personnes fraîchement converties à l'islam, peut-être sans grande conviction, du bout des lèvres, par simple opportunisme ? Il y avait très probablement un peu de tout cela à la fois* »[221]. Les musulmans qui refusent de se soumettre à l'autorité d'Abu Bakr sont alors considérés comme des apostats. La peine de mort est appliquée aux tribus qui affirment renoncer à leur conversion à l'islam et décident de sortir de la religion musulmane. Mais la même sanction est appliquée aux tribus qui affirment rester musulmanes mais contestent uniquement l'autorité du nouveau Calife et qui refusent de payer l'aumône, *zakat.*[222]

Par la suite, les théologiens ont développé diverses théories sur l'apostasie. Certains jurisconsultes musulmans distinguent deux types de conversion et prescrivent des sanctions différentes.

La première catégorie est la « conversion limitée » qui n'engage que la personne convertie. Ce cas de figure n'entraine pas de sanction. A l'inverse, la deuxième catégorie est la « conversion élargie », c'est-à-dire la conversion d'un individu qui est étendue aux autres. Celle-là mérite une sanction car elle correspond au prosélytisme.[223] Nous verrons plus loin que cette dichotomie, entre la « conversion passive » et la « conversion active » qui est accompagnée d'un prosélytisme est toujours présente dans la législation des Etats de droit musulman étudiés.[224]

Quant à la sanction qui doit être infligée à l'apostat, le Coran ne prescrit rien. Ce sont les juristes musulmans qui ont développé une jurisprudence traditionnelle. En cas de conversion d'un musulman à une autre religion, la peine de mort doit être prononcée pour l'homme et la condamnation à vie pour la femme. Ce principe de base, l'exécution de l'apostat, est commune à toutes les branches de l'islam. Toutefois, les sunnites et les chiites n'appliquent pas les mêmes formalités dans l'exécution de la peine. Selon la

[221] Mohamed CHARFI, *Islam et liberté, le malentendu historique*, Albin Michel, 1998, p.81
[222] Voir Mohamed CHARFI, *op.cit.* pour plus de détails sur l'utilisation de l'apostasie comme outil politique.
[223] Voir Kamran HASHEMI, *op.cit.*, p.29
[224] Ce point sera traité plus bas.

tradition sunnite, un délai de réflexion est accordé à l'apostat pour qu'il se repente. Si durant les trois jours qui lui sont accordés l'apostat se repent, aucune sanction ne lui sera infligée. La jurisprudence chiite est plus complexe car elle distingue deux catégories d'apostats. Ceux qui sont nés musulmans et qui se sont convertis à une religion par la suite (*murtad fitri*) et ceux qui ne sont pas nés musulmans, qui se convertissent à l'islam par la suite, avant de se convertir de nouveau à une nouvelle religion (*murtad milli*). Ceux qui sont nés musulmans et qui commettent l'infraction de la conversion, les *murtad fitri*, n'ont aucun droit de se repentir. Par contre, ceux qui sont devenus musulmans par choix personnel et qui ont ensuite abandonné l'islam pour une autre religion, les *murtad milli* ont un délai de réflexion.[225]

La sanction pénale de l'apostasie est accompagnée de sanctions civiles, particulièrement en matière de droit de la famille. Lorsqu'un individu se convertit à l'islam ou lorsqu'il commet l'apostasie, c'est-à-dire qu'il se convertit de l'islam à une autre religion, cela entraîne une modification de son statut personnel et de la loi applicable en la matière. En matière de droit de la famille, le mariage du converti qui quitte l'islam est dissous, il perd le droit d'hériter d'un musulman, il perd également tous ses droits familiaux tels que la filiation et la garde des enfants. Dans les autres domaines du droit, il perd par exemple le droit de propriété.

La conception traditionnelle est reproduite, plus ou moins fidèlement, par la plupart des Etats de droit musulman qui font l'objet de la recherche.

[225] Pour plus de details, voir Kamran HASHEMI, *op. cit.* pp.36-37

Paragraphe 2 :

Les législations contemporaines

1. Les législations contemporaines du blasphème et de l'hérésie.

L'application de la liberté de religion ne peut pas être totale dans les Etats de droit musulman. Son inscription dans la Constitution est toujours accompagnée de la mention suivante, « dans le respect de l'ordre public et de la morale ». La législation contemporaine des Etats de droit musulman ne fait pas directement référence au blasphème ou à l'hérésie. Ces termes ne se trouvent pas explicitement inscrits dans le Code pénal, à l'exception de l'Arabie Saoudite[226]. Les conceptions susmentionnées concernant le blasphème et l'hérésie se retrouvent dans les condamnations pour trouble à l'ordre public ou atteinte à la morale islamique et dans les discours des hommes politiques. Toutefois, l'accès aux décisions de justice étant limité dans les Etats de droit musulman, il est difficile d'avoir une appréciation quantitative des condamnations pour blasphème et hérésie. On peut noter tout de même deux exemples caractéristiques du manque de liberté de religion dans les Etats de droit musulman. En l'occurrence, ces exemples sont symptomatiques des Etats qui omettent d'inscrire la liberté de religion dans la Constitution.

Le premier exemple concerne le président de l'Initiative pour la Résurgence du Mouvement Abolitionniste en Mauritanie, (IRA). Il a été gardé à vue et détenu avec 11 autres sympathisants de l'organisation pour avoir brûlé plusieurs ouvrages de référence sur les sciences islamiques justifiant l'esclavage. Il a été placé en détention le 29 avril 2012 et a été inculpé le 2 mai 2012 pour « atteinte à la sécurité de l'Etat ». Le cabinet du

[226] Il faut rappeler que l'Arabie Saoudite a une législation très restrictive en matière de liberté de religion. Tout d'abord la liberté de religion n'est pas reconnue dans le Statut fondamental. Ensuite, en tant que gardien des lieux de cultes de l'islam, l'Arabie Saoudite se présente également comme le gardien de l'orthodoxie traditionnel et applique le droit musulman classique à la lettre, et le Coran est la Constitution du pays.

gouvernement a déclaré que l'incinération de livres était un « acte méprisable » tout en annonçant de très lourdes sanctions contre ses « auteurs », plusieurs manifestations ont eu lieu pour dénoncer un acte « de blasphème » et appeler à la peine capitale pour ses auteurs.

Le deuxième exemple montre comment l'Etat peut encadrer la liberté de religion en contrôler les faits et gestes des citoyens. L'Arabie saoudite, qui pour mémoire ne reconnait pas la liberté de religion et n'a pas adhéré au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a créé un Comité pour la promotion de la vertu et la prévention du vice. Ce comité a pour mission de « guider et prévenir le peuple à observer les devoirs religieux prescrit par la charia islamique, et de les prévenir contre les actes proscrits et prohibés par la charia, et éviter que le peuple saoudien adopte des mauvaises habitudes ou des traditions hérétiques ». Pour mener à bien sa mission, le comité dispose d'une « police religieuse » composée de 3500 hommes qui peuvent arrêter toute personne dont les agissements ou la tenue vestimentaire n'est pas en adéquation avec les règles prescrites

Il est difficile d'avoir une bonne appréciation de la législation des Etats de droit musulman en matière de blasphème et d'hérésie. D'une part parce que les dispositions légales en la matière ne mentionnent pas explicitement ces infractions ; d'autre part parce qu'il n'est pas possible d'avoir accès aux décisions de justice dans les Etats de droit qui appliquent ce types de sanctions pénales.

A l'inverse, les dispositions légales en matière d'apostasie sont beaucoup plus nombreuses dans les Etats de droit musulman. La loi fait expressément référence à l'apostasie ou au prosélytisme.

.

2. La législation contemporaine des Etats de droit musulman en matière de conversion.

Selon le droit musulman classique, la conversion d'un musulman à une autre religion est interdite. A l'origine cette sanction est créée par le besoin de protéger la communauté musulmane. Cet argument est également celui défendu aujourd'hui par les Etats de droit musulman pour justifier les limitations qui sont imposées à la liberté de religion dans leur législation. Lors de la visite du rapporteur spécial des droits de l'homme, Abdelfattah Amor au Soudan, les représentants du Soudan ont précisé que « *la conversion était reconnue pour les musulmans mais ne devait pas être manifestée afin de ne pas porter atteinte à l'ordre public* »[227] c'est pourquoi « *l'acte de conversion n'est pas passible de sanction en soi. Mais toute manifestation de l'apostasie qui constitue une menace pour l'ordre public est passible de sanction* »[228]. De même, le représentant de l'Egypte explique que les restrictions à la liberté de religion « *s'imposent pour des questions de sécurité, d'ordre, de santé publique et de morale* »[229]. Ces restrictions sont de deux ordres. Certains Etats de droit musulman sanctionnent explicitement l'apostasie : le Code pénal dispose ainsi que l'acte de se convertir est une infraction pénale et prévoit une sanction (a). D'autres législations sont moins explicites et ne sanctionnent pas directement l'apostasie. Toutefois, l'apostat perd ses droits civils et civiques (b).

[227] Doc. UN. A/51/542/Add.2, paragraphe 49
[228] Doc. UN. CCPR/C/SR.1629, paragraphe 14
[229] Doc. UN. CCPR/C/EGY/2001/3

a. Les restrictions à la liberté de religion par une condamnation pénale de l'apostasie

Il n'existe pas de consensus quant à l'interprétation du Coran. Les lectures et interprétations du Coran divergent selon l'école de pensée à laquelle appartient le jurisconsulte. Et les contradictions s'accentuent lorsqu'il est question de sujets pour lesquels le Coran n'apporte pas de réponse, telle l'apostasie. Selon une « *interprétation authentique de l'islam* »[230], la conversion d'un musulman à une autre religion ne peut pas être acceptée et doit être sanctionnée.

Cette théorie est une entrave directe à la liberté de changer de religion telle que définie par l'article 18 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme. Comme nous l'avons mentionné plus haut, sous la pression des Etats de droit musulman, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été modifié. L'incompatibilité entre la liberté de changer de religion et l'interdiction de quitter l'islam a entrainé une atténuation de la liberté de religion. Alors que l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme explicitement que ce droit entraine le droit de changer de religion, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne le mentionne plus. Il est à noter tout de même que le comité des droits de l'homme a interprété l'article 18 du Pacte comme entrainant le droit de changer de religion. Toutefois, cet élément ne se retrouve pas dans la législation des Etats de droit musulman.

Les Constitutions ou les différents Codes, civil ou pénal, des Etats de droit musulman sont très rares à condamner directement l'apostasie. Les Etats qui font explicitement référence à l'apostasie dans leur législation sont les Etats qui n'ont pas reconnu la liberté de religion comme une liberté fondamentale inscrite dans la Constitution. On peut citer pour exemple la Mauritanie et le Yémen. D'autres Etats comme la République islamique d'Iran et l'Arabie Saoudite n'ont pas inscrit la condamnation pour apostasie dans une loi, mais les tribunaux sont autorisés à se référer

[230] Expression du représentant du Soudan, voir note 3

au droit musulman classique pour combler les lacunes de la loi et ainsi ils sont autorisés à condamner à mort les apostats. Ces Etats interdisent tous la conversion d'un musulman.

Les autres Etats de droit musulman sanctionnent la publicité ou la propagande qui est faite autour de la conversion d'un musulman. Le premier cas de figure, que l'on pourrait appeler la « conversion passive », n'est pas sanctionné en soi. Si un musulman quitte l'islam pour une autre religion, il ne commet pas une infraction pénale. Les sanctions relèvent du droit civil, plus précisément des statuts personnels et non du droit pénal. Tandis que dans le deuxième cas de figure, la « conversion active », la conversion du musulman est accompagnée d'une publicité, volontaire ou non. Dans ce cas les juristes musulmans condamnent l'acte comme étant un prosélytisme destiné à faire naître le doute dans l'esprit d'un musulman.

Les Etats qui sanctionnent les cas de « conversion passive » sont très rares. On peut citer pour exemple l'Arabie Saoudite, la Mauritanie, la République islamique d'Iran et le Yémen.

Les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 306 du Code pénal de Mauritanie disposent que « *Tout musulman coupable du crime d'apostasie, soit par parole, soit par action de façon apparente ou évidente, sera invité à se repentir dans un délai de trois jours* (§2). *S'il ne se repent pas dans ce délai, il est condamné en tant qu'apostat, et ses biens seront confisqués au profit du trésor. S'il se repent avant l'exécution de cette sentence, le parquet saisira la Cour suprême, à l'effet de sa réhabilitation dans tous ses droits, sans préjudice d'une peine correctionnelle prévue au paragraphe 1^er^ du présent article* (§ 3). *Toute personne coupable du crime d'apostasie (Zendagha) sera, à moins qu'elle ne se repente au préalable, punie de la peine de mort* (§ 4).». Lors du rapport rendu par la République islamique de Mauritanie à la Commission des droits de l'homme en 1991, le gouvernement mauritanien justifie les restrictions à la liberté de religion de la manière suivante. *« La religion musulmane, qui joue un rôle important dans le maintien de la sécurité et de la stabilité, est une foi intègre et toute personne qui l'embrasse par sa propre volonté doit en accepter les enseignements, y compris les règles relatives à l'apostasie, qui renforcent les fondements de la société fondée sur elle. L'apostasie de la religion, qui garantit les libertés et la sécurité, la stabilité et la justice sociale, est considérée comme une haute trahison et tout le monde est au fait des sanctions que les Etats imposent pour ce type d'infraction, ce qui menace leur existence même. Alors même que cette religion ne contraint personne à l'embrasser, elle ne tolère pas la*

duplicité à son égard, ou l'apostasie, ce qui est incompatible avec la sacro-sainte nature de religion divine fondée sur des principes immuables. Les préceptes de cette religion ne peuvent pas être modifiés, depuis la loi sainte sur laquelle elle est fondée, elle comporte des principes moraux dans lesquels notre société croit, et toute personne qui les a violés soulève l'indignation sociale. Par conséquent, l'apostasie constitue l'une des infractions les plus graves contre l'ordre public et la moralité établie par cette religion »[231]. Parmi les règles qu'un musulman n'a pas le droit violer, sous peine de condamnation pour apostasie, il est important noter que le Code pénal prévoit le refus pour un musulman de reconnaître l'obligation de la prière[232]. Ainsi, dans le droit pénal mauritanien, l'apostat n'est pas uniquement la personne qui se convertit à une autre religion, il peut aussi s'agir d'une personne qui remet en cause les principes essentiels de l'islam.

L'apostasie est également interdite par le droit yéménite. L'article 12 du Code pénal prévoit la peine de mort pour tout apostat. Dans deux rapports différents rendus par l'Etat du Yémen à la Commission des droits de l'homme, le représentant du Yémen a rejeté la liberté de changer de religion par les justifications suivantes. « *Les Yéménites sont des adeptes de l'islam, qui est la religion officielle de l'Etat, la Constitution elle-même découlant de l'esprit de cette religion vraie. Le Yémen épouse donc le point de vue des autres Etats islamiques, à savoir qu'il croit en la liberté de conscience et de religion, tout en estimant qu'adopter une autre religion et le faire savoir serait une source de discorde qui compromettrait gravement la stabilité sociale et la sécurité. Le Gouvernement étant convaincu de l'importance de l'attachement à la religion islamique, la liberté de conscience et de religion réside au cœur même de l'individu qui sait que la religion de Dieu c'est l'islam. Celui-ci précise les conditions requises pour adhérer à la foi et y renoncer. Les individus sont dotés de libre arbitre, celui-ci étant le fait et le don de Dieu* »[233].

En Iran, le Code pénal ne condamne pas directement l'apostasie. En 2008 le parlement iranien a voté une loi qui permet de punir l'apostasie par la peine capitale. Le projet de loi prévoit en son article 225-7 que la sanction pour le crime d'apostasie est la mort ; et l'article 225-8 dispose que l'apostat a un délai de trois jours pour renoncer à son apostasie, passé ce délai, s'il poursuit dans son « *incrédulité* », la peine de mort sera prononcée ; l'article 112 du projet de loi organise de plus une compétence extraterritoriale

[231] Doc. UN E/CN.4/1991/56
[232] Article 306 alinéa 7 du Code pénal de Mauritanie.
[233] Rapport, U.N.Doc.CCPR/C/YEM/2004/4, paragraphe 354 et Rapport U.N.Doc.CCPR/C/YEM/2001/3, paragraphe 106

puisque tous les actes de renoncement à l'islam, qu'il soit commis à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Iran peut être condamné par les juges iraniens. De nombreuses associations de défense des droits de l'homme, de même que les Nations Unies et la représentante de l'Union européenne, Madame Catherine Ashton, ont demandé à l'Iran de ne pas inclure ces dispositions dans le Code pénal. Bien que les protestations aient eu gain de cause et que l'Iran n'a finalement pas légalisé la condamnation à mort pour apostasie, les exécutions d'apostats se poursuivent. En se basant sur l'article 4 de la Constitution aux termes duquel « *toutes les lois et tous les règlements de droit civil ou pénal (…) devront se fonder sur des critères islamiques* » le législateur autorise les juges à s'appuyer sur des sources religieuses, non codifiées, ou sur des fatwas émises par des clercs chiites de haut rang, pour condamner un apostat à la peine de mort. Malheureusement, dans la mesure où les dispositions qui servent de fondement à une condamnation à mort ne sont pas codifiées, il est très difficile de justifier juridiquement que les condamnés à mort l'ont été pour apostasie. On ne peut que constater les faits, comme la condamnation à mort en 2010 d'un pasteur chrétien.

Le cas de l'Arabie Saoudite est similaire en ce sens que les tribunaux peuvent se fonder sur le droit musulman classique non codifié. Néanmoins une différence distingue l'Iran de l'Arabie Saoudite. La Constitution iranienne reconnait au législateur le pouvoir d'édicter des règles qui s'imposent aux citoyens et aux autorités. A l'inverse, le Statut fondamental saoudien ne reconnaît pas de pouvoir législatif. L'article 44, qui organise les pouvoirs, dispose que les « *pouvoirs de l'Etat comprennent le pouvoir judiciaire, le pouvoir exécutif, et le pouvoir réglementaire* ». Cette disposition s'explique par la théorie constitutionnelle saoudienne selon laquelle la Constitution du pays est le Coran et le seul législateur est Dieu. Personne n'est habilité à modifier les prescriptions divines, et ces dernières s'appliquent sans qu'il soit nécessaire de légiférer. Le pouvoir réglementaire n'intervient que pour des domaines pour lesquels il n'a pas été ordonné de prescriptions spécifiques. On trouve ainsi un règlement relatif à la circulation routière ou encore un règlement en matière de télécommunications. Ainsi, dans les domaines dans lesquels le droit musulman classique a déjà légiféré, il y a lieu de les appliquer sans les modifier. L'article 48 de la Constitution dispose que « *les tribunaux appliquent aux affaires qui leur sont soumises, les dispositions de la Chari'a islamique, conformément à ce qui est indiqué dans le Livre et la Sunna et aux règlements pris par le Souverain qui ne sont pas incompatibles avec le Livre et la Sunna* ». En se

fondant sur cette disposition, les tribunaux saoudiens appliquent les règles du droit musulman classique relatives à l'apostasie. Ainsi, les apostats sont condamnés à l'exécution dans le régime juridique saoudien.

S'il est difficile de savoir la pensée profonde qui pousse le législateur ou le constituant d'un Etat à autoriser la condamnation à mort pour apostasie, il faut remarquer que les quatre Etats mentionnés ici ont un point commun qui les distingue des autres Etats de droit musulman. Ces quatre Etats, Arabie Saoudite, Iran, Mauritanie et Yémen, sont tous les quatre définis comme des Etats islamiques par leur Constitution. L'article 1er de ces quatre Etats dispose que l'Etat est un « Etat islamique ». En tant qu'Etat islamique, les autorités publiques ont l'obligation d'appliquer les règles religieuses et de permettre que ces dernières soient appliquées par la population. Concernant l'Iran et l'Arabie Saoudite, un argument supplémentaire peut justifier la législation relative à l'apostasie. Dans les deux situations, le pouvoir a fondé sa légitimité sur son rôle de gardien d'une tradition religieuse. Le pouvoir saoudien est à la fois le gardien des lieux saints de l'islam et à la fois le promoteur d'une doctrine religieuse très stricte, le wahhabisme. L'article 23 du Statut fondamental dispose notamment que « *l'Etat protège le dogme de l'Islam* ». De même, Khomeiny a fondé la République islamique d'Iran en tant que défenseur de la doctrine chiite. Ce rôle de gardien leur confère d'une part le devoir de protéger la religion dans une orthodoxie pure, et d'autre part il leur donne le pouvoir d'appliquer une « éradication » de tout élément qui viendrait semer le doute dans l'esprit des croyants musulmans. En condamnant à mort les apostats, les autorités préservent l'unité de la communauté.

Les législations des autres Etats de droit musulman sont moins sévères et ne sanctionnent pas l'acte de quitter l'islam, mais la publicité qui pourrait en être faite.

Par exemple l'article 126 du Code pénal soudanais dispose que « *1. Commet le délit d'apostasie tout musulman qui fait de la propagande pour la sortie de la nation de l'islam (millat al-islam) ou qui manifeste ouvertement sa propre sortie par un dire explicite ou par un acte ayant un sens absolument clair. 2. Celui qui commet le délit d'apostasie est invité à se repentir pendant une période déterminée par un tribunal. S'il persiste dans son apostasie et n'a pas été récemment converti à l'islam, il sera puni de mort. 3. La sanction de l'apostasie tombe si l'apostat se rétracte avant l'exécution* ». Lors de la visite du rapporteur spécial Abdelfattah Amor, les représentants du Soudan ont apporté les justifications suivantes à cette sanction pénale. « *M. Tourabi et le Conseil consultatif des droits de l'homme ont déclaré que la conversion était reconnue pour les musulmans mais ne devait pas être manifestée afin de ne pas porter atteinte à l'ordre public* »[234]. De plus, au paragraphe 14 du rapport remis au comité des droits de l'homme il est inscrit que : « *En ce qui concerne les sanctions islamiques dont sont passibles l'apostasie et certains autres délits du même type (connus sous le nom de hudud ou gisas) ce ne sont pas des inventions du gouvernement soudanais, ce sont des sanctions obligatoires sous l'effet d'une interprétation authentique de l'islam, même si certains pays islamiques ne les pratiquent pas. De l'avis de M. El Mufti, ces sanctions sont en fait l'expression de la liberté de religion. L'application des sanctions en question est parfaitement organisée et de nombreuses garanties empêchent l'erreur de jugement. En vertu de la loi pénale de 1991, l'apostasie, c'est-à-dire l'acte de conversion, n'est pas passible de sanction en soi. Mais toute manifestation d'apostasie qui constitue une menace pour l'ordre public est passible de sanction. […]* »[235]. Un autre membre de la délégation soudanaise fait le même constat suite à une étude qu'il a réalisée. *« D'après sa propre étude du droit islamique, M. El Radi conclut que l'apostasie, par exemple, n'est pas un délit hadd. L'individu peut changer de religion à condition, ce faisant, de ne pas créer de danger pour l'Etat ni pour la collectivité. S'il franchit cette ligne de démarcation, il est alors passible de poursuites. Le délit s'apparente en quelque sorte à la haute trahison, reconnue dans le monde entier comme appelant sanction* »[236]. L'argument utilisé par les autorités des Etats de droit musulman pour justifier les condamnations pour apostasie est le même que celui qui a justifié la création de cette peine au temps des califes. Il s'agit pour les autorités de protéger l'ordre public et l'unité de la communauté. Toutes les idées progressistes, qui pourraient remettre en cause l'orthodoxie officielle, et créer un doute au

[234] Doc NU : A/51/542/Add.2, paragraphe 49
[235] Doc NU : CCPR/C/SR.1629 de la 72ième session du Comité des droits de l'homme, paragraphe 14
[236] CCPR/C/SR.1629 de la 72ième session du comité des droits de l'homme, paragraphe 39

sein des croyants, peuvent être considérées comme de l'apostasie. C'est sur ce fondement que l'intellectuel, Mahmoud Mohamed Taha a été pendu le 15 janvier 1985 au Soudan. Il est connu pour avoir proposé une interprétation progressiste du Coran, sans remettre en cause l'authenticité de la Révélation.

Un autre exemple est le Code pénal marocain qui punit également le fait de chercher à « ébranler la foi d'un musulman ». L'article 220 du Code pénal prévoit qu' « *Est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 100 à 500 dirhams, quiconque emploie des moyens de séduction dans le but d'ébranler la foi d'un musulman ou de le convertir à une autre religion, soit en exploitant sa faiblesse ou ses besoins, soit en utilisant à ces fins des établissements d'enseignement, de santé, des asiles ou des orphelinats. En cas de condamnation, la fermeture de l'établissement qui a servi à commettre le délit peut être ordonnée, soit définitivement, soit pour une durée qui ne peut excéder trois ans* ». Le rapport rendu par le Royaume du Maroc à la Commission des droits de l'homme en 2004 explique la législation concernant l'apostasie par la volonté de protéger la « *foi contre tout ce qui peut porter atteinte au sentiment religieux des musulmans* ». Ainsi peut-on lire dans le rapport que « *la Constitution dispose dans son article 5 que tous les Marocains sont égaux devant la loi. De plus, elle garantit à tous les citoyens, et dans les mêmes conditions, l'exercice et la jouissance des droits et des libertés publiques, ainsi que la participation à la vie politique, sociale, culturelle et économique sans distinction d'aucune sorte. Les membres de la communauté juive sont considérés comme des citoyens marocains à part entière. Ils bénéficient de l'ensemble de leurs droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. De même, les chrétiens exercent librement leur culte sans aucune discrimination. Dans ce même esprit de tolérance propre à l'islam, la communauté juive marocaine jouit de l'application à ses membres de leur propre statut personnel par leurs propres magistrats qui siègent auprès des tribunaux marocains. L'islam est la religion d'Etat, de par les dispositions de l'article 6 de la Constitution, et, de ce fait, les valeurs religieuses musulmanes font partie de l'ordre public. C'est ainsi que la législation marocaine a toujours cherché à protéger la foi contre tout ce qui peut porter atteinte au sentiment religieux des musulmans. Ainsi, la loi pénale réprime la tentative d'ébranler la foi d'un musulman ou de la convertir à une autre religion. (Code pénal, art.220 et suiv.)* »[237]. Bien que le Code pénal marocain ne prévoit pas de condamnation pour l'apostasie, les convertis, ceux qui quittent l'islam pour une autre religion, sont néanmoins condamnés à des peines de prison. La politologue Marguerite Rollinde affirme que « *l'absence de loi écrite condamnant*

[237] Rapport U.N.Doc.CCPR/C/MAR/2004/5, paragraphes 216 et suivants

l'apostasie ne constitue pas une raison pour qu'elle ne soit pas punissable »[238]. En effet, plusieurs affaires prouvent que la conversion est sanctionnée par les tribunaux marocains. Par deux fois, les bahá'ís[239] ont été condamnés pour « *ébranlement de la foi et conversion à une autre religion* ». Tout d'abord, dans les années 1960. Lors d'un procès qui s'est tenu le 10 décembre 1962, le Tribunal de Nador a condamné trois bahá'ís à la peine de mort et d'autres à la perpétuité pour apostasie. La décision du Tribunal de Nador a même provoquée la réaction du Ministre de l'intérieur de l'époque, Ahmed Réda Guédira car « *apparemment, il semblerait que des inculpés aient été punis –et de quelles peines- sans que les 'cas et formes' aient été expressément prévus par la loi, car quelle est au Maroc la loi écrite prévoyant et punissant de mort l'atteinte à la foi religieuse ?* »[240]. Cette décision a toutefois été cassée par un arrêt de la Cour suprême du 11 décembre 1963 pour violation de l'article 3 du Code pénal aux duquel « *Nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme une infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées* ». Depuis cet arrêt de la Cour suprême, les condamnations des convertis ne mentionnent plus l'apostasie mais le prosélytisme ou l'ébranlement de la foi d'un musulman. Ainsi, par un jugement du 21 février 1984, le Tribunal de première instance de Casablanca a condamnés des bahá'ís à trois de prison pour « *ébranlement de la foi et conversion à une autre religion, entrave volontaire à l'exercice d'un culte, trouble à l'ordre public et formation d'association »*[241]. Dans deux affaires plus récentes, des convertis au christianisme ont été condamnés par la justice marocaine. Le Tribunal correctionnel de Casablanca a condamné le 29 octobre 1993, un converti au christianisme pour prosélytisme[242]. Ce dernier avait été arrêté par la police en possession d'ouvrages sur la religion chrétienne. Il sera relaxé après avoir accepté de retourner à l'Islam. Dans un deuxième jugement, le Tribunal de Goulimine a condamné un converti au christianisme, à un an de prison pour prosélytisme. La même personne a été condamnée le 28 décembre 2003 par le Tribunal de première instance d'Agadir à quinze ans de prison pour prosélytisme et pour destruction de biens d'autrui. Les juges lui ont reproché d'avoir déclaré qu'il est le fils du Christ et qu'il souhaite que tous les marocains

---

[238] Marguerite ROLLINDE, *Le mouvement marocain des droits de l'homme : entre consensus et engagement citoyen*. Karthala, 2002, pp.96-97

[239] Les bahá'ís sont les adeptes de Bahá'u'lláh, fondateur de la foi bahá'íe au milieu du XIXe siècle. Dans de nombreux Etats de droit musulman, la foi bahá'íe est considérée comme une hérésie car elle est une religion post-islamique.

[240] Ahmed REDA GUERIDA, dans le quotidien *Les Phare*s, édition du 21 décembre 1992

[241] Tribunal de première instance de Casablanca, n°915 du 21 février, confirmée par un arrêt de la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Casablanca, n°5938, du 13 août 1984, affaire n°1448/84

[242] Dossier n°919/95, voir Mériem AZDEM, *Prosélytisme et liberté de religion dans le droit privé marocain*, Mémoire de Droit privé, Université Hassan II de Mohammedia, 2006-2007

deviennent chrétiens.[243] Ainsi, bien que la Code pénal ne condamne pas expressément l'apostasie, l'article 220 du Code pénal permet de condamner pour prosélytisme tous les convertis à une autre religion que l'islam dont les actes ou les paroles permettent de les identifier comme tels.

A l'exception de quelques rares Etats de droit musulman, tels l'Arabie Saoudite, la Mauritanie, l'Iran ou le Yémen, les Etats de droit musulman n'ont pas élaboré de législation qui soit explicitement en contradiction avec la liberté de religion telle que définie par les dispositions internationales. Dans les rapports remis par les Etats à la Commission des droits de l'homme, les Etats de droit musulman se défendent toujours d'appliquer une législation contraire à l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Au contraire, à l'exemple du Koweït ou de l'Iran, les Etats prouvent qu'ils n'enfreignent pas les dispositions internationales en matière de liberté de religion puisque des personnes qui ont quitté l'islam n'ont pas été exécutées. Lorsque le représentant du Koweït est interrogé sur l'application de la liberté de religion dans le gouvernement, ce dernier répond : « *A ce propos, il convient de relever le cas de Robert Kambar, citoyen koweïtien, qui a renié l'Islam. Ce cas a eu un profond retentissement national et international. Toutefois, l'intéressé n'a fait l'objet d'aucune menace de la part de l'Etat ou des citoyens. Cet incident témoigne concrètement du respect dont le Koweït entoure le droit absolu d'adopter, de manifester et de pratiquer une religion dans le pays* »[244]. De même, le représentant iranien dans un rapport de 1996 justifie le respect de la liberté de religion par la République islamique d'Iran par l'annulation de la sentence à mort prononcée à l'encontre d'un apostat[245] et non par l'absence d'une telle sanction.

[243] Ibid

[244] Rapport présenté le 8 décembre 1999, Doc. UN. CCPR/C/120/Add.1, paragraphe 236

[245] Rapport: Doc. UN. E/CN.4/1996/95/Add.2, paragraphe 21 : « En ce qui concerne la reconnaissance du droit de changer de religion, les interlocuteurs officiels ont précisé que l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaissait expressément la conversion, que les pays islamiques avaient exprimé des réserves à ce sujet et que l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne faisait pas référence à la conversion. Il a été indiqué que conformément au Code civil, la conversion n'était pas un crime et personne n'a été châtié en raison de sa conversion, tel qu'illustré par le cas du Pasteur Dibaj, un musulman converti et condamné à mort pour apostasie, mais dont le procès fut révisé. »

Comme il est souligné dans ces rapports, la liberté de religion n'est pas restreinte par des sanctions pénales. Toutefois, des restrictions d'ordre civil peuvent entourées la liberté de religion et restreindre son champ d'application.

b. Les restrictions à la liberté de religion par la perte des droits civils et civiques.

En matière de statut personnel, les Etats de droit musulman appliquent toujours le principe de personnalisation des lois. La règle qui s'applique est celle de la loi religieuse de l'individu. A l'exception de la Jordanie et de la Syrie qui ont conservé des tribunaux religieux, les Etats de droit musulman ont unifié le système judiciaire mais pas la législation. Ainsi, les citoyens sont tous justiciables devant des tribunaux uniques, mais les lois applicables sont différentes selon la communauté religieuse à laquelle appartiennent les parties. Ce système est égalitaire tant que les deux parties appartiennent à la même communauté religieuse. Lorsque l'une des parties est musulmane et l'autre non, la législation organise une primauté de la loi musulmane sur les autres. Bien que la majeure partie des Constitutions des Etats de droit musulman affirme l'égalité entre tous les citoyens, sans distinction de religion, en matière de statut personnel, l'égalité n'est pas totale en matière civile lorsque qu'un non-musulman est confronté à un musulman.

Le domaine des statuts personnels demeure dans les Etats de droit musulman un domaine juridique non sécularisé. L'ensemble des dispositions qui s'appliquent en la matière est fondé sur le droit musulman classique. A l'exception de la Tunisie qui a totalement sécularisé le droit de la famille, tous les Etats de droit musulman appliquent les règles du droit musulman classique. Or ce dernier organise plusieurs empêchements religieux au mariage, à la succession ou encore à la filiation. En matière de mariage, le droit musulman autorise le musulman à épouser une femme non-musulmane (chrétienne

ou juive)[246], mais une femme musulmane n'a pas le droit d'épouser un non-musulman. En matière de succession, la différence de religion est une cause d'empêchement. Les Professeurs Milliot et Blanc expliquent cet empêchement par la crainte de voir s'enrichir les communautés non-musulmanes, au détriment des musulmans. [247] De même, en matière de filiation, un non-musulman n'est pas autorisé à adopter un musulman.

Par extension, ces empêchements religieux sont appliqués à l'apostat dans la législation contemporaine des Etats de droit musulman. La dissolution pour cause de conversion peut être explicitement prévue par les textes à l'exemple du Yémen[248] et du Koweït[249];[250] ou cela peut relever du pouvoir d'appréciation du juge. Certains législations prévoient qu'un époux peut demander la dissolution du mariage lorsque les torts de l'autre conjoint rendent impossible la vie commune ou en raison du préjudice qu'a pu subir l'un des époux. Pour exemple, les législations soudanaise, égyptienne, tunisienne ou encore syrienne, accordent aux juges le pouvoir d'apprécier si les faits relèvent d'un tort qui rend la vie commune impossible ou si le conjoint qui demande la dissolution subit un préjudice grave[251]. De manière générale, dans la mesure où les juges sont autorisés à combler les lacunes de la loi par le droit musulman classique, il est fréquent que les

[246] Dans le Coran il est interdit à l'homme musulman d'épouser une femme païenne, Sourate II, verset 221, « *N'épousez pas les femmes polythéistes avant qu'elles croient* ». Cette restriction n'est plus appliquée par les Etats de droit musulman.

[247] MILLIOT Louis et BLANC Françoi-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p.491

[248] Les articles 26 et 29 du Code de la famille yéménite posent les restrictions au mariage. L'article 26 autorise le mariage d'un musulman avec une non-musulmane seulement si elle appartient à une religion du Livre. L'article 29 interdit le mariage entre une femme musulmane et non-musulman. L'article 26 interdit également le mariage entre un musulman ou une musulmane et un apostat. Quant aux articles 46 et 49, ils posent la règle de la dissolution du mariage en cas d'apostasie d'un des époux.

[249] L'article 18 du Code de la famille koweïtien mentionne les conditions de validation du mariage et dispose que « *N'est pas conclu le mariage : 1. De la musulmane avec un non-musulman ; 2. D'un musulman avec une non-scripturaire ; 3. De l'apostat ou de l'apostate qui quitte l'islam, même si l'autre conjoint est non-musulman* ». L'article 143 précise les conditions de dissolution du mariage : « 1. *Lorsque les deux époux non-musulmans se convertissent simultanément à l'islam, leur mariage est maintenu. 2. Lorsque le mari se convertit à l'islam et que sa femme est monothéiste : le mariage est maintenu. Si par contre la femme est non monothéiste, elle est invitée à devenir musulmane. Au cas où elle se convertit à l'islam ou à une religion monothéiste, le mariage est maintenu ; si elle refuse, le mariage est dissous. 3. Lorsque la femme devient musulmane : son mari est invité à devenir musulman s'il est capable de le devenir Au cas où il se convertit à l'islam, le mariage est maintenu ; s'il refuse, le mariage est dissous. Lorsque le mari est incapable, le mariage est dissous immédiatement, si la conversion de la femme à l'islam a lieu avant la consommation du mariage. Au cas où sa conversion a lieu après la consommation le mariage est dissous après la fin de la retraire.* Article 145 dispose également que « 1.*Si le mari apostasie, le mariage est dissous. Mais s'il apostasie après la consommation du mariage et qu'il revient pendant la retraite d la femme, la dissolution est annulée et la vie conjugale est rétablie.2. Si la femme apostasie, le mariage n'est pas dissous* ».

[250] L'article 32 du Code algérien de la famille du 9 juin 1984 faisait expressément de l'apostasie une cause de nullité du mariage : « *Le mariage est déclaré nul … si l'apostasie du conjoint est établie* ». Cette disposition a été supprimée par la réforme du 27 février 2005

[251] Article 14 de la circulaire soudanaise n°17, de 1916 ; article 6 de la loi égyptienne du 10 mars 1929 ; article 112 du Code de statut personnel syrien ; article 31-2 du Code du statut personnel tunisien. Cette disposition se retrouve également dans d'autres législations : article 92 alinéa 2 du Code marocain de la famille ; Article 53 alinéa 10 du Code algérien de la famille ; Article 102 du Code du statut personnel mauritanien.

tribunaux prononcent la dissolution du mariage pour préjudice ou pour tort lorsque l'un des conjoints est un apostat.[252] De même, en matière de succession, puisqu'un non-musulman ne peut pas hériter d'un musulman, un apostat perd son droit à la succession des membres de sa famille. La Cour de cassation égyptienne l'a affirmé, l'apostasie empêche l'apostat de se remarier et tous les liens de sang avec ses enfants sont rompus. L'affaire la plus connue est celle du professeur Abu-Zayd de l'Université du Caire qui a professé une interprétation libérale du Coran. Il a été poursuivi devant les tribunaux pour apostasie, et la Cour de cassation a confirmé le 5 août 1996 sa condamnation pour apostasie, obligeant du coup le condamné à divorcer de sa femme car une musulmane ne peut pas épouser un apostat. Le couple s'est finalement enfui de l'Egypte.

De manière générale, les règles de statut personnel concernant l'apostat sont les mêmes que celles relatives aux non-musulmans.

[252] Par exemple, l'article 222 du Code algérien de la famille dispose que « *en l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la Chari'a* » et l'article 1 alinéa 2 du Code civil algérien dispose que « *en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman, et à défaut, selon la coutume* ».

CHAPITRE 2 :

L'encadrement de la liberté de religion des non-musulmans.

Selon une analyse pertinente du Rapporteur spécial, Abdelfattah Amor[253], on peut dégager six catégories d'atteintes à la liberté de religion. Une première catégorie est composée des atteintes au principe de non-discrimination. Nous l'avons démontré plus haut, certaines Constitutions évitent soigneusement d'inscrire la religion dans l'article relatif à la non-discrimination des citoyens. La deuxième catégorie regroupe les atteintes au principe de tolérance. On dénombre dans cette catégorie, les actions en justice contre des enseignants pour des écrits non conforme à l'idéologie développée par l'Etat ou les menaces contre certaines minorités religieuses. La catégorie suivante intègre les atteintes à la liberté de pensée, de conscience et de religion ou de conviction. L'interdiction de changer de religion et les sanctions qui accompagnent le changement de religion font partie intégrante de cette troisième catégorie. La quatrième catégorie concerne les atteintes à la liberté de manifester sa religion. Il peut s'agir d'un contrôle exercé par l'Etat sur les activités religieuses ou de restrictions ou d'interdictions de manifestations publiques ou simplement l'interdiction du prosélytisme. La catégorie suivante a trait aux atteintes à la liberté de disposer de biens religieux. Certains Etats organisent des obstacles administratifs à l'acquisition de biens et d'ouvrages pour certaines communautés religieuses, ou de la fermeture des lieux de cultes par les autorités. Enfin, la sixième catégorie regroupe les atteintes au droit à la vie, à l'intégrité physique et à la santé des personnes. Dans de nombreux pays, de nombreux cas d'arrestations arbitraires, de mauvais traitements, de détention ou de menace ont été rapportés.

Bien que les six catégories ne soient pas simultanément et systématiquement mises en jeu dans les Etats de droit musulman, toutes ces atteintes à la liberté de religion peuvent être relevées. On peut distinguer deux situations discriminatoires.

La première concerne les « gens du Livre ». Bien que la liberté de religion de ces derniers soit restreinte par de nombreuses limites, la reconnaissance constitutionnelle du groupe minoritaire leur accorde un statut juridique et une existence juridique. On peut

[253] Rapport présenté par le Rapporteur spécial, le Doyen Abdelfattah Amor, intitulé, *Application de la déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondée sur la religion ou la conviction*, Doc. UN. E/CN.4/1997/91 du 30 décembre 1996

donc dire que la liberté de religion des « gens du Livre » est reconnue par les Etats de droit musulman, mais qu'elle subit de nombreuses violations.

A l'inverse, la deuxième situation discriminatoire est celle que subissent les minorités religieuses non-reconnues. Dans la majeure partie des Etats de droit musulman, l'individu est identifié par son appartenance à une communauté religieuse. En matière de statut de personnel, par exemple, comme nous l'avons déjà mentionné, le système est basé sur le principe de la personnalité des lois. L'individu peut bénéficier et faire appliquer les lois de sa propre religion devant les tribunaux. Mais l'appartenance à une communauté religieuse a un impact sur tous les aspects de la vie d'un citoyen, de l'obtention des papiers d'état civil et de carte d'identité, à l'ouverture d'un commerce, en passant par l'autorisation d'être enterré dans un cimetière et l'inscription à l'école ou à l'université. A chaque étape de sa vie, un individu doit préciser sa religion. S'il s'agit d'une religion officielle et reconnue, alors le citoyen peut revendiquer ses droits. Dans le cas contraire, l'individu n'a aucune existence juridique et donc aucun droit. On observe qu'une minorité non-musulmane est particulièrement concernée par ce problème, la communauté bahá'ìe[254].

Il convient donc de distinguer les atteintes à la liberté de religion des « Gens du Livre » (Paragraphe 1) de l'inexistence de la liberté de religion des bahá'ìs (Paragraphe 2).

[254] Le droit musulman classique fait une distinction entre les « gens du Livre » et les autres non-musulmans. Les grandes religions qui sont apparues avant l'islam sont mentionnées dans le Coran et bénéficient à cet égard du statut de minorités protégées, les *dhimmis*. A l'inverse, toutes les croyances et religions qui sont apparues après l'islam ou qui ne sont pas mentionnés dans le Coran ne bénéficient d'aucune reconnaissance légale. Ainsi les bouddhistes et les hindous, bien qu'étant des religions préislamiques, subissent des discriminations dans certains Etats de droit musulman. Toutefois, notre attention va se porter sur une communauté en particulier, la communauté bahá'íe. Cette religion est apparue après l'islam, en 1844. De ce fait, les bahá'ís sont considérés comme des apostats par les Etats de droit musulman. Mais leur situation ne doit pas être confondue avec celle des musulmans qui se convertissent au christianisme ou au judaïsme. Car la foi bahá'íe doit être considérée comme une religion scripturaire, au même titre sur le christianisme et le judaïsme. Contrairement à ce qui est affirmé par les autorités musulmane, la foi bahá'íe n'est pas une branche de l'islam qui ne reconnaît pas l'orthodoxie officielle. Cette religion a un livre saint spécifique et des principes spirituels qui lui sont spécifiques. Les juridictions égyptiennes ont notamment confirmé l'indépendance de la foi bahá'íe par rapport à l'islam. C'est pour ces raison que la situation des bahá'ís n'est pas traitée dans le point sur l'apostasie. Car bien que les autorités des Etats de droit musulman les condamnent pour apostasie, les bahá'ís représentent bien une minorité non-musulmane, à part entière, au même titre que les juifs, les chrétiens ou encore les zoroastriens. De plus, dans certains Etats de droit musulman la communauté bahá'íe représente une des minorités les plus importante quantitativement, et pourtant les autorités refusent de leur accorder une reconnaissance officielle. C'est pourquoi un paragraphe sera accordé spécifiquement au manque de liberté des bahá'ís dans certains Etats de droit musulman.

Paragraphe 1 :

Les atteintes à la liberté de religion des « gens du Livre ».

Le droit musulman reconnaît l'égalité des citoyens sans discrimination basée sur la religion. Le principe est par ailleurs inscrit dans la majeure partie des Constitutions. Le principe de la reconnaissance constitutionnelle des minorités non-musulmanes par les Etats de droit musulman est hérité du droit musulman classique qui reconnaît le statut de *dhimmi*. Toutefois, ce statut accorde bien des droits aux non-musulmans, mais il les soumet surtout à des obligations à l'égard de l'autorité. Dans le droit musulman classique, le contrat de *dhimma* crée une discrimination à l'endroit des *dhimmis*. Cette discrimination se retrouve dans la législation contemporaine des Etats de droit musulman. Ces atteintes à la liberté de religion des « gens du Livre » se manifestent autour de deux principaux axes. Le premier concerne le principe de non-discrimination qui n'est pas totalement respecté dans les Etats de droit musulman (1). Les non-musulmans sont exclus de certaines fonctions publiques, la loi organise une discrimination en matière de statut personnel. Le deuxième axe est relatif au droit de pratiquer librement sa religion. De nombreux Etats de droit musulman mettent en place des restrictions dans le droit des « gens du Livre » à pratiquer librement leur religion (2).

1. La liberté de religion des non-musulmans privée d'application par le non-respect du principe de non-discrimination.

Bien que certaines Constitutions des Etats de droit musulman affirment que tous les citoyens sont égaux en droit et qu'il ne peut y avoir de discrimination basée sur la religion, deux types de discrimination peuvent être mis en exergue dans ces Etats. La première forme de discrimination est celle qui est organisée par la Constitution elle-même en matière d'éligibilité au poste de chef de l'Etat (a). La deuxième discrimination est visible dans la jurisprudence des tribunaux qui appliquent la règle de primauté de l'islam dans les conflits de lois en matière de statut personnel (b.)

a. Une discrimination constitutionnellement organisée quant à la question de l'éligibilité au poste de chef de l'Etat.

Depuis l'organisation de la cité musulmane à Médine, la relation entre le détenteur de l'autorité et les musulmans est basée sur un véritable culte de la personnalité. A Médine, Mahomet représente une autorité spirituelle, chargée de guider les hommes vers Dieu, mais il assume aussi un rôle politique au sein de la communauté nouvellement formée. Le culte que vouent les fidèles à Mahomet se répercute à sa mort sur les califes. La primauté du calife s'explique par l'autorité absolue qui lui est conférée par le Coran[255]. Tout comme le prophète Mahomet, en plus de sa qualité d'autorité politique, le calife a une mission religieuse ; il doit diriger la prière. Or cette tâche ne peut pas incomber à un non-musulman, d'autant plus que le calife doit défendre l'islam et la *umma*. « *Le calife va devoir diriger la communauté des croyants unis par la même foi. Il va par conséquent devoir posséder cette foi, c'est-à-dire être obligatoirement musulman et s'engager à défendre l'Islam et à en appliquer les préceptes* »[256].

[255] La sourate IV, du verset 59 ordonne de suivre le calife : « *Obéissez en Dieu, au Prophète et à ceux qui d'entre vous à qui il appartient de vous régir* ».
[256] Stéphane PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*,,Paris, L'Harmattan, 2009, p.270

Bien que le califat ait été aboli, le concept perdure. Ainsi, toutes les Constitutions des Etats de droit musulman exigent que le détenteur de l'autorité exécutive appartienne à la communauté musulmane. Si les représentations de l'autorité sont de natures différentes[257] tous ont en commun d'être de confession musulmane.

Les Etats de droit musulman tels que l'Algérie[258], l'Iran[259] la Tunisie[260] ou la Syrie[261], exigent sans ambiguïté que le chef d'Etat soit de confession musulmane. Certains Etats, comme le Koweït[262] notamment, sont moins explicites. D'autres, comme le Sultanat d'Oman[263], sont plus exigeants en rajoutant la condition des parents. Ce qui exclut un musulman converti par lui-même.

Le cas du Maroc est atypique car la légitimité du Roi tient en ce qu'il est le premier de tous les croyants, le commandeur des croyants, il est *Amir al Mouminine*. Grâce à ce titre, le Roi du Maroc est « *désigné le magistrat suprême de l'Etat musulman et arabe issu de la tribu de Qoreïch, chargé de guider la prière des musulmans, de protéger la vie et les intérêts des non-musulmans, de gérer les affaires de l'Umma et de gouverner effectivement* »[264]. L'article 19 de la Constitution marocaine dispose que « *Le Roi, Amir al-Mouminine, Représentant suprême de la Nation, Symbole de son unité, Garant de le pérennité et de la continuité de l'Etat, veille au respect de l'islam et de la Constitution* ». L'article 23 de la Constitution marocaine poursuit : « *La personne du Roi est*

[257] Sultan, Emir, Président ou Roi

[258] Article 73, point 2 de la Constitution algérienne : « Pour être éligible à la présidence, le candidat doit être de confession musulmane. »

[259] Article 115 de la Constitution iranienne : « *Le Président doit être élu parmi les personnes versées dans la religion et la politique et possédant les qualifications suivantes : iranien d'origine, nationalité iranienne, capacité à diriger, avisé, justifiant d'un passé sans tache, honnête et pieux, croyant, et adhérant aux fondements de la République islamique d'Iran, ainsi qu'à la religion officielle du pays ».* Il faut noter que cette dernière condition exclut non seulement les non-musulmans, mais elle exclut également les sunnites.

[260] Article 38 de la Constitution tunisienne : « Le Président de la République est le chef de l'Etat. Sa religion est l'Islam. »

[261] Article 3 alinéa 1 de la Constitution syrienne : « La religion du Président de la République est l'islam. » Article 28, *e)* : « Le Roi doit être musulman, sain d'esprit, né d'une épouse légitime et de parents musulmans. »

[262] Article 4, alinéa 4 de la Constitution du Koweït : « Celui-ci doit être majeur et sain d'esprit, et être le fils légitime de parents musulmans ». La condition de « parents musulmans » implique nécessairement que le président soit musulman. Dans la tradition musulmane, la religion se transmet automatiquement à la naissance lorsque les parents sont musulmans. En exigeant que le président doit avoir des « parents musulmans », le constituant exige que celui-ci soit lui-même musulman.

[263] Article 5 de la Constitution du Sultanat d'Oman : « le système de gouvernement est le Sultanat héréditaire aux mains des descendants mâles de Sayyid Turki bin Said Bin Sultan, à condition que celui qui sera choisi parmi eux pour gouverner soit musulman, judicieux, sain d'esprit et le fils légitime de parents omanais musulmans ».

[264] Abdelatif AGNOUCHE, *Histoire politique du Maroc, pouvoir-légitimité-institutions*, Afrique Orient, Cassablanca, 1987, p.104

inviolable et sacrée »[265]. Certains commentateurs du droit marocain font remarquer que « *l'atteinte portée contre le Roi, de quelques manières que ce soit, est presque considérée comme une atteinte portée contre Dieu* »[266].

Bien qu'une telle disposition puisse être considérée comme une « *tautologie* »[267] dans les Etats de droit musulman, plusieurs arguments permettent de la justifier. Selon le Doyen Abdelfattah Amor « *le maintien de cette condition d'accès à la charge étatique peut être interprété comme la volonté des constituants arabes de rendre un hommage formel à l'islam au plus haut niveau* »[268]. Cet hommage découle du principe constitutionnel en vertu duquel l'islam est la religion de l'Etat. Il se traduit dans la pratique par l'obligation incombant au chef de l'Etat de prêter serment devant Dieu avant d'accéder à la charge étatique suprême. Cette prestation est prévue dans la majorité des Constitution. Selon le Doyen Yadh Ben Achour, par cette disposition il « *est interdit d'être plus musulman que son Prince, rien de plus* »[269].

On peut également rajouter à ces arguments, que l'interdiction qui est faite aux non-musulmans de gouverner un Etat de droit musulman relève de la volonté de subordonner les musulmans et les non-musulmans au respect du droit musulman. Dans la conception classique musulmane, l'autorité gouvernante doit veiller à protéger le dogme de l'islam. C'est dans ce cadre que les infractions d'hérésie, de blasphème et d'apostasie ont été développées. L'Etat doit préserver l'unité de la communauté, la *Umma* et veiller à ce que chaque croyant puisse observer la Loi divine sans aucune restrictions. Dans la mesure où les régimes des Etats de droit musulman fonctionnent pour la plupart sur le modèle de la concentration des pouvoirs aux mains du chef de l'Etat[270], c'est donc ce

---

[265] « On ne peut effectivement porter atteinte physiquement ou moralement au Roi, ni le critiquer même de manière humoristique. » Article 38 du dahir du 15 novembre 1958, modifié par l'article 41 du dahir portant loi du 10 avril 1973, cité par Mohamed TOZI, « Islam et Etat au Maghreb », *Maghreb-Machrek*, n°126,1989

[266] Maurice TORELLI, « Le pouvoir royal dans la Constitution », *in* Driss BASRI, Michel ROUSET et George VEDEL (dir.), *Trente ans de vie constitutionnelle au Maroc*,., Paris, L.G.D.J, 1993, pp.107-158

[267] Pierre Rondot explique qu' « en effet, dans un Etat peuplé en majorité de musulmans, même en l'absence d'une telle exigence constitutionnelle, l'ancrage de la société dans la tradition islamique et le jeu des forces politiques sont deux éléments permettant presque inévitablement d'ériger à la tête de l'Etat, un musulman. » Pierre RONDOT., *Islam et musulmans aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 1958, p.262

[268] Abdelfattah AMOR., « Constitution et religion dans les Etats musulmans », *Conscience et Liberté*, n°54, 1997, p.55

[269] Yadh BEN ACHOUR, *Norme, foi et loi*, Tunis, Cerès production, 1993, p.259

[270] Bien que la séparation des pouvoirs soit inscrite dans la Constitution, les Etats de droit musulman fonctionnent soit sur un modèle de concentration des pouvoirs soit sur un modèle de confusion des pouvoirs. Ce point sera traité dans la partie II.

dernier qui donne l'impulsion politique, mais aussi religieuse du pays. A l'image du Roi du Maroc qui est le « commandeur des croyants », ou à l'image du calife qui doit guider la prière du vendredi et montrer l'exemple, les chefs d'Etat dans les Etats de droit musulman doivent montrer la voie aux fidèles. C'est pourquoi les non-musulmans sont exclus de la présidence des Etats de droit musulman. Ces derniers sont soumis à la loi, ce ne sont pas eux qui élaborent la loi. Cette condition de religiosité est parfois étendue à d'autres postes à responsabilité. Les minorités religieuses ont très peu accès à l'armée, à la justice ou plus largement à la fonction publique. Le Ministre des affaires étrangère iranien apporte une autre explication et justifie cette condition par la nécessité de s'assurer d la fidélité des fonctionnaires de l'Etat[271].

b. Une discrimination fondée sur la primauté de l'islam en matière de statut personnel

En matière de mariage. Un homme musulman peut épouser une femme chrétienne ou juive. Le Coran dit « *l'union avec les femmes croyantes et de bonne condition, et avec les femmes de bonne condition faisant partie du peuple auquel le Livre a été donné avant vous, vous est permise* »[272]. Mais la femme musulmane ne peut épouser qu'un musulman. Comme l'expliquent les professeurs Milliot et Blanc, « *on craint qu'elle ne se laisse influencer et n'en arrive à se convertir à la religion du mari. D'autre part, si les enfants sont élevés dans la religion du mari, la mère, malgré l'interdiction d'hériter qui atteint les non-Musulmans, pourrait s'efforcer de faire passer ses biens à ses enfants. C'est un risque de perte morale et matérielle pour la communauté musulmane* »[273].

La majorité des Etats de droit musulman intègre cette condition dans leur code de statut personnel.

[271] « Concernant l'accès des membres des minorités reconnues à l'armée et à la justice, le Ministre des affaires étrangères a déclaré que tout pays appliquait un traitement concernant l'accès à des postes dans l'armée et les services de renseignements pour des considérations politiques et nationales et pour s'assurer la fidélité de ses fonctionnaires. » DOC. NU. E/CN.4/1996/95.Add.2, paragraphe 17

[272] Sourate V, verset 5.

[273] Louis MILLIOT et Fançois-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p.278

Ainsi, l'article 39 alinéa 5 du Code de la famille marocaine dispose qu'est prohibé « *le mariage d'une musulmane avec un non-musulman et le mariage d'un musulman avec une non-musulmane, sauf si elle appartient aux gens du Livre* ». Le nouveau Code de la famille promulgué en 2007 modifie le code précédemment entré en vigueur en 1984 pour assurer une meilleure égalité des droits entre l'homme et la femme, pourtant cette discrimination en matière de mariage mixte persiste.

Ainsi qu'aux termes de l'article 30 alinéa 5 du nouveau code de la famille algérien : « *l'officier public doit refuser de célébrer le mariage d'une Algérienne musulmane avec un non-musulman. C'est un mariage que la loi musulmane interdit. Il n'est admis dans aucun rite. Il y a là empêchement absolu* ».

De même, l'article 33 du code la famille jordanien prohibe le mariage d'une femme musulmane avec un non-musulman et le mariage d'un musulman avec une non-scripturaire. L'article 17 du code des statuts personnels d'Irak dispose que « *le musulman peut épouser une scripturaire mais le mariage d'une musulmane avec un non-musulman est invalide* ».

Le code du statut personnel yéménite interdit en son article 29 le mariage d'une musulmane et d'un non-musulman et aux termes de l'article 26, un musulman peut épouser une non-musulmane qu'à la condition qu'elle soit scripturaire.

De même, aux termes de l'articles 18 de la législation koweïtienne interdit dans son 1 le mariage d'une musulmane avec un non-musulman et dans son 2, le mariage d'un musulman avec une non-scripturaire.

L'article 46 du code mauritanien de statut personnel inscrit également cette cause d'empêchement.

Certains Etats, tels l'Arabie Saoudite, Bahreïn, le Qatar jusqu'en 2006 et les Emirats arabes unis jusqu'en 2005, n'ont pas de code de la famille et appliquent les dispositions du droit musulman classique. C'est-à-dire les mêmes restrictions que celles qui viennent d'être mentionnées. De même la Libye n'a pas codifié le droit relatif au statut personnel, mais par une loi du 19 avril 1984, une femme libyenne ne peut se marier qu'avec un musulman.[274]

[274] Article 12/3 de la loi n°10/1984 du 19 avril 1984 portant publication de certaines dispositions particulières relatives au mariage et au divorce

En matière de succession la règle est la même. Un non-musulman ne peut bénéficier de la succession d'un musulman, même si c'est un membre de sa famille. Cette disposition se retrouve par exemple dans le Code de la famille ou Code de statut personnel du Maroc (article 332), du Yémen (article 240), du Soudan (article 317), d'Oman (article 239), du Koweït (article 293) ou encore de la Mauritanie (article 237)

Ces restrictions officielles sont parfois accompagnées de restrictions non codifiées mais qui privent les non-musulmans du droit de pratiquer leur religion en toute liberté.

2. Les restrictions au droit des « gens du Livre » à pratiquer librement leur religion.

Les différentes conventions internationales qui proclament la liberté de religion ont évolué dans la portée qu'elles lui accordent. Notamment en matière de conversion.[275] Toutes ces conventions sont unanimes quant à la question de la pratique religieuse. La liberté de religion implique la *« liberté de manifester sa religion ou sa conviction, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites »*[276]. Bien que les conventions ne définissent pas les notions de pratiques et d'accomplissements des rites, il est aisé d'en comprendre le sens. La majorité des religions[277] prescrit des rites à accomplir de manière individuelle chez soi ou collective dans un lieu de culte destiné à cet effet. Reconnaitre la liberté de religion implique donc d'autoriser les lieux de cultes des diverses religions et permettre la célébration des rites. Mais la pratique de la religion doit également s'entendre du droit pour les croyants de disposer de biens ou d'ouvrages nécessaires à ces

[275] Voir le titre premier.

[276] Pour ne citer que les deux principaux textes : Article 18 Déclaration universelle des droits de l'homme : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion : ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seul ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. » Article 18 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, alinéa 1 : « Toute personne a le droit à la liberté de conscience et de religion, ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. »

[277] Tout du moins celles reconnues par les Etats de droit musulman. Puisque dans cette partie nous ne nous intéressons qu'aux religions reconnues, à savoir christianisme et judaïsme pour l'essentiel des Etats, et zoroastrianisme pour l'Iran.

rites ou tout simplement nécessaire à une meilleure connaissance de sa religion. La liberté de religion doit donc également impliquer le droit de disposer de biens et d'ouvrages.

Bien que les Etats de droit musulman aient inscrit la liberté de religion dans leur Constitution, les implications de cette liberté, en matière de pratique, sont très limitées et encadrées, lorsqu'elles ne sont pas tout simplement inexistantes.

Les restrictions concernent d'une part les lieux de culte. Comme pour tout édifice, la construction des lieux de culte est soumise à diverses autorisations. Mais les conditions de délivrance de ces autorisations dans les Etats de droit musulman ne permettent pas une liberté totale pour les non-musulmans. L'exemple le plus caractéristique et le plus extrême est celui de l'Arabie Saoudite. Les lieux de cultes non-musulmans ne sont pas autorisés par le gouvernement. Les rencontres de la communauté chrétienne doivent se faire en privé.[278] Toutes choses égales par ailleurs, la communauté chrétienne du Qatar a pu célébrer pour la première fois une messe dans une église catholique en 2008. Jusqu'à présent, le Qatar n'avait jamais accordé d'autorisation pour la construction d'église. Toutefois, le gouvernement interdit aux congrégations chrétiennes de faire de la publicité pour les services religieux et d'utiliser des symboles religieux visibles par le public, comme par exemple des croix sur les portes extérieures.[279]

En Egypte, la législation relative à la construction des lieux de culte est régie par le *Hatti Homayyoun* de 1856. L'autorisation n'est accordée que si le lieu de culte n'est pas à proximité d'un établissement d'une autre religion ou d'une position militaire. Le Ministère de l'intérieur a ajouté d'autres restrictions en 1934, parmi lesquelles il y a la proximité des

[278] Des restrictions similaires existent pour les musulmans chiites. Alors que les mosquées sunnites sont financées par l'Etat, la construction de mosquées chiites est soumise à de lourdes restrictions. Tout d'abord leur construction n'est pas financée par l'Etat et en plus elle est soumise à l'obtention d'une autorisation qui est très difficile à avoir (la construction des mosquées sunnites n'est pas soumise à une quelconque autorisation). De plus, les mosquées chiites qui sont situées dans une zone islamique mixte (sunnite et chiite) doivent faire un appel à la prière selon la coutume sunnite, qui est différente de la coutume chiite. De plus, bien que la tradition chiite n'impose que trois des cinq prières journalières qui sont imposées dans la tradition sunnite, les magasins chiites sont obligés de fermer pendant les 5 heures de prières. Rapport USA

[279] Rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011

mosquées, des cimetières, des points du Nil, des installations de l'irrigation, du chemin de fer. Ces conditions semblent viser à empêcher les coptes de construire des églises.[280]

En Algérie l'ordonnance 06-03 du 28 février 2006[281] présente les grandes lignes des restrictions applicables qui stipulent que tous les bâtiments devant servir à l'exercice d'un culte non musulman doivent être enregistrés auprès de l'État. Elle requiert également que toute modification d'un édifice destiné à la pratique du culte non musulman soit soumise à l'approbation préalable du gouvernement et que ledit culte soit strictement exercé dans des bâtiments destinés et approuvés exclusivement à cet effet. Officiellement, le culte non musulman doit s'exercer strictement dans un édifice prévu à cet effet mais ce règlement n'a pas toujours été appliqué de manière systématique. Le décret exécutif n°07-135 du 19 mai 2007[282] précise davantage l'ordonnance 06-03 en spécifiant la façon dont des services religieux non musulmans peuvent avoir lieu et les conditions dans lesquelles ils peuvent se dérouler. Il précise qu'une demande d'autorisation doit être soumise au wali (gouverneur), avec un préavis d'au moins cinq jours, pour organiser une manifestation religieuse spéciale non musulmane, et que cette dernière doit avoir lieu dans des édifices accessibles au public. La demande doit comprendre des informations sur trois des principaux organisateurs de la manifestation, l'objet de celle-ci, le nombre de participants escompté, un programme de la manifestation et le lieu où elle est prévue. Les organisateurs doivent aussi obtenir un permis comportant ces informations et le présenter aux autorités sur demande. Aux termes du décret, le wali peut demander aux organisateurs de déplacer la manifestation ou l'interdire complètement s'il la juge dangereuse pour l'ordre public. L'ordonnance 06-03 et le Code pénal autorisent le gouvernement à fermer toute rencontre religieuse informelle, qu'elle ait lieu dans un lieu d'habitation privé ou dans un lieu public, et cela s'applique essentiellement aux non-musulmans.

[280] Sami A. ALDEEB-SAHLIEH, La liberté religieuse dans un pays musulman : cas de l'Egypte, *in, La liberté religieuse dans le judaïsme, le christianisme et l'islam*, Paris, Les Editions du Cerf, 1981, p.210

[281] Ordonnance n°06-03 du 28 février 2006, *Journal Officiel de la République Algérienne*, n°12, 1er mars 2006, pp.23-24

[282] Décret n°07-135 du 19 mai 2007 fixant les conditions et modalités de déroulement religieuses des cultes autres que musulmans, *Journal Officiel de la République Algérienne*, n°33, 20 mai 2007, p.4

D'autre part, les gouvernements encadrent souvent l'impression d'ouvrages religieux autres que ceux de l'islam, ainsi que la reproduction d'objets religieux. Le gouvernement mauritanien interdit l'impression d'ouvrages religieux non-musulmans et la distribution de tout objet religieux non-musulman, bien que la possession de ces ouvrages et de ces objets soit autorisée. En Algérie, les ministères des Affaires religieuses, des Affaires étrangères, de l'Intérieur et du Commerce doivent approuver l'importation d'écrits religieux non islamiques. Des délais de cinq à six mois, parfois davantage lorsque les livres arrivent en douane, sont souvent nécessaires pour obtenir cette approbation. Les pouvoirs publics imposent périodiquement des restrictions à l'importation de traductions en arabe et en tamazight (berbère) de textes religieux non islamiques, leur objectif déclaré étant de s'assurer que le nombre de textes importés est fonction du nombre estimé d'adhérents aux groupes religieux. D'un autre côté, les citoyens et les étrangers peuvent apporter légalement dans le pays des exemplaires personnels de textes religieux non islamiques, comme la Bible. Des textes, de la musique et des cassettes vidéo religieux non islamiques sont disponibles et deux magasins de la capitale vendent des Bibles dans plusieurs langues, notamment en arabe, en français et en tamazight (berbère). Les stations de radio publiques continuent à diffuser les services de Noël et de Pâques en français. Le gouvernement interdit la diffusion de toute documentation présentant la violence comme un précepte légitime de l'islam. [283]

L'atteinte la plus fréquente à la liberté de religion dans la législation des Etats de droit musulman est relative à l'interdiction du prosélytisme. Cette interdiction est le corollaire du délit d'apostasie. Il est interdit à un musulman de quitter l'islam. Il est donc interdit à un non-musulman d'encourager un musulman à quitter sa foi. Certains Etats ne punissent pas l'apostasie mais plus largement le fait de chercher à convaincre un musulman de quitter l'islam. Malheureusement la définition de cette infraction n'est pas toujours précise, ce qui entraîne des condamnations pénales souvent arbitraires. De nombreux Etats de droit musulman ont instauré des polices des mœurs qui circulent dans la ville et ont l'autorisation d'arrêter tout individu qui porte atteinte à l'ordre public et à la

[283] Rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011

moralité. Parmi ces atteintes il peut y avoir une conversation entre un musulman et non-musulman sur la religion de ce dernier, quand bien-même ce serait le musulman qui pose des questions.

L'article 5 de la Constitution mauritanienne dispose ainsi que « *l'Islam est la religion de l'ensemble du peuple et de l'Etat* ». Grâce à une interprétation large de cet article, bien que le prosélytisme ne soit pas interdit par une disposition légale, cet acte est prohibé par le gouvernement.

Au Qatar, c'est une loi de 1973 qui interdit le prosélytisme. Le Code pénal condamne jusqu'à dix ans d'emprisonnement tout individu pris en flagrant délit de prosélytisme pour le compte d'une organisation, d'une société ou d'une fondation de quelque religion autre que l'islam. L'acte de prosélytisme fait de son propre gré, c'est-à-dire pour son compte individuel et non pour le compte d'une institution religieuse est passible d'une peine de 5 ans d'emprisonnement**.**

En Algérie, l'ordonnance 06-03 du 28 février 2006 qui réglemente la pratique des rites religieux non-musulmans prévoit que la pratique des non-musulmans est libre à condition que cette pratique respecte les conditions posées dans l'ordonnance, dans la Constitution et autres actes réglementaires, et que cette pratique ne perturbe pas l'ordre public et la moralité. L'ordonnance réglemente la pratique religieuse des non-musulmans notamment en infligeant des amendes pour toute tentative de conversion d'un musulman à une autre religion. Le prosélytisme est un délit qui peut être puni jusqu'à cinq ans d'emprisonnement aux termes de l'article 11 de l'ordonnance. Selon le droit civil algérien, la conversion n'est pas illégale et l'apostasie n'est pas un crime. Le gouvernement a autorisé les groupes missionnaires à entreprendre des activités humanitaires pour autant qu'ils ne se livrent pas au prosélytisme. Aux termes de l'article 11 de l'ordonnance 06-03, le prosélytisme est un crime passible de un à trois ans de prison et d'une amende d'un maximum de 500.000 dinars algériens pour les personnes physiques, et de trois à cinq ans de prison et d'une amende d'un maximum d'un million de dinars pour les personnes morales. L'article 11 précise qu'est puni quiconque « *incite, contraint ou utilise des moyens de séduction tendant à convertir un musulman à une autre religion ; ou en utilisant à cette fin des établissements d'enseignement, d'éducation, de santé, à caractère social ou culturel, de formation ou tout moyen financier. Quiconque fabrique, entrepose, ou distribue des documents imprimés ou métrages audiovisuels ou tout autre support similaire dans l'intention « d'ébranler la foi » d'un musulman* ».

Enfin d'autres cas de discriminations peuvent être mentionnés. Au Qatar, un condamné musulman, peut voir réduire sa peine s'il mémorise le Coran pendant sa détention. [284], En Arabie Saoudite, une discrimination existe dans le calcul de la compensation pour des blessures corporelles ou mortelles (le prix du sang). Si la victime est chrétienne, elle ne recevra que la moitié de la somme qu'aurait reçue une victime musulmane**.** Et la situation est encore plus critique pour les autres non-musulmans, car ils ne reçoivent que 1/16ième de la somme. De même, pour les testaments, les juges sont autorisés à écarter le testament d'un musulman non-pratiquant ou qui n'adhère pas à l'école de pensée de l'Etat, ou d'un non-musulman au profit du testament d'un musulman.[285]

[284] *Ibid*
[285] *Ibid*

Paragraphe 2 :

L'inexistence de la liberté de religion des bahá'ís

Les bahá'ís sont les disciples de Mirza Husayn-Ali – Bahá'u'lláh – qui a fondé une nouvelle religion indépendante à la moitié du 19ième siècle en Perse. Sa révélation divine s'oppose directement à l'interprétation conservatrice chiite du Coran selon laquelle Mahomet est le dernier des messagers de Dieu. « *Dans la tradition des religions abrahamiques, une religion peut accepter les précédentes, mais elle ne peut pas en accepter une qui la déclare obsolète* »[286]. La foi bahá'íe est une religion post-islamique. Les bahá'ís affirment que le fondateur de leur religion, Bahá'u'lláh, a apporté une nouvelle révélation divine, plus de 1200 ans après celle du Prophète Mahomet. Cette doctrine va directement à l'encontre de l'interprétation la plus communément admise d'un passage du Coran qui stipule que Mahomet est « le Sceau des Prophètes ». La plupart des théologiens interprète ce passage comme signifiant que Mahomet est le dernier prophète de Dieu. Par conséquent, pour la plupart d'entre eux, reconnaître l'existence d'une communauté religieuse postérieure à l'islam ne peut pas être tolérée. La liberté de religion des bahá'ís est particulièrement entravée en République islamique d'Iran (1) car en Iran, reconnaitre l'existence d'une collectivité viable bahá'íe viole le principe fondateur de la croyance chiite conservatrice[287]. Tandis que la citoyenneté n'est pas reconnue aux bahá'ís en Iran, en Egypte, la justice l'a accordée pour la première fois aux bahá'ís en 2006 (2).

[286] H.E CHEHABI, *Anatomy of Prejudice : Reflexions on secular anti-Baha'ism in Iran*, in, Dominic *Parviz* and Seena B. *Fazel*, *The* Bahá'ís *of Iran: Socio-Historical Studies*, London, Routledg, 2008, pp.184-199

[287] Les bahá'ís sont présents dans tous les Etats de droit musulman mentionnés depuis le début, mais la communauté bahá'íe d'Iran a la particularité d'être quantitativement la première minorité religieuse non-musulmane du pays et d'être la plus grande communauté bahá'íe au sein de tous les Etats de droit musulman étudiés jusqu'à maintenant. Mais la principale raison qui explique que cette partie soit consacrée au cas des bahá'ís d'Iran est la politique répressive « anti-bahá'í » qui a été mise en place par le gouvernement iranien depuis la Révolution de 1979.

1. La situation des bahá'ís en République islamique d'Iran

Avec près de 300 000 membres, la foi bahá'íe est la minorité religieuse la plus importante d'Iran, mais elle n'est pas reconnue comme religion par la Constitution du pays. Le régime iranien considère cette religion comme une hérésie[288]. Contrairement au christianisme, au judaïsme et au zoroastrisme, la foi bahá'ìe n'est pas reconnue par la Constitution. Les bahá'ís tombent ainsi dans la catégorie des « infidèles sans protection ». Comme la liberté de religion n'est pas reconnue par la Constitution, ses fidèles sont sans protection, et ne bénéficient donc d'aucun droit légal. Les bahá'ís ont été confrontés à de graves persécutions en Iran depuis que Bahá'u'lláh a déclaré sa mission prophétique. Bien que Bahá'u'lláh ait prôné un message de non-violence et qu'il ait dispensé un enseignement absent de toute revendication politique. Les bahá'ís ont dû faire face à des périodes de tolérance alternées de persécutions sous le régime Pahlavi (a), mais la discrimination s'est amplifiée et s'est institutionnalisée à l'instauration de la République islamique d'Iran (b)

a. Les restrictions à la liberté de religion des bahá'ís en Iran sous le régime Pahlavi

L'Iran a été l'un des premiers Etats signataires de la Charte de San Francisco. La Conférence internationale relative aux droits de l'homme de 1968 s'est d'ailleurs tenue à Téhéran. Pourtant, même à cette époque, les bahá'ís n'ont aucune reconnaissance légale ni politique. La répression à l'encontre des bahá'ís fait l'objet une alliance à court terme entre le Shah et le clergé. Sous le régime des Pahlavi, les bahá'ís doivent faire face à des périodes de tolérance alternées de persécutions. Selon que le Shah cherche à affirmer son

[288] Pour plus details, voir Abbas AMANAT "The Historical Roots of The persecution of Bábís and Baha'is in Iran", in, Dominic Parviz and Seena B. Fazel, *The Baha'is of Iran: Socio-Historical Studies*, London, Routledg, 2008, pp.170-183

indépendance ou au contraire a besoin du soutien du clergé de plus en plus politisé.[289] Le Shah a besoin du soutien du clergé pour mener à bien sa campagne anti-communiste, et le clergé a besoin du Shah pour réaliser son plan de destruction de la communauté bahá'íe. Peter Avery note qu'en « *1955, les observateurs ont été surpris quand le gouvernement a institué des mesures à l'encontre de la minorité religieuses des bahá'ís, car bien que qu'il y ait la tolérance religieuse en Iran, la lutte contre les bahá'ís a été tolérée au motif que leur foi n'est pas reconnue comme une religion distincte* »[290]. Les attaques orchestrées par le Shah se sont atténuées sous la pression internationale et l'intervention directe du Secrétaire général des Nations Unies.[291]

b. La détérioration de la liberté de religion des bahá'ís avec l'instauration de la République islamique d'Iran.

Comme le souligne le professeur Réza Afshari, « *le changement de régime a introduit de nouveaux modèles de violations, de nouvelles victimes. Certains groupes reconnaissables de victimes ont changé avec le nouveau régime, mais les bahá'ís sont restés un élément permanent dans le paysage fertile du pays violateur des droits de l'homme* »[292]. Dans les premiers jours de l'agitation révolutionnaire en Iran, en 1978, Khomeiny toujours en exil en France, a été interrogé sur le nouveau système de justice islamique qui serait appliqué aux non-musulmans. Concernant les juifs, il a assuré que leurs droits seraient préservés. Lorsqu'un journaliste lui demande ce qu'il en est pour les bahá'ís, sa réponse est sans équivoque. « *Ils sont une faction politique, ils sont armés. Ils ne seront pas acceptés* ». [293] L'argument utilisé par Khomeiny pour justifier la persécution des bahá'ís est que ces derniers sont des espions à la solde des juifs. Khomeiny l'écrit dans un ouvrage : « *le Coran et l'Islam sont en danger. L'indépendance de l'Etat et l'économie sont menacés par une prise de contrôle des sionistes, qui sont apparus en Iran sous le couvert des bahá'ís* »[294]. La persécution des bahá'ís a toujours été justifiée par l'association

[289] Roy MOTTAHADEH, *The Mantle of the Prophet : Religion and Politics in Iran*, New-York, Pantheon Books, 1985, cité dans Geoffrey CAMERON and Tahirih DANESH, *A Revolution Without Rights ?*, London, The Foreign Policy Centre, 2008, p.18-19
[290] Peter AVERY, *Modern Iran,* Ernest Benn, London, 1967, p.469
[291] Nazila GHANEA, *Human Rights, The UN and the Baha'is un Iran*, George Ronald, Oxford, 2002, p 99-100
[292] Reza AFSHARI, *Human rights in Iran: the abuse of cultural relativism*, University of Pennsylvania Press, 2001, p.119
[293] Cité dans Nazila GHANEA, *Human Rights, The UN and the Baha'is un Iran*, George Ronald, Oxford, 2002, p.100
[294] Cité par Nazila GHANEA, Human Rights, The UN and the Baha'is un Iran, George Ronald, Oxford, 2002, p.101

communautaire avec des puissances étrangères. Les bahá'ís ont successivement été accusés d'être des outils de l'impérialisme russe, du colonialisme britannique, de l'expansionnisme américain, et finalement du sionisme. « *Les minorités religieuses ont beaucoup souffert en tant que symbole de l'ingérence étrangère en Iran. Les minorités religieuses en Iran ont longtemps été dépeintes comme étant les marionnettes de l'étranger et les symboles de l'interférence occidentale* » [295] Pourtant, comme le souligne le professeur H. E Chehabi, il n'y a eu aucune preuve crédible pour étayer les accusations que tout historien moderne considérerait nécessairement comme contradictoires.[296] Aujourd'hui, la République islamique d'Iran fait toujours référence aux bahá'ís en tant que mouvement politique, même si les enseignements bahá'ís exigent des croyants qu'ils obéissent à leur gouvernement et interdisent toute activité politique partisane. Le professeur H.E Chehabi explique que la stratégie gouvernementale est intentionnelle car « *dans un pays caractérisé par une forte identité nationale, caractériser les bahá'ís comme des sympathisants de l'ennemi étranger crée la fausse perception de bahá'ís comme anti-iranien* »[297].

La République islamique a institutionnalisé la discrimination à l'égard des bahá'ís.

D'une part, l'article 13 de la Constitution qui ne reconnait que trois minorités religieuses, cette reconnaissance ne doit pas être considérée comme une reconnaissance de la liberté de religion des minorités religieuses et une protection de leurs droits. Elle permet surtout d'encadrer l'activité des minorités non-musulmanes ,elle est « *uniquement* [une] *base pour limiter ou refuser les droits que les gens pourraient prétendre avoir en vertu des principes constitutionnels laïques ou des normes internationales relatives aux droits de l'homme* »[298] Dans son analyse du processus d'élaboration de la Constitution iranienne de 1979, le professeur Eliz Sanazarian explique que la Constitution iranienne a été intentionnellement conçue pour exclure les bahá'ís. Elle explique que l'anti-bahaïsme était évident tout au long des débats sur la version finale de la Constitution. Les délégués ont marchandé « *chaque mot et expression de certains articles pour veiller à ce que les bahá'ís ne soient pas inclus »*[299]. En refusant la

[295] Nazila GHANEA, Human Rights, The UN and the Baha'is un Iran, George Ronald, Oxford, 2002, p.101
[296] H.E CHEHABI, *op. cit*
[297] *Ibid*
[298] Anne Elizabeth MAYER, *Islam and Human Rights*, Boulder ,p.69
[299] Eliz SANASARIAN, *Religious Minorities in Iran*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000

reconnaissance officielle du statut de minorité religieuse aux bahá'ís dans la Constitution iranienne, le système juridique ne leur accorde aucun droit.

La raison de la discrimination que subit la communauté bahá'íe en Iran est essentiellement religieuse car « *les considérations politiques ne peuvent pas expliquer entièrement les suppressions violentes de leurs droits. Il semble que les motivations pour les politiques et les actions anti-bahá'ïes proviennent de haines aveugles des clercs dont les racines se trouvent dans un préjugé religieux pré-moderne* »[300]. Bien que la violence à leur encontre ait toujours existé, l'avènement de la République islamique l'a renforcée ; « *avec la mise en place de la Révolution, les attaques ont pu s'intensifier à partir d'une position de force* ».[301] La raison pour laquelle les bahá'ís se voient refuser la reconnaissance légale en Iran est essentiellement théologique, car « *le clergé et les segments religieux ont toujours eu une profonde hostilité contre les bahá'ís, ils sont les vrais infidèles, dans la stricte application du terme, à traiter durement et qui doivent être détruits* »[302].

La discrimination à l'égard des bahá'ís a été institutionnalisée d'autre part par une série d'événements qui est intervenue à partir des années 1980. « *Lorsque le pouvoir révolutionnaire avait été consolidé et la confiance du régime élevée, la persécution a vraiment commencé* »[303]. A la fin des années 1980-1990, la consolidation de la Révolution permet d'organiser un état de fonctionnement de manière uniforme et non réprimé violemment de la communauté bahá'íe. D'après un mémo du Conseil supérieur de la révolution, sur demande de Khomeiny, des propositions ont été « *conçues de telle manière que tout le monde comprenne ce qui devrait ou ne devrait pas être fait à l'égard des bahá'ís* »[304]. De nombreux documents sont remis aux bahá'ís leur indiquant clairement que si la personne concernée, est prête à embrasser l'islam publiquement, ses biens, sa retraite, son emploi et sa sécurité personnelle lui seront réintégrés immédiatement.[305] Un magistrat religieux de Shiraz dans un article intitulé, « Je veux que les bahá'ís reviennent dans le Giron de l'Islam »[306] affirme

[300] Reza AFSHARI, *op. cit.*, p.120
[301] Nazila GHANEA, *op. cit.,* p.103
[302] Eliz SANASARIAN, *op0 cit,* p.114
[303] John SIMPSON and Tira SHUBART, *Lifting the veil: life in revolutionary Iran*, London, Hodder and Stoughton, 2005, p.224
[304] Iran Human Rights Documentation Center, *A Faith Denied : The Persecution of the Bqhq'is in Iran*, 2006
[305] Nazila GHANEA, *op. cit.,*p.103
[306] Khabar-i-junub, « Religious Magistrate of Shiraz": *I want the Baha'is to come to the Bosom of Islam*", 3 Mars 1983

qu'« *ils doivent se repentir du bahaïsme qui est raisonnablement et logiquement condamné, avant qu'il ne soit trop tard* ».

Beaucoup de bahá'ís ont également été privés de moyens de subsistance. Au début des années 1980, plus de 10 000 bahá'ís ont été renvoyés de leurs postes dans l'administration et à l'éducation nationale pour cause de leur croyance religieuse. En 1985, le gouvernement a demandé à tous les anciens fonctionnaires de rembourser en totalité les salaires perçus durant toute leur vie professionnelle, à défaut de quoi ils étaient placés en prison.[307] Aujourd'hui, beaucoup demeurent toujours sans emploi et ne reçoivent aucune allocation de chômage. Les pensions ou retraites des bahá'ís démis de leurs fonctions pour cause de croyance religieuse ont été suspendues. Certains bahá'ís se sont vus réclamer le remboursement des salaires ou des pensions qui leur avaient été attribués. Les fermiers bahá'ís se sont vus interdire l'accès aux coopératives, qui sont souvent la seule source de crédit et d'approvisionnement en graines, pesticides et engrais.[308]

Un mémorandum confidentiel émanant du gouvernement iranien et publié par la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies en 1993 confirme que la stratégie anti-bahá'íe de l'Iran reflète une volonté politique délibérée du gouvernement. Produit par le Conseil révolutionnaire suprême d'Iran le 25 février 1991, et entériné par le chef suprême de la république islamique, ce document stipule les directives spécifiques pour traiter de « la question bahá'íe », c'est-à-dire que « *les mesures prises contre les bahá'ís devront être de nature à bloquer leur évolution et leur développement* »[309]. Cette

[307] Exemplaire d'un courrier envoyé à un bahá'í par l'administration: « Ce gouvernement vous a déjà conseillé et guidé pour vous repentir et rompre vos relations avec le groupe égaré (les bahá'ìs) et ainsi revenir dans le giron vivifiant de l'islam pour apprécier le parfum des paroles de Dieu (le Coran). Un tel repentir sera accepté en conformité avec les injonctions du Saint-Coran et vous serez en mesure de poursuivre vos services dans ce bureau et recevoir vos cotisations impayées. Autrement, vous serez renvoyé de la fonction publique, accusé d'avoir un caractère corrompu et vous serez privé de tous vos droits. Au nom du Gouverneur de Fars, (signé) Ni'matu'llah Tuqa » Bahá'í International Community, *The Bahá'ís in Iran: A report on the persecution of a religious minority*. New-York, BIC, 1982

[308] Rapport de la Communauté Internationale Bahá'ìe, 1999

[309] Document émanant de Dr. Seyyed Mohammad Golpaygani, Chef du Cabinet du très estimé Guide (Khameniei), référence 1327/… Date : 6/12/69 (25 février 1991) : « Suite à la lettre #1/1783 datée du 10/10/69 (31 décembre 1990), relative aux instructions du très estimé Guide transmises au vénéré Président à propos de la question bahá'ie, nous vous informons […et] eu égard au contenu de la Constitution de la République Islamique d'Iran, ses lois civiles et religieuses, et de la politique général du pays, ces questions ont été soigneusement étudiées et des décisions ont été prises en conséquences. Avant d'arriver aux décisions et de proposer des méthodes plausibles pour traiter de la question précitée, il a été dûment tenu compte des desiderata du très estimé Guide de la République d'Iran (M. Khamenei), à savoir qu'il convient d'arrêter une politique spécifique à ce sujet pour que tous sachent ce qui devrait ou ne devrait pas être fait. En conséquence, voici les propositions et les recommandations auxquelles ces consultations ont abouti. (…). » Pour ne citer que quelques exemples des recommandations « A.3 : Les mesures prises par le Gouvernement à leur encontre devront être de nature à arrêter leur progrès et leur développement. B.1.

stratégie consiste ni plus ni moins à étrangler lentement la communauté bahá'íe.[310] Ces dispositions qui visent à entraver le développement de la communauté bahá'ìe sont toujours en vigueur aujourd'hui. Comme le remarquent Geoffrey Cameron et Tahirih Danesh, la réaction de la communauté nationale bahá'íe à la persécution a été à la fois non-violente et résistante. Dans les premières années de la révolution islamique, les leaders bahá'ís – aux niveaux national et local – ont été ciblées par la politique d'élimination du nouveau régime. La répression des représentants spirituels d'une communauté religieuse est toujours un témoignage du durcissement d'une politique liberticide. Ainsi en 2008, les sept responsables de la communauté bahá'ís ont été arrêtés. Le jugement en première instance les a condamnés à 20 ans d'emprisonnement pour « espionnage contre la sécurité et formation d'une secte illégale ». Leur peine a été réduite à 10 ans par la Cour d'appel, avant d'être rétablie à 20 ans par le procureur général, sans explication.

Un élément supplémentaire de la politique anti-bahá'íe développée par l'Etat, est l'interdiction formelle qui est faite aux étudiants bahá'ís d'accéder à l'enseignement supérieur, depuis 1981. En décembre 2003 toutefois, le gouvernement a annoncé que la demande de l'examen national d'entrée à l'université était ouverte à tous et 800 bahá'ís se sont inscrits à l'examen. Lorsque les résultats ont été publiés plusieurs centaines d'étudiants bahá'ís ont été classés parmi les meilleurs. Toutefois, ils ont été identifiés à tort comme musulman sur leurs copies. En effet, la plupart d'entre eux ont répondu à l'examen obligatoire d'études religieuses en répondant aux questions correspondant à l'islam.[311] Bien que les autorités aient d'abord indiqué que l'erreur serait corrigée, en fin de compte, seulement dix bahá'ís ont été admis à entrer à l'université.[312] Le même scénario

---

Ils pourront s'inscrire dans les écoles, à condition qu'ils n'affirment pas leur identité bahá'íe. 2. Ils devront s'inscrire de préférence dans des écoles à fort encadrement religieux. 3. Ils devront être expulsés des universités, soit lors des formalités d'inscription, soit en cours d'études, dès l'instant où il apparaît qu'ils sont bahá'ís. 6. Un plan doit être conçu pour attaquer leurs racines culturelles à l'extérieur du pays. » Le point C.1 affirme qu'il doit leur être permis de « disposer de moyens d'existence modestes du même niveau que ceux de la population générale », mais les points C.3 et C.4 disposent qu'il doit être « refuser de les employer s'ils affirment leur identité bahá'íe. » et il doit leur être refuser « tout poste d'influence, par exemple dans l'enseignement, etc. »

[310] Voir le rapport de la Communauté Internationale Bahá'íe, 1999

[311] Il faut noter qu'il n'y a que les questions de religion ne concernent que les religions constitutionnellement reconnues. Il y a donc des questions pour les zoroastriens, les juifs, les chrétiens et les musulmans. Mais aucune question ne correspond à la foi baah'ie. Les étudiants qui ne font pas d'une minorité reconnues sont donc obligés de répondre en choisissant une des quatre autres religions.

[312] Voir Geoffrey CAMERON and Tahirih DANESH, *A Revolution Without Rights?*, London, The Foreign Policy Centre, 2008, p.28) + (Baha'i International Community, 2006, *Closed Doors : Iran's Campaign to Deny Higher Education to BAha'is*. New York: BIC)

s'est produit à plusieurs reprises. Notamment en juin 2007. Environ 1000 étudiants bahá'ís ont passé les examens, mais plus de 700 ont été informés par la suite que leurs dossiers étaient incomplets et leurs examens n'ont pas été pris en compte. Sur plus de 200 admis, 128 ont plus tard été identifiés comme bahá'ís et par conséquent exclus. Une fuite d'une communication confidentielle du directeur général de l'office central de sécurité du ministère des sciences et de la recherche et de la technologie a été révélée, qui ordonne à 84 universités iraniennes d'expulser les étudiants bahá'ís.[313] Toute une génération de bahá'ís s'est ainsi vue systématiquement interdire l'accès à l'enseignement supérieur dans des centres éducatifs privés et publics agrées en Iran. Cette exclusion de l'enseignement supérieur se perpétuant, en 1987, les bahá'ís ont été amenés à établir leur propre programme d'enseignement supérieur ou de cours dispensés à domicile afin de combler les besoins éducatifs de leurs jeunes. En 1996, plusieurs centaines d'étudiants ont été inscrits et onze se sont vus attribuer un diplôme d'équivalence à la licence. Mais le fonctionnement de ce programme est régulièrement perturbé par des arrestations d'enseignants et des confiscations de matériel, d'ouvrages et de mobilier.[314]

De plus, depuis 1983, la communauté bahá'íe s'est vue systématiquement dénier le droit de s'associer librement ainsi que le droit de maintenir ses institutions administratives, ou organes de décisions démocratiquement élus, qui dans d'autres pays organisent et régissent les activités religieuses de la communauté.[315]

En outre, les cimetières, lieux saints, sites historiques, centres administratifs et autres biens bahá'ís ont été confisqués peu de temps après la Révolution de 1979. Aucun bien n'a été restitué et beaucoup ont été détruits. La saisie de cimetières a créé des problèmes partout en Iran pour les bahá'ís qui éprouvent des difficultés à enterrer leurs morts et à marquer leurs tombes. Ils n'ont accès qu'à des terrains abandonnés que le gouvernement leur a réservés, et n'ont pas le droit de graver les pierres tombales.[316]

Enfin, l'application de l'article 167 de la Constitution rend les bahá'ís vulnérables des décisions arbitraires de la part des juges conservateurs. L'article 167 de la Constitution

[313] Geoffrey CAMERON and Tahirih DANESH, *op.cit.* p.28-29
[314] Voir le rapport de la Communauté Internationale Bahá'íe, 1999
[315] Rapport de la Communauté Internationale Bahá'íe, 1999
[316] *Ibid*

dispose que « *pour chaque litige, le juge est tenu de s'efforcer de fonder sa sentence sur les lois codifiées, ou, s'il n'en trouve pas, de prononcer son jugement par référence à des sources islamiques sûres ou à des décrets religieux authentiques* ». C'est ainsi que les fatwas de Khomeiny qui condamnent les bahá'ís ont souvent été utilisées par les tribunaux.[317] Comme les bahá'ís sont des infidèles sans protection, ni les mariages ni les divorces bahá'ís ne sont officiellement reconnus par l'Iran, et le droit à l'héritage des bahá'ís inexistant.[318]

Dans son dernier rapport, en date du 4 octobre 2013, le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Iran, Ahmed Shaheed fait état d'une « *escalade de violations systématiques des droits de l'homme visant les membres de la communauté bahaîe (…)* »[319]. Toutefois l'Iran n'est pas le seul Etat à nier la liberté de religion des bahá'ìs. A partir des années 2000, la situation juridique des bahá'ís d'Egypte s'est dégradé.

2. La liberté de religion des bahá'ìs en Egypte.

La situation des bahá'ís en Egypte diffère quelque peu de celle des bahá'ìs qui vivent en Iran. .Le statut juridique des bahá'ìs d'Egypte est passé par plusieurs rebondissements. Après avoir été reconnue officiellement comme une religion indépendante de l'islam, et par conséquent privés des droits dont disposent les citoyens musulmans, la législation a reconnu officiellement la foi bahá'íe dans les années 1930. Mais à partir des années 1960, le président Nasser prive les bahá'ís de leurs droits en tant que communauté religieuse.

[317] Firuz KAZEMZADEH, The Baha'is in Iran,= : Twenty Years of Repression, *Social Research*, 2000, n°67 (2)"
[318] Par exemple, une bahá'íe n'a pu recevoir sa part légitime de l'héritage qui lui revenait à la suite du décès de sa fille. Le Ministère de la Justice, à la Cour civile de Téhéran, publia un certificat d'héritage proclamant que le « seul héritier de la défunte était son mari, musulman » étant donné que les autres héritiers sont bahá'ís et assujettis à l'article 881 du Code civil. En appel, la Cour centrale publique décréta que l'opposition de cette femme au verdict précédent « est sans fondement puisqu'elle a franchement admis devant la cour qu'elle est bahá'íe
[319] Document, UN, A/68/503, du 4 octobre 2013, paragraphe 40

Dans un premier temps, la religion bahá'íe a été officiellement reconnue par les tribunaux musulmans comme étant une religion indépendante de l'islam. En 1925, le notaire du village de Kawmu's-Sa'ayidih, du district de Beba, saisit la justice et demande que soit prononcé le divorce de trois hommes bahá'ís, mariés avec des femmes musulmanes. L'argument du notaire, agissant en tant que représentant d'un ordre religieux agréé par le ministère de la Justice est que ces hommes ont abandonné l'islam. Or selon le droit musulman une femme musulmane ne peut pas être marié à un apostat, ni à un non-musulman, et les tribunaux doivent prononcer la dissolution du mariage. La Cour d'appel religieuse de Beba a déclaré dans sa décision du 10 mai 1925 que la foi bahá'íe est « *une nouvelle religion, entièrement indépendante* [de l'islam] *avec des croyances, des principes et des lois qui lui sont propres, qui sont différents des croyances, principes et lois de l'islam, et sont en désaccord complet avec ceux-ci. Par conséquent un bahá'í ne peut pas être considéré comme musulman et vice-versa, de même qu'un bouddhiste, un brahmaniste ou un chrétien ne peut être considéré comme musulman et réciproquement* »[320]. Cette affirmation d'indépendance de la foi bahá'íe par rapport à l'islam a surtout permis à la Cour d'appel de Beba de prononcer le divorce des trois bahá'ís mariés à des femmes musulmanes, au motif justement que les femmes musulmanes n'ont pas le droit d'épouser un non-musulman.

A partir des années 1930, la communauté bahá'íe d'Egypte a bénéficié d'une reconnaissance officielle et s'est vu reconnaître le droit d'élire une Assemblée spirituelle nationale, c'est à dire d'avoir une autorité administrative et spirituelle qui la représente.

Toutefois, la reconnaissance officielle n'entraîne pas une absence de discrimination. Depuis 2000, les bahá'ís ne possèdent plus de papiers officiels, et ne sont plus, par la même occasion des citoyens égyptien.

En Egypte, tous les citoyens doivent faire figurer sur leurs papiers d'identité leur appartenance religieuse, et la pratique actuelle impose de choisir informatiquement entre les trois religions officiellement reconnues, à savoir l'Islam, le Christianisme et le Judaïsme. Ne pouvant choisir entre ces religions, les bahá'ís sont, de facto, contraints de circuler sans papiers d'identité lesquels sont pourtant nécessaires pour avoir accès à la

[320] Shoghi EFFENDI , *Dieu passe près de nous*, Bruxelles, MEB, 1976, p.354

plupart des droits citoyens et notamment à l'éducation, les services financiers et surtout les services de santé.

Au printemps 2006 un couple marié, s'est vu confisquer ses cartes d'identité et ses passeports quand ils ont demandé à y inscrire les noms de leurs filles, dont les actes de naissance mentionnent la religion bahá'íe. En avril 2006, un tribunal administratif a statué en leur faveur, obligeant l'Etat à leur délivrer des cartes d'identité indiquant leur religion. L'arrêt affirme que même si le gouvernement ne reconnait pas à la foi bahá'íe le caractère d'une religion, ses membres doivent néanmoins pouvoir inscrire leur appartenance religieuse dans les papiers officiels. En mai, le gouvernement a fait appel de la décision du tribunal administratif et l'a portée devant la Cour administrative suprême. Le 2 décembre, les avocats des bahá'ís ont plaidé le rejet de l'appel du gouvernement arguant que l'arrêt du tribunal administratif est conforme à la loi. Le 16 décembre 2006, la Cour suprême Egyptienne annule la décision de première instance, et prive du même coup les bahá'ís d'état civil. Un an plus tard, au mois de décembre 2007, deux nouvelles affaires sont portées devant le Conseil d'Etat. Il s'agit cette fois d'un père qui désire obtenir des actes de naissance valides de ses deux jumeaux et d'un étudiant qui cherche à obtenir sa carte d'identité pour pouvoir s'inscrire à l'université. Alors que le Conseil d'Etat ne s'est toujours pas prononcé, il ne cesse de reporter la date d'audience, un tribunal administratif de première instance a rendu le 30 janvier 2008 son verdict dans deux affaires concernant la pratique du gouvernement égyptien en matière d'appartenance religieuse et de documents d'identité. Le tribunal de justice administrative du Caire a reconnu la validité des arguments avancés dans ces deux affaires concernant des bahá'ís qui cherchaient à rétablir dans leurs droits de citoyens en demandant de pouvoir laisser en blanc la case relative à l'affiliation religieuse dans les documents officiels.

Le Rapporteur Spécial des Nations Unies a demandé à deux reprises des explications sur ce problème de carte d'identité, mais les deux demandes sont restées sans réponses jusqu'à aujourd'hui[321].

[321] E/CN.4/2005/61/Add.1 rapport daté de 2005 et A/HRC/7/10/Add.1, rapport daté de 2007

CONCLUSION

L'instrumentalisation de la religion par le pouvoir politique, qui utilise la religion pour légitimer son pouvoir et asseoir son autorité, entraine une violation de la liberté de religion que subissent les musulmans dans une moindre mesure, mais surtout les non-musulmans. La liberté de religion est limitée par trois principaux éléments, qui constituent des délits au sens du droit musulman, le blasphème, l'hérésie et l'apostasie. Alors que les sanctions du blasphème et de l'hérésie sont d'ordre pénal, les sanctions relatives à l'apostasie entraînent des conséquences quant aux statuts personnels du non-musulman. Les infractions d'hérésie, de blasphème et d'apostasie violent la liberté de religion des musulmans, tandis que la liberté de religion des non-musulmans est limitée par d'autres restrictions

Les infractions de blasphème, d'hérésie et d'apostasie ont été développées par les théologiens musulmans à la mort du Prophète pour protéger une communauté musulmane naissante et fragile. Les premiers convertis attestent l'autorité du Prophète Mahomet et lui vouent une totale fidélité. La légitimité de Mahomet tient à son statut de Messager de Dieu. Or il meurt sans désigner de successeur et aucun croyant ne peut se prévaloir d'une quelconque légitimité divine. Lorsque Abu Bakr, le 1er Calife est désigné, plusieurs convertis à l'islam tentent de se démettre de son autorité, refusent de suivre les instructions du Calife et refusent de payer les taxes auxquelles sont soumis tous les musulmans. Or ces comportements risquent de créer la zizanie dans une communauté fragile et de semer le doute dans l'esprit des nouveaux croyants. Pour protéger la communauté, les théologiens établissent alors des infractions qui permettront de sanctionner les musulmans dont le comportement porte atteinte à la communauté. A l'origine, l'hérésie, le blasphème et l'apostasie ont vocation à protéger la communauté et non à limiter la liberté des croyants.

Bien que les différentes écoles juridiques de l'islam ne codifient pas les infractions de la même manière, des similitudes apparaissent quant à l'objet que doit protéger cette codification.

Le blasphème permet de protéger la nature spirituelle et divine de la religion. Ainsi, l'insulte à l'égard de Dieu, du Prophète, Compagnons du Prophète (pour les sunnites) et les Douze Imams (pour les chiites) est sanctionnée par la peine de mort. C'est ainsi qu'une fatwa a été émise en 1989 par l'Ayatollah Khomeiny contre Salman Rushdie pour son œuvre *Les Versets sataniques*. L'œuvre est considérée comme blasphématoire et la mort de l'auteur est réclamée par la fatwa.

A la mort du Prophète des mésententes apparaissent quant à la question de la succession. Certains privilégient la succession au sein de la famille du Prophète et d'autres accordent leur préférence aux Compagnons du Prophète qui bénéficiaient de sa confiance et qui avaient eu le privilège de l'accompagner en toutes circonstances. Ces divergences d'opinions aboutirent au schisme de l'islam. A partir de là, chaque souverain musulman établit la législation de son royaume en référence à une orthodoxie particulière. Et toute croyance qui diffère de celle-ci est caractérisée d'hérétique. L'hérésie permet ainsi de protéger l'orthodoxie majoritaire et de sanctionner une personne qui se prétend musulman mais qui professe une doctrine différente de celle qui est enseignée par l'Etat.

Les atteintes à la liberté de religion par des cas de blasphème et d'hérésie sont minoritaires comparés à l'apostasie. L'infraction d'apostasie sanctionne tout musulman qui quitte l'islam pour se convertir à une autre religion. La liberté de religion s'entend de « la liberté d'entrer, mais pas de sortir ». L'apostat encourt deux types de sanctions. Il peut tout d'abord être condamné à mort. Certains Etats de droit musulman, tels que l'Arabie saoudite, le Yémen et la Mauritanie condamnent l'acte de se convertir, peu importe que l'apostat en fasse la promotion ou non. Dans les autres Etats de droit musulman, l'apostat encourt la peine de mort s'il fait la publicité de sa conversion à une autre religion, c'est « l'apostasie active ». Si le musulman qui décide de quitter l'islam cherche à convaincre d'autres personnes qu'ils doivent également quitter l'islam, l'apostat peut être condamné à mort. Si aujourd'hui, sous la pression internationale, les condamnations à mort sont de plus en plus rares, les sanctions civiles de l'apostasie sont généralisées. La législation des Etats de droit musulman prévoit par exemple la dissolution du mariage en cas de conversion d'un des deux conjoints ; en matière de succession un apostat est privé de son droit. Un apostat étant considéré comme un non-musulman, la

législation en matière de statut personnel pose les mêmes restrictions que pour les non-musulmans.

On peut indéniablement affirmer que la liberté de religion des musulmans est restreinte dans les Etats de droit musulman. Néanmoins deux autres catégories de citoyens subissent des atteintes à leur liberté de religion, les minorités religieuses reconnues par l'islam, ceux que le droit musulman appelle les « gens du Livre » et les minorités religieuses non reconnues.

Bien que le droit musulman institutionnalise la relation des non-musulmans reconnus avec l'Etat par le contrat de *dhimma*, ce dernier équivaut surtout à l'institutionnalisation d'une discrimination légale. Cette discrimination est organisée d'une part pour l'accès aux hautes fonctions de l'Etat, présidence, ministère ou autre responsabilité. Les non-musulmans sont exclus de ces fonctions car la Constitution pose la condition de religiosité comme préalable à toutes les candidatures. Cela peut s'expliquer par la mission dont est dotée l'Etat de droit musulman. Puisque les autorités publiques doivent s'assurer que la religion est bien appliquée par les croyants, il est logique que les mandataires de ce pouvoir soient eux-mêmes soumis aux préceptes de l'islam et qu'ils les respectent. La discrimination est également mise en place par le principe de la primauté de l'islam. Des restrictions sont imposées aux non-musulmans en matière de mariage, de succession, de filiation. Enfin, les non-musulmans, dont la religion est officiellement reconnue, sont privés de leur droit de pratiquer librement leur religion. La construction de lieux de culte, l'impression et la distribution de livres religieux, l'organisation de rencontres sont autant d'éléments qui sont encadrés, voire interdits par les Etats de droit musulman.

Les non-musulmans reconnus par la loi sont limités dans la pratique de leur religion, mais non interdits. A l'inverse, les minorités religieuses non reconnues sont totalement privées de leur liberté de religion. La principale minorité religieuse privée de reconnaissance et de droits dans les Etats de droit musulman est la communauté bahá'íe. En tant que religion apparue après l'islam, la foi bahá'íe a longtemps été considérée comme un courant déviant de l'islam, soit une hérésie. Les tribunaux égyptiens et l'université Al-Azhar ont reconnu l'autonomie de cette religion à l'égard de l'islam.

Toutefois, cela ne suffit pas pour être admis par les Etats de droit musulman comme une minorité reconnue. Les bahá'ís subissent donc la privation de leurs droits, particulièrement en Iran et en Egypte.

Bien que la liberté de religion bénéfice d'une consécration constitutionnelle au sein des Etats de droit musulman, on a pu observer des restrictions légales à une libre pratique de la religion.

La spécificité des Etats de droit musulman qui font l'objet de cette étude réside dans la place qui est accordée à l'islam dans la Constitution. L'islam est soit inscrit comme religion d'Etat, soit, et souvent en plus, l'islam est source de législation. Cette caractéristique peut sans doute expliquer les contradictions que l'on observe entre une liberté de religion affirmée, mais non pratiquée.

La garantie de la liberté de religion exige la mise en place d'un Etat de droit. Un Etat qui est régi par le droit et où toutes les autorités sont soumises au respect du droit. Une telle exigence consacre les principes du constitutionnalisme et de la sécularisation.
Par le constitutionnalisme, les pouvoirs publics doivent conformer chacune de leurs actions au droit. Ainsi le législateur doit adopter des lois conformes à la Constitution et une loi qui ne remplit pas cette exigence peut être sanctionnée par un juge constitutionnel. Grace à la sécularisation, la législation pose des règles égalitaires pour tous les citoyens et aucune discrimination ne peut être organisée au profit d'une croyance majoritaire.

Dans un système régi par le pluralisme juridique, droit positif et droit musulman, l'intégration du constitutionnalisme et de la sécularisation a nécessairement entraîné des modifications qui ne sont pas compatibles avec le droit musulman.

PARTIE II :

L'IMPACT DES PROCESSUS DE CONSTITUTIONNALISATION ET DE SECULARISATION SUR LA PROTECTION DE LA LIBERTE DE RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Le Professeur Turpin définit le constitutionnalisme comme étant la « *traduction de la conception d'un Etat limité par le droit (…)* » avec comme conséquence logique l'instauration d'un « *contrôle de constitutionnalité* »[322]. Le constitutionnalisme est né au siècle des Lumières, comme le rappelle le Professeur Le Pourhiet, et « *se donnait pour but de limiter l'absolutisme monarchique par la rédaction de constitution fixant la règle du jeu plus clairement et précisément que ne le faisaient les coutumes ancestrales* ».[323] Dans son acception classique, le constitutionnalisme est donc conçu comme un mouvement qui incite à la rédaction d'une Constitution, élaborée pour combattre l'arbitraire en limitant les pouvoirs. La Constitution est alors envisagée comme un document écrit[324] décrivant l'organisation du pouvoir et le constitutionnalisme désigne une doctrine de limitation du pouvoir politique.

Néanmoins, Mauro Barberis explique que le constitutionnalisme s'impose au XXème siècle comme un critère qui permet de distinguer le totalitarisme et la démocratie libérale. En effet, dans son acception moderne, le constitutionnalisme est issu de la conception proposée par Kelsen *« selon laquelle la Constitution* [est une] *norme, dont la violation par les pouvoirs étatiques suprêmes peut être sanctionnée par un juge constitutionnel* »[325].

Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité est « *l'aboutissement logique du constitutionnalisme et la consécration de l'Etat de droit* »[326].

Quant à la sécularisation, Hans Blumenberg la définit comme un « *processus de longue durée, au cours duquel se produit dans la vie privée comme dans la vie publique quotidienne, un dépérissement des liens religieux »*[327]. Ce processus exige que « *des secteurs plus ou moins entiers d'une société* [échappent] *progressivement à l'influence directe des organisations et des symboles*

[322] Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e édition, 2007, p.105
[323] Anne-Marie LE POURHIET, *Drois constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012, p.34
[324] En droit constitutionnel, la Constitution peut être écrite ou coutumière. Toutefois, je ne traiterai pas de cette distinction dans la mesure où l'ensemble des Etats de droit musulman a adopté une Constitution écrite. Seuls deux Etats ont longtemps prôné qu'il est inutile de rédiger des Constitutions écrites car le Coran est la seule Constitution d'un Etat de droit musulman, il s'agit de l'Arabie Saoudite et de la Libye. Or, suite au « printemps arabe » et à la chute du Colonel Kadhafi, la Lybie s'est dotée d'une Constitution écrite. Et bien que le Roi d'Arabie Saoudite défende l'idée de l'inutilité d'une Constitution, l'Etat a été doté d'un Statut fondamental en 1992, et les principales règles relatives à l'organisation du pouvoir y sont inscrites. C'est pourquoi durant les développements qui suivront, je ne m'en tiendrai qu"à la Constitution écrite.
[325] Mauro BARBERIS, « Idéologies de la constitution –Histoire du constitutionnalisme », *in* Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Dalloz, 2010, pp.113-141
[326] Dominique TURPIN, *op. cit.,* p.170
[327] Hans BLUMENBERG, *La légitimité des Temps modernes,* Editions Gallimard, 1999, p.11

religieux »[328]. L'adhésion au processus de sécularisation, définie donc comme une séparation entre la religion et l'Etat, est plus lente dans les Etats dont le système constitutionnel est caractérisé par l'intégration des traditions religieuses. Toutefois, la sécularisation n'est pas la fin de la religion, mais la mutation de celle-ci. La religion ne disparait pas de la société, elle trouve une nouvelle place. La sécularisation ne vise pas à réduire la religion au silence, mais à privatiser la foi. La religion ne dicte plus l'activité étatique, elle est réduite à l'activité privée des individus. La sécularisation entraîne également un relativisme religieux en ce sens que toutes les religions sont égalitaires, il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes religions, ni de dichotomie entre les croyants en Dieu et les autres. Dans un système régi par une religion officielle, l'Etat et les individus sont définis par l'orthodoxie officielle. Tandis que par le processus de sécularisation ils ne sont plus définis par une seule religion. La religion officielle de l'Etat n'est plus un critère d'identification et cela permet à chacun d'apprécier la pertinence des différentes religions. Ainsi, la sécularisation aboutit au passage d'une appartenance collective de la religion à une adhésion personnelle. Ce processus « *implique une mutation de la conception de la religion qui de publique deviendrait simple option ou opinion privée* »[329]. Le processus de sécularisation qui a débuté dans la société occidentale a totalement transformé les fondements du pouvoir et a rationnalisé les relations humaines.

La sécularisation permet à l'homme d'élaborer les règles en se fondant sur la raison et non plus sur les préceptes religieux ; quant à la Constitution, comme le souligne le Professeur Le Pourhiet, elle est l'acte « *rationnellement choisi et voulu par le peuple pour préserver ses libertés en organisant et limitant le pouvoir* »[330]. Ainsi, la « *Constitution contribue de manière décisive à rationaliser le processus de création du droit dans l'Etat et à asseoir l'ordre juridique étatique sur une logique de fonctionnement interne solidement ordonnancée* »[331]. Les deux processus permettent à l'homme de se libérer d'un carcan, spirituel ou monarchique, et d'établir les règles juridiques grâce à sa raison.

[328] Franck FREGOSI, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie-Tunisie*), Thèse pour le doctorat en Sciences politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994, p.8
[329] Franck FREGOSI, *op. cit*, p.26
[330] Anne LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012, p.34
[331] Louis FAVOREU[sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.152

La sécularisation a permis de proclamer la neutralité de l'Etat en dissociant la morale religieuse de la loi civile. Quant à l'individu, il n'est plus défini par les critères d'appartenance religieuse et de non-appartenance religieuse. La rationalisation est manifeste dans l'effacement des rapports hiérarchiques entre l'activité religieuse et l'activité profane. La sécularisation permet ainsi d'affirmer la liberté de religion, mais elle doit être accompagnée du processus de constitutionnalisation car c'est « *la constitutionnalité qui est considérée comme garante du contenu essentiel des droits fondamentaux (…). Ceci est évident dans les pays dotés d'une Constitution moderne dans laquelle sont inscrits, souvent de manière précise et détaillé, les libertés et droits fondamentaux appartenant aux générations successives dont le respect est confié au juge constitutionnel* »[332].

Comme le souligne le Professeur Le Pourhiet, « *la Constitution est la traduction de l'idéologique dominante, elle-même issue du contexte historique, géographique, socio-logique et culturel dans lequel se trouve l'Etat concerné* »[333]. Ce propos se confirme dans les Etats de droit musulman. Le particularisme qui caractérise l'ensemble des Etats de droit musulman est l'imbrication des domaines politique et religieux. Comme le souligne Ahmed Mahiou, « *un lien étroit et même insécable entre Etat, droit et religion* »[334] caractérise ces Etats. L'imprégnation du référent religieux par le système constitutionnel des Etats de droit musulman est incontestable et constitue la première spécificité de ces systèmes.

Le système constitutionnel des Etats de droit musulman se caractérise donc par un pluralisme qui concilie principes démocratiques issus de la conception libérale (séparation des pouvoirs, proclamation des droits, souveraineté nationale ou populaire par exemple) et exigences traditionnelles issues de la religion. Bien que les Etats de droit musulman soient marqués par « *l'autoritarisme, la limitation des libertés et l'absence de véritable contrôle populaire* »[335], le mouvement de constitutionnalisation y est en marche. L'ensemble des Etats de droit musulman est doté aujourd'hui d'une loi fondamentale. Ils ont ainsi « *suivi le*

[332] Louis FAVOREU [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, pp.379-380
[333] Anne LE POURHIET, *Drois constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012, p.34
[334]Ahmed MAHIOU, « L'Etat de droit dans le monde arabe. Rapport introductif », *in* Ahmed MAHIOU (dir.) *L'Etat de droit dans le monde arabe*. Paris, CNRS Editions, 1997, p.7
[335] Ghassan SALAME, « Sur la causalité d'un manque : pourquoi le monde arabe n'est-il pas démocratique ? », *RFSP,* n°41, juin 1991, p.307

mouvement universel de constitutionnalisation »[336]. La rédaction de celles-ci ressemble en tout point à celles des démocraties occidentales : règles de dévolution et d'exercice du pouvoir, et proclamation des droits et libertés individuelles et collectives. La chute de l'Empire ottoman a entraîné une influence croissante des puissances européennes en Afrique du Nord et au Proche-Orient. Au début du XIXème siècle, à la suite de la première guerre mondiale, la France et la Grande-Bretagne étendent leur colonisation politique. La Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie et la Syrie sont sous l'influence politique de la France. Tandis que l'Egypte, le Soudan, l'Irak et l'ensemble des Emirats Arabes Unis du Golfe sont sous la domination britannique. Seuls l'Iran et l'Arabie Saoudite échappent à l'emprise de la colonisation. Cette domination s'est manifestée, en autre, par l'adhésion des Etats de droit musulman au constitutionnalisme. Lors de l'accession à l'indépendance, les Etats de droit musulman ont adopté le modèle d'organisation étatique « *érigé au XIXe siècle comme la seule référence obligée de développement* »[337], comme le souligne le Professeur Badie.

L'adhésion à la sécularisation pose également des difficultés aux Etats de droit musulman. Comme le souligne Paul Khoury, le « *monde arabo-islamique n'a pas connu de l'intérieur, ou presque, ce phénomène historique de sécularisation* »[338]. Réserver à la religion un secteur privé de la vie et l'exclure de la sphère publique est contraire à la tradition globalisante élaborée par les théologiens de l'islam. Rien ne peut exister sans la religion « *puisque la totalité du monde humain et naturel a besoin de l'intervention de l'Etre divin* (…) ».[339] Dieu est l'unique législateur pour la Cité et il a posé les fondements de la croyance de l'individu et les bases des relations entre les individus. « *L'islam (…) est à la fois religion et cité terrestre* »[340]. Selon les théologiens de l'islam, la religion musulmane englobe tous les aspects de la vie de l'individu, le religieux et le profane, le politique et le privé. Les principes religieux établissent les règles relatives au mariage, à l'héritage, aux aliments licites et illicites, mais aussi des règles relatives aux transactions financières et des règles

[336] Maher ABDEL HADI, « Constitutionnalisme divin ou positivisme constitutionnel dans les pays arabes ? », *in* Gilles BOLLENOT, *Religions, Eglises et Droit*, Actes des journées d'études du Centre d'études et de recherche d'histoire du droit, Saint-Etienne, Presses Universitaires de Saint-Etienne, 1990, p.197
[337] Bertrand BADIE, *Les deux Etats. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*. Fayard, 1997, p.57
[338] Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité.* Deux mondes, 1998, p.48
[339] Abdenmour BIDAR, « L'islam englobant, réalité et mort d'un mythe », *Les cahiers de l'Orient*, n°109, Printemps 2013, pp.137-152
[340] Muhammad AL-BAHI, *Pensée islamique*, cité dans Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité op. citt.* p.89

relatives aux relations entre musulmans et aux relations des musulmans avec les non-musulmans. « O*utre qu'elle comprend des dogmes, des rites et une morale,* [la religion a] *apporté un système complet touchant la vie de l'homme sous tous ses aspects depuis le berceau jusqu'au tombeau, système qui s'accorde avec le fond de la nature de la vie humaine* »[341]. C'est pourquoi l'adhésion au processus de sécularisation est difficilement envisageable dans les Etats de droit musulman. Dieu étant le seul législateur, l'Etat doit permettre d'appliquer la loi divine dans toutes ses dispositions, et non de la cantonner à la sphère privée. L'Etat ne peut pas légiférer, et admettre la sécularisation, cela « *signifie que l'Etat se débarrasse de la Loi islamique qui est le facteur le plus important pour la direction de la vie quotidienne* »[342]. Toutefois, à l'instar de la Tunisie, certains Etats de droit musulman ont amorcé le processus de sécularisation.

Les Etats de droit musulman ont amorcé les processus de sécularisation et de constitutionnalisation. Mais l'intégration de la tradition religieuse, juxtaposée aux principes libéraux et démocratiques hérités de l'Occident, permet-elle une garantie efficace de la liberté de religion ? Les sources principales du droit musulman, le Coran et la Sunna, contiennent très peu de dispositions relatives à la dévolution du pouvoir. Les principales règles juridiques du Coran traitent des statuts personnels. Ce sont donc les *fuqâhâ*[343] qui ont élaboré les règles relatives à l'exercice du pouvoir[344]. L'exercice du pouvoir diffère ainsi d'un Etat de droit musulman à un autre. Pour comprendre l'impact que peut avoir la coexistence des référents libéraux et des référents traditionnels sur l'effectivité de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman, il faut analyser la compatibilité des principes de constitutionnalisation et de sécularisation avec la théorie politique musulmane mise en place par les Etats de droit musulman (Titre I). Cette première analyse permettra alors de comprendre que l'atteinte à la liberté de religion dans les Etats de droit musulman est la conséquence d'une pratique partielle du constitutionnalisme et de la sécularisation (Titre II).

[341] Anwar AL-JUNDI, cité dans Paul KHOURY, *op. cit.* p.90
[342] Ibid
[343] Juristes musulmans
[344]

TITRE I :

La compatibilité des principes de constitutionnalisation et de sécularisation avec la théorie politique musulmane mise en place par les Etats de droit musulman

Une lecture rapide des théories développées par les orientalistes et certains auteurs politiques arabes laisse à penser que les processus de sécularisation et de constitutionnalisation sont impossibles dans les Etats de droit musulman. En effet, il est courant de trouver des écrits qui définissent l'essence de l'islam comme englobant le spirituel et le temporel, le religieux et le politique, l'Eglise et l'Etat. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que « *la sécularisation, la vie privée, l'individualisme, la démocratie parlementaire et l'Etat de droit, donc la modernité politique, économique et sociale, tout autant que la pensée libre et l'esprit critique, bref tout ce qui a été en partie exprimé dans quelques documents internationaux comme la Déclaration des droits de l'homme, est étranger à l'islam et aux musulmans dans la mesure où ils ne renoncent pas à leur religion* »[345]. Puisque la sécularisation distingue les domaines spirituels et politiques et qu'elle empêche que la religion intervienne dans les affaires de l'Etat alors « *l'orientation sécullariste est capable d'écarter l'islam du domaine de la direction et de la vie publique* »[346], et cela n'est pas envisageable dans un Etat de droit musulman.

Toutefois, ce lien insécable entre la religion et la gestion de la Cité est remis en cause par d'autres auteurs. Ces auteurs rejettent le poncif d'un islam globalisant. Le plus célèbre d'entre eux, Ali Abderaziq[347], développe une théorie de la sécularisation au lendemain de l'abolition du califat par Mustafa Kemal Atatürk en 1924. Il prend ses distances avec les théories politiques de l'islam et se démarque de ses contemporains par la mise à l'écart du modèle politique islamique. Selon lui, il est possible de distinguer dans l'islam ce qui relève de l'adhésion à la foi et qui doit rester individuel de ce qui relève de la gestion de la Cité. Il prouve que ni le Coran ni la Sunna ne posent de fondement réel pour le califat et donc pour un système politique musulman. Malgré la vive polémique qu'a suscitée Ali Abderaziq, ses écrits ont permis qu'émerge une véritable théorie de la sécularisation auprès des auteurs musulmans. D'après ce courant, la religion n'a pas vocation à régir le politique et les préceptes religieux doivent être cantonnés au domaine des relations privées. Cette thèse semble être corroborée par l'analyse numéraire des

345 Olivier CARRE, *L'islam laïc, ou le retour à la Grande Tradition*, Armand Colin, 1993, p.20

346 Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité.* Deux mondes, 1998, pp.66-67

347 Ali Abderraziq est un théologien musulman. Il a été théologien à l'Université d'Al-Azhar (qui est l'une des principales universités d'étude de l'islam) et cadi. Il est surtout connu surtout pour son ouvrage *L'islam et les fondements du pouvoir*. Bien qu'il ait créé la polémique avec son œuvre dans laquelle il remet en cause les théories de l'islam politique, il a eu un rôle important dans l'évolution de la question du califat et les débats qu'il a suscité sur la question des relations entre l'islam et la politique ont renouvelé le paysage intellectuel et politique dans le monde islamique.

dispositions juridiques du Coran. Alors que plus de cinq cents versets contiennent des dispositions d'ordre juridique, seule une poignée concerne la gestion de la Cité. La grande majorité des dispositions relève de la foi individuelle. En somme, « *dans une société moderne pluraliste multiconfessionnelle, personne ne doit prendre ses propres référents religieux comme base unique de législation et, de surcroît, les imposer aux autres. Le bien commun sera recherché par l'ensemble des composantes de la société en élaborant une législation positive dans un souci scrupuleux du respect de la dignité de l'homme et de ses droits fondamentaux* »[348].

L'examen du droit constitutionnel des Etats de droit musulman met en lumière différentes influences juridiques, aboutissant parfois à un équilibre précaire. Toutefois, les tentatives de concilier des normes traditionnelles et des normes d'influence libérale conduisent à s'interroger sur la compatibilité du référent islamique avec les processus de constitutionnalisation et de sécularisation. Le pluralisme constitutionnel des Etats de droit musulman permet d' « *assurer le maintien et la légitimité de l'ordre établi dans la pure tradition califale* »[349]. Or Ali Abderraziq démontre qu'aucune prescription coranique n'impose de s'en tenir au califat comme paradigme de l'exercice de l'autorité publique. Il démontre que ce n'est pas un modèle consacré et immuable car « *l'argument premier réside dans l'institutionnalisation d'une forme de gouvernance qui ne repose sur aucun fondement théologique irréfragable. En l'absence de dispositions successorales claires et de consignes explicites prodiguées par le Prophète (…), l'institution califale ne fut qu'un cadre formel pour exercer le pour et pratiquer le gouvernement des sociétés musulmanes. Ce ne fut qu'une affaire d'hommes, totalement séculière, et en aucun cas conforme aux directives coraniques* »[350]. L'instrumentalisation de l'islam au profit d'un modèle politique inspiré du califat est donc à rejeter selon la théorie d'Ali Abderraziq. La théorie qu'il développe ne remet pas en cause l'influence de l'islam sur la pratique constitutionnelle dans les Etats de droit musulman, bien au contraire, il prouve bien que l'islam a eu un impact direct sur la pratique constitutionnelle des Etats de droit musulman depuis la mort du Prophète.

[348] Ghaleb BENCHEIKH, *La laïcité au regard du Coran,* Presses, p.63
[349] Sabine LAVOREL *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p.21
[350] Ghaleb BENCHEIKH, *op. cit.* p.30

Dans les théories constitutionnelles modernes, les processus de constitutionnalisation et de sécularisation sont envisagés comme deux outils nécessaires à la protection des libertés fondamentales. La protection de la liberté de religion est donc liée aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation (Chapitre 1). Néanmoins, la caractéristique des Etats de droit musulman est de combiner les référents libéraux aux référents issus de sources religieuses. Il convient alors d'examiner si la référence religieuse a un impact sur la conception des processus de constitutionnalisation et de sécularisation dans les Etats de droit musulman (Chapitre 2).

CHAPITRE I :

La protection de la liberté de religion par les processus de constitutionnalisation et de sécularisation

Comme le souligne le Professeur Le Pourhiet, « *le constitutionnalisme est l'outil privilégié d'une idéologie démocratique et libérale* »[351] et la Constitution est affirmée comme la norme suprême dans l'ordre juridique donné. Par conséquent, toute norme inférieure doit être conforme à la norme supérieure et le non-respect de cette disposition doit être sanctionné par un organe habilité, puisque comme l'affirme le Professeur Turpin, « « *la justice constitutionnelle est la principale manifestation de l'expression planétaire de l'Etat de droit* »[352]. Le doyen Favoreu souligne ainsi qu'« *à partir du moment où est installée une justice constitutionnelle susceptible de mettre en œuvre et d'activer une Constitution de type moderne, c'est-à-dire concernant un énoncé de droits fondamentaux et l'organisation d'un système de production du droit, le mouvement de constitutionnalisation de l'ordre juridique se produit de manière irrésistible, même s'il suscite parfois de fortes résistances et même si son développement peut connaître des progressions différentes selon les pays »*[353]. Le constitutionnalisme permet ainsi l'institutionnalisation de l'Etat de droit.

Carré de Malberg explique que l'Etat de droit « *est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens »*[354] et ainsi, l'institutionnalisation de l'Etat de droit est « *incontestablement et essentiellement associé à la protection des droits de l'individu* »[355]. L'avènement des mouvements de constitutionnalisation et de sécularisation a ainsi accompagné la promotion de l'individu « *comme nouveau cosmos social* »[356].

La sécularisation est un processus d'autonomisation de la société par rapport aux symboles et institutions religieuses. « *Le premier postulat du sécularisme est que l'univers est autonome, expliqué par les forces et les lois qui le constituent et le dominent ; il n'a donc besoin d'aucune force extérieure pour expliquer ce qui se passe en lui* »[357].

[351] Anne-Marie LE POURHIET, *Drois constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012, p.34
[352] Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e édition, 2007, p.102
[353] Louis FAVOREU [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.281
[354] Carré de Malberg, cité dans Louis FAVOREU [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.25
[355] Louis Favoreu [sous la direction de], *op. cit.*, p.25
[356] Franck FREGOSI, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie-Tunisie)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994, p.50
[357] Anwar AL-JUNDI, cité dans Paul KHOURY, *op. cit.*. p.76

Par ces deux processus l'Etat moderne garantit la protection des droits et libertés fondamentaux, au nombre desquels figure la liberté de religion. Le constitutionnalisme participe à la garantie de la liberté de religion en ce sens que son inscription dans la Constitution[358] permet à un organe habilité de sanctionner sa violation par les autorités publiques. En effet, selon son acception moderne, la Constitution s'attache à définir le fonctionnement des pouvoirs publics et les garanties des droits fondamentaux, et habilite un organe à sanctionner le non-respect des dispositions constitutionnelles. L'énoncé de ces droits et libertés fondamentaux dans le corps de la Constitution est donc essentielle pour garantir leur effectivité. Le processus de sécularisation quant à lui libère l'individu de tout pouvoir religieux en organisant un recul de la religion institutionnelle. Ainsi l'égalité de tous les citoyens est garantie puisque « *l'Etat devient celui de tous les citoyens : il pratique l'égalité de traitement entre toutes les confessions et laisse chacun libre de décider de sa croyance sans que son choix puisse avoir quelque effet sur son statut personnel, l'exercice de ses droits, l'accès aux responsabilités et aux fonctions de toute nature* »[359]. Pour René Remond[360], la première étape de la sécularisation est l'abolition des discriminations confessionnelles afin de réaliser les conditions effectives de la liberté de religion. Il estime ainsi à juste titre que « *l'abrogation de toutes les dispositions contraires à une égalité effective des personnes afin de permettre la liberté de conscience, première étape à la sécularisation, s'est faite sous l'inspiration de la pensée libérale : le choix d'une religion étant une affaire essentiellement personnelle ne devrait intéresser que la conscience individuelle et échapper au contrôle de la société comme à l'intervention de l'Etat* »[361].

L'individu est donc placé au cœur d'une nouvelle organisation sociale, fondée sur un système rationnel et défini dans une norme fondamentale. La liberté de religion est garantie grâce à la protection des libertés individuelles qui est assurée par la Constitution (Paragraphe 1) et par l'avènement de la théorie individualiste accompagnant la sécularisation (Paragraphe 2)

---

[358] Dans le manuel de Droit constitutionnel du Professeur Louis Favoreu, les auteurs soulignent à juste titre que « *Dans toutes les Constitutions modernes (…) les droits fondamentaux ne sont plus relégués dans des 'préambules' sans valeur juridique, mais ils occupent une place centrale avec souvent une portée juridique renforcée ».* Louis FAVOREU[sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.895

[359] René REMOND, *Religions et société en Europe*, Editions du Seuil, 1998, p.190

[360] Historien et politologue français, membre de l'Académie française. Ses travaux sont essentiellement consacrés à l'histoire politique, intellectuelle et religieuse de la France contemporaine

[361] René REMOND*, op. cit.* p.176

Paragraphe 1 :

La protection des libertés individuelles par la Constitution

Raymond Carré de Malberg explique que « *le prétendu intérêt collectif de l'Etat se résout invariablement en intérêts individuels ; et cela, non seulement en ce sens qu'en fait ce sont des individus qui bénéficient des mesures prises par l'Etat dans des vues d'intérêts nationaux, mais encore par ce motif que l'activité étatique, lorsqu'elle s'exerce pour le compte du groupe national ne peut avoir d'autre but au fond que de donner satisfaction aux intérêts de ses membres présents et futurs, qui se trouvent les véritables destinataires des mesures d'intérêts nationaux* »[362]. Pour atteindre ce but, « *faire coïncider intérêt général et intérêt spécifique, de sorte que soient préservés le droit et la liberté de l'individu* »[363], l'Etat de droit exige, d'une part, une Constitution garantissant les droits fondamentaux et d'autre part, que les pouvoirs publics n'agissent que conformément aux normes préexistantes. Comme l'affirme le Doyen Favoreu, le processus de constitutionnalisation est lié à l'Etat de droit en ce sens que « *le premier insiste sur la suprématie de la Constitution et le respect des droits fondamentaux, et le second sur la formalisation du droit et la généralisation d'un contrôle juridictionnel de son application (…)* »[364]. Il s'agit donc d'affirmer la primauté des droits fondamentaux et de les garantir par la limitation des pouvoirs de l'Etat. Tant les pouvoirs des autorités administratives que ceux du législateur sont encadrés « *par rapport aux droits individuels que la Constitution place au-dessus des atteintes du législateur* »[365]. Pour protéger les droits individuels et collectifs des individus, l'Etat est dorénavant soumis au droit qu'il élabore et « *ce mode de limitation des pouvoirs publics est conçu dans l'intérêt des autorités publiques* »[366].

---

[362] Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, Recueil Sirey, Paris, 1920, p.26
[363] Didier BOUTET, *Vers l'Etat de droit, la théorie de l'Etat et du droit*, L'Harmattan, 1991, p.164
[364] Louis Favoreu [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.89
[365] Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, , p.201 + Carré de Malberg, *op. cit.*, p.15
[366] Raymond CARRE DE MALBERG, *op.cit.* p.492,

Toutefois, il ne suffit pas d'affirmer qu'une règle est une règle de droit positif et qu'elle s'impose à tous pour qu'elle soit respectée, et encore moins, pour qu'elle soit conforme aux intérêts individuels et collectifs de la société. Parmi toutes les règles de droit interne, une prééminence doit être accordée à la Constitution, norme fondamentale qui pose les règles de séparation des pouvoirs et énonce les libertés fondamentales. A côté de la Constitution, les normes internationales sont également une source de droit qu'il ne faut pas négliger. Dans la théorie libérale, l'affirmation de la suprématie de la Constitution lui confère naturellement le rôle de régulateur de l'ordre juridique interne. Comme le souligne Charles Einsenmann, la Constitution « *représente dans l'ordre interne, le dernier terme auquel on puisse rapporter et comparer une règle de droit pour en apprécier la validité juridique, car elle y est le principe premier de toute régularité* »[367]. Sans entrer dans le débat qui oppose les conceptions moniste et dualiste[368], l'affirmation de la suprématie de la Constitution en droit interne ne soustrait pas les autorités publiques à l'obligation de conformer le droit interne au droit international.

La Constitution devient ainsi la norme suprême, le principe de toute validité juridique. Néanmoins, la primauté de la Constitution en tant que principe de toute validité juridique doit être renforcée par un contrôle. Ce dernier doit permettre de s'assurer que le législateur ne déroge pas à la Constitution. « *Le contrôle juridictionnel des actes a pour effet d'assurer la distinction et la hiérarchie de deux degrés de règles, en conférant par là même force obligatoire à celles du degré supérieur. La justice constitutionnelle ne fait que poursuivre et achever cette œuvre de*

[367] Charles EINSENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche,* Paris, Economica, p.11

[368] Selon la conception dualiste, le droit interne et le droit international constituent deux systèmes juridiques indépendants, égaux et séparés. La valeur propre du droit interne est indépendante de sa conformité au droit international. Il n'y a donc pas de problème de supériorité entre les normes internes et les normes internationales. Selon la conception moniste, le droit interne et le droit international constituent un seul et même ensemble dans lequel les deux types de règles seront subordonnés l'un à l'autre. Deux options sont alors possible, le monisme peut consacrer la primauté du droit interne ou à l'inverse la prééminence du droit international. Je ne rentrerai pas dans ce débat, qui dépasse le cadre limité de ma thèse, mais il est entendu que les normes internationales s'imposent aux autorités publiques, de manière directe ou indirecte. Pour aller plus loin sur cette question, voir, Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, t.1, Dinh NGUYEN Quoc, Alain PELLET, Patrick DALLIER, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, 7ème édition ; Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* 1926, IV, p.313, Dominique CARREAU, *Droit international,* Paris, Pédone,2001,p.42 et s. ; Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, 14ème édition, p.171 et s.

hiérarchisation »[369]. Le contrôle de constitutionnalité subordonne l'activité législative au respect de la Constitution et il marque le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit.

La notion de Constitution

D'un point de vue symbolique la Constitution est l'acte fondateur d'un Etat puisque, comme l'a affirmé Carré de Malberg « *la naissance de l'Etat coïncide avec l'établissement de sa première Constitution* »[370] . La reconnaissance officielle d'un Etat correspond à « *l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique* »[371]. D'un point de vue juridique, la Constitution est l'ensemble des règles relatives à l'organisation de l'Etat. Elle détermine la forme de l'Etat, unitaire ou fédéral ; organise l'agencement des pouvoirs publics, le régime de séparation souple ou rigide des pouvoirs et énonce les droits et libertés individuelles. En somme, la Constitution est « *un ensemble de dispositions organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens* »[372]. Carré de Malberg donne la définition suivante de la Constitution : « *une organisation d'où résulte un pouvoir effectif de domination exercé par certains membres du groupe sur celui-ci tout entier »,* [peu importe] *comment cette puissance s'est établie et comment ses détenteurs effectifs s'en sont trouvés nantis* »[373].

Mais la Constitution ne peut pas être qu'un simple cadre de répartition des compétences entre les différents pouvoirs. Dans son acception moderne, établie par les démocraties libérales, elle doit également garantir la protection des libertés fondamentales. Par la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux, « *la Constitution devient à la fois un ensemble de normes et un ensemble de valeurs* »[374]. La limitation des pouvoirs doit avoir pour objectif de garantir les droits et libertés fondamentaux. La constitutionnalisation des

[369] *Ibid*, p.22
[370] Raymond CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, p.65
[371] Ibid
[372] Louis FAVOREU et alli, *op. cit*, pp.75-76
[373] Raymond CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, p.67
[374] Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », http://juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html

droits et libertés fondamentaux permet ainsi de protéger l'individu contre les éventuels abus d'un pouvoir qui n'aurait aucune limite. Ainsi, comme le soulignent Francis Hamon et Michel Troper, « *pour garantir la liberté, il* [faut] *limiter le pouvoir au moyen de quelques règles d'organisation judicieusement combinées. On a appelé ces règles « constitution », terme synonyme (…) « d'organisation » ou de « structure* ».[375]

Le principe du constitutionnalisme apparaît comme un principe d'autolimitation par le pouvoir en place. En ce sens, Jean-Louis Quermonne affirme que « *L'Etat de Droit (…) exige (…) que l'Etat et les collectivités publiques soient soumis au respect du droit positif au même titre que les particulier*s »[376]. Cette idée de limitation des pouvoirs de l'Etat est concomitante à l'avènement des théories individualistes. L'individu est placé au cœur des objectifs étatiques ; la garantie de ses droits et libertés doit être la vocation de toute organisation politique. « *L'idée de limitation de l'Etat repose essentiellement sur la reconnaissance de la primauté de l'individu comme objectif ultime de l'organisation politique* »[377].

La reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux et la théorie de la hiérarchie des normes (1) sont des techniques qui ont été instaurées afin de protéger les individus de l'arbitraire qui caractérise les Etats avant le passage à l'Etat de droit. Ainsi, les droits et libertés deviennent opposables à tous, aussi bien aux autorités administratives qu'au législateur. La constitutionnalisation des libertés impose des obligations positives à l'Etat, une obligation d'action. Mais l'énonciation de ces principes dans le texte de la Constitution détermine également « *le contenu des lois de façon négative, [c'est-à-dire qui prévoit] une procédure qui permette d'annuler des lois qui ne répondraient pas à ces dispositions* »[378]. Une procédure est associée à l'énonciation des principes, afin de permettre une meilleure protection de l'individu. La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité apparaît dès lors comme un mécanisme inédit, justifié par la nécessité de protéger l'individu contre l'arbitraire des pouvoirs publics (2).

---

375 Francis HAMON et Michel. TROPER, *op. cit*, p.17
376 Jean-Louis. QUERMONNE, *Le gouvernement sous la Vème République*, Dalloz, 1980, p.33
377 Issam BEN HASSEN, *op. cit*, p.211
378 Hans KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, Bruylant, L.G.D.J , 1999, p.145

1. La Constitution comme garant des libertés individuelles

La première étape du constitutionnalisme qui permet de protéger l'individu est l'élaboration d'une Constitution qui contienne des dispositions relatives à l'organisation du pouvoir et des principes protecteurs des individus. Selon Charles Eisenmann, « *c'est une tendance très répandue (…) que d'attribuer parmi les règles du droit constitutionnel une sorte de prééminence à celles qui concernent (…) les rapports de l'Etat et des individus sur celles qui ont pour objet « la forme de l'Etat et l'organisation des pouvoirs publics* »[379]. Néanmoins pour que la Constitution puisse garantir les libertés individuelles, elle doit pouvoir bénéficier d'un statut différent des autres normes.

La théorie de la hiérarchie des normes, telle que définie par Hans Kelsen, est basée sur le principe que « *le domaine de validité des normes est un élément de leur contenu* » [380]; or « *la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle* »[381]. Une norme n'est valide qu'en raison de sa conformité à une norme qui lui est supérieure, qui elle-même n'est valide que parce qu'elle se conforme à une norme qui lui est encore supérieure. « *Autrement dit, une phrase quelconque n'a la signification d'une norme qu'en raison de son insertion dans une hiérarchie* »[382], comme le relèvent Francis Hamon et Michel Troper. Hans Kelsen explique que ces normes, dont chacune trouve sa validité dans une autre norme qui lui est supérieure, forment non pas un « *complexe de normes les uns à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie des normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures* »[383]. Selon le principe dit de la «pyramide de Kelsen », « *la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques* »[384].

---

[379] Charles EISENMANN, *op. cit.*, p.93
[380] Hans KELSEN, *op. cit.*, p.21
[381] Hans KELSEN, *op. cit.* p.193
[382] Francis HAMON et Michel. TROPER, *op. cit.*, p.11
[383] Hans KELSEN, *op. coit.* p.200
[384] Hans KELSEN, *op. cit.*, p.224

Cette pyramide ne peut pas s'allonger indéfiniment et la recherche du fondement de la validité d'une norme ne peut pas se poursuivre à l'infini. Cette quête doit prendre fin avec une norme qui est supposée être la norme suprême, la norme fondamentale. Au sommet de cette pyramide se trouve donc la norme fondamentale. La « *démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale – norme supposée. La norme fondamentale hypothétique est, par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création* »[385]. Toute la théorie de la hiérarchie des normes repose donc sur un présupposé. L'unité des éléments de la pyramide découle du fait que chaque norme est validée par sa conformité à la norme qui lui est supérieure. Chaque norme supérieure est donc le fondement de validité de la norme inférieure. Ainsi la Constitution est une norme qui trouve également son fondement dans une autre norme qui lui est supérieure, et il s'agit alors de la « norme fondamentale ». Toutefois cette « norme fondamentale » n'est pas une norme comme les autres. « *Cette norme fondamentale n'existe pas. Elle n'est même pas véritablement une norme. C'est seulement le présupposé, faute duquel il serait impossible de traiter la constitution comme une norme et de faire la moindre différence entre un commandement légal et un non légal* »[386]. La norme fondamentale a un caractère hypothétique et fictif, mais elle est essentielle pour fonder la validité de l'ensemble des normes juridiques. Sa fonction est de « *fonder la validité objective d'un ordre juridique positif, c'est-à-dire de normes, posées par des actes de volonté humaine, d'un ordre de contrainte en gros et en général efficace.*»[387].

La norme supérieure peut déterminer exclusivement la procédure selon laquelle la norme inférieure doit être créée ; mais elle peut aussi également définir le fond et le contenu de la norme inférieure, en plus des règles de procédure. Ainsi, le droit élaboré par l'Etat se présente comme un édifice de plusieurs étages, superposés et subordonnés les uns aux autres. Et chaque norme n'est valide que si « *elle est satisfaite, par ses conditions d'émission et/ou dans son contenu, aux déterminations inscrites dans d'autres normes de niveau supérieur* »[388]. De ce principe, il découle que les lois, qui ont caractère général, sont subordonnées à la Constitution ; que les ordonnances et les règlements sont subordonnés

[385] *Ibid*
[386] Francis. HAMON et Michel. TROPER, *op. cit.*, p.11
[387] Hans KELSEN, *op. cit.* p.202
[388] Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Monchrestien, 4e éd., 2003, p.43,

aux lois ; et que les décisions de caractère individuel sont placées au-dessous des ordonnances et des règlements. Le respect de la hiérarchie des normes est donc garantie à tous les niveaux ; ce qui est le fondement de l'Etat de droit d'après Jacques Chevallier puisque « *selon la conception formelle, l'Etat de droit se présente sous l'aspect de la hiérarchie des normes dont le respect doit être garanti à tous les niveaux* »[389]. La primauté de la Constitution est garantie par la théorie de la hiérarchie des normes et la Constitution « *demeure nécessairement le principe de toute validité juridique* »[390].

Cette conception formelle de l'Etat de droit, qui implique qu'il se présente comme un régime « *dont le principe de la hiérarchie des normes donnerait la clef* »[391], prend du sens semble-t-il s'il est accompagné d'une garantie des droits et des libertés fondamentaux. Le constitutionnalisme n'a pas simplement vocation à organiser la séparation des pouvoirs et à maintenir un régime de subordination des différentes normes ; la Constitution doit également garantir les libertés des individus. C'est donc par la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux que la Constitution « *est chargée d'une valeur intrinsèque ; elle est une valeur en soi* »[392]. Le principe de la hiérarchie des normes ne prend alors de sens que « *dans la mesure où il repose sur un ensemble de valeur sans lesquelles il ne serait que formalisme vain* »[393]. Hans Kelsen rappelle que les Constitutions des Etats modernes garantissent les droits et libertés fondamentaux, parmi lesquels figurent « *la liberté de conscience, y compris la liberté religieuse* ».[394] Dans la conception moderne du constitutionnalisme, la hiérarchie des normes n'est plus conçue comme un simple régulateur de l'ordre juridique, mais comme un moyen de protection des droits fondamentaux. « *La hiérarchie formelle de l'ordre juridique ne réalise pas, à elle seule, l'Etat de droit. Il faut que cette hiérarchie soit de nature à réaliser la protection de certaines valeurs. (…). La constitutionnalisation des droits subjectifs demeure une nécessité impérieuse* »[395].

[389] Jacques CHEVALLIER, La mondialisation de l'Etat de droit, *in Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p.326,
[390] Issam BEN HASSEN, *op. cit* p.207
[391] Jacques CHEVALLIER, *op. cit.*, p.14 et 9
[392] M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale,* Bolonia, Il Mulino, 1994, p.15, cité par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit*
[393] Jacques CHEVALLIER, *op. cit.*, p.14 et 9
[394] Hans KELSEN, *op. cit.*, p.145
[395] Issam BEN HASSEN, *op. cit.* p.210

L'idée d'une limitation de l'Etat repose essentiellement sur la reconnaissance de la primauté de l'individu comme objectif ultime de l'organisation politique. La philosophie individualiste, qui confère à l'individu une valeur supérieure doit être un fondement de l'Etat de droit car elle « *croit en la valeur supérieure de l'individu aussi bien par rapport à la société que par rapport à l'Etat. Dans cette perspective, l'individu doit bénéficier d'une protection et de garanties pour ses droits individuels* »[396]. Dans la mesure où la Constitution est la norme suprême qui fonde la validité de l'ordre juridique, l'individu doit bénéficier d'une consécration explicite de ses droits fondamentaux dans le texte constitutionnel. Charles Eisenmann affirme ainsi que « *l'ordre individualiste doit être placé en tête des matières constitutionnelles … comme le premier et le plus essentiel chapitre* [de la Constitution] »[397]. Dans la conception libérale, l'Etat de droit, dont la « *finalité est d'abord la protection des citoyens contre l'arbitraire* »[398], doit libérer l'individu de la tyrannie et de l'arbitraire d'une part en subordonnant le pouvoir au droit, et d'autre part, en lui permettant « *de se réaliser comme citoyen* [et] *en lui offrant le développement maximal de toutes ses potentialités* »[399], selon l'expression de Marie-Joëlle Redor

La protection de l'individu contre la tyrannie et l'arbitraire du pouvoir est en outre garantie par la justice constitutionnelle. Une règle produit l'effet escompté seulement si sa violation est sanctionnée. La justice constitutionnelle est donc indispensable au maintien concret de l'Etat de droit et à la préservation des libertés. Comme le souligne Charles Eisenmann, « *à elles seules, les Déclarations ne constituent que des professions de foi du législateur ou à son usage. Elles n'entrent dans l'ordre juridique que si une règle prévoit pour elles une sanction et un organe chargé d'appliquer cette sanction in concreto* »[400].

[396] Yadh BEN ACHOUR, *Introduction à l'étude du droit*, CPU, 2005, p.124, cité dans Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.211
[397] Charles EISENMANN, *op. cit*, p.93
[398] L. Walter LEISNER, L'Etat de droit, une contradiction, in *Recueil d'Etudes en hommage à Charles EISENMANN*
[399] Marie-Joëlle REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica, 1992, p.11
[400] Charles EISENMANN, *op. cit.* , p.97

La garantie des libertés fondamentales par le texte de la Constitution et la suprématie des normes constitutionnelles seraient donc de vains mots « *si elles pouvaient être impunément violées par les organes de l'Etat* »[401]. La justice constitutionnelle est indispensable à la protection de l'individu puisque cela oblige les pouvoirs publics « *à respecter les droits, à ne pas les transgresser, à les sauvegarder, mais aussi à faire en sorte qu'ils soient efficaces (…), à les renforcer, à les 'optimiser'* »[402]. L'importance de l'existence d'une justice constitutionnelle est *a fortiori* relevée dans un Etat où la charia est affirmée comme une source directe du droit.

2. Le contrôle de constitutionnalité : l'étape essentielle à la protection des libertés individuelles

Comme le rappelle le Professeur Chevallier, c'est dans la hiérarchie des normes que le contrôle de la constitutionnalité des lois trouve son fondement logique car « *le juge est la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit, la hiérarchie des normes devient effective que si elle est juridiquement sanctionnée* »[403]. La consécration constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux est le premier élément conditionnant l'existence et l'effectivité d'une justice constitutionnelle dont l'objectif serait d'assurer la protection des individus. Le législateur doit obéir aux normes constitutionnelles qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son action. Dès lors que les droits et libertés fondamentaux sont consacrés par la Constitution, ils acquièrent une forme de sacralité et bénéficient de la suprématie dont elle est elle-même dotée. Ils s'imposent aussi au législateur et à tous les acteurs politiques. L'intervention du juge constitutionnel apparaît donc indispensable pour faire respecter cette primauté puisque ses décisions ont vocation à s'imposer à l'ensemble des pouvoirs constitués.

401 Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ,, 29ième édition, 2005, p.62
402 M. ANGELES-AHUMADA, « neoconstitucionalismo y constutionalismo », in P. COMANDUCCI, M. ANGELES-AHUMADA, D. GONZALES Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitutionalismo*, *op. cit.*, p. 151., cité par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit*
403 Jacques CHEVALLIER, op. cit., p.149

Les normes constitutionnelles conditionnent l'action législative et jurisprudentielle, mais elles encadrent également le comportement des autorités étatiques. Didier Boutet rappelle qu'Aristote affirmait déjà que « *pour rallier à lui la confiance et la déférence des individus, l'Etat doit être le détenteur d'un bien qui a une valeur de finalité aussi bien pour les particuliers que pour tous les groupes subordonnés et ce bien c'est la justice. (…) L'idéal de justice repose non seulement sur l'existence de la loi mais aussi sur sa protection. (…).Sur le plan de la règle de droit, Aristote la sépare en deux, celle qui organise le fonctionnement de l'Etat : la règle constitutionnelle, celle dont le non-respect est sanctionné par les magistrats : la loi civile* »[404]. Le contrôle du juge constitutionnel doit ainsi permettre de faire respecter la hiérarchie des normes car son « *but est la sauvegarde de cette gradation et par là même, la garantie de la suprématie de la constitution* »[405] et de garantir aux citoyens le respect de leurs droits et libertés.

On entend par contrôle de constitutionnalité, le pouvoir qui est donné aux juridictions de veiller au respect de cette hiérarchie et de censurer toute violation de la norme suprême. Le Doyen Vedel explique que la Constitution donne « *au juge constitutionnel la mission de contrôler la compatibilité (ou la conformité) de certaines normes juridiques, principalement la loi, avec un corps de règles d'un rang supérieur à la leur* »[406]. Une loi contraire à la Constitution doit être sanctionnée. Le législateur ne peut pas tout faire, il ne peut agir que dans la conformité de la Constitution. Comme le souligne le Professeur Laghami, « *la suprématie de la constitution est au cœur de l'édifice de la légalité et attribue donc aux mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois un rôle de toute première importance notamment dans la formulation et la protection des droits fondamentaux* »[407].

[404] Didier BOUTET,*op. cit.* pp.41-42

[405] Z. M'DHAFFER, Le Conseil constitutionnel tunisien, *CREA,* 1998, p.200, cité dans Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.207

[406] Georges VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, décembre 1996

[407] Slim LAGHMANI, « Justice constitutionnelle et droits fondamentaux », *in La justice constitutionnelle*, table ronde de l'ATDC (13-16 octobre 1993) Tunis, C.E.R.P, 1995, cité par Ghazi GHERAIRI, De certains aspects de l'Etat de droit dans les avis du conseil constitutionnel, in *Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.88

Les dispositions constitutionnelles affirmant l'instauration d'un Etat de droit respectueux des droits et libertés individuelles ne peuvent devenir effectives pour la protection des libertés fondamentales que grâce à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité. Si aucun organe ne peut contrôler l'action des pouvoirs publics et sanctionner les abus, l'affirmation des libertés fondamentales ne relève que des « *aspirations profondes des peuples, et l'insérer dans* [la Constitution] *ne serait qu'un simple slogan utilisé à des fins de propagande politique* »[408]. Sans un dispositif constitutionnel capable de protéger les droits fondamentaux, l'Etat de droit ne peut pas être instauré. Dès lors, le contrôle de constitutionnalité est une condition nécessaire à l'Etat qui se proclame de droit. Si les juridictions constitutionnelles ont d'abord été considérées comme des « *organes régulateurs du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* »[409] elles ont ensuite été investies d'une mission de garante des droits et libertés fondamentaux.

La justice constitutionnelle doit être indéniablement rendue par un organe dont la compétence est constitutionnellement affirmée. Parmi les nombreuses questions que soulève l'organisation de la justice constitutionnelle, il en est trois qui présentent un intérêt particulier dans les Etats de droit musulman. Elles ont trait aux organes chargés de la rendre, à leur mode de fonctionnement et enfin à l'étendue de leurs pouvoirs de décision.

Le contentieux de la constitutionnalité peut d'abord être confié indistinctement à toutes les juridictions ordinaire, on parle alors de contentieux diffus ; soit la compétence est attribuée à une juridiction unique, que l'on pourra qualifier de constitutionnelle, et qui peut d'ailleurs appartenir ou non à la hiérarchie judiciaire, on parle alors de contentieux concentré.

Le contrôle peut en second lieu, être organisé soit sous forme de contentieux incident ou préjudiciel, c'est-à-dire que la question de la constitutionnalité d'une loi ne pourra être tranchée que sur exception, à l'occasion d'un autre litige porté devant le juge ;

[408] Issam BEN HASSEN, *op. cit.* p.202
[409] Médé NICAISE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophones », *Annuaire International de justice constitutionnelle*, XXIII, 2007, pp.45-66

soit au contraire sous forme de contentieux principal, spécial et indépendant, alors la question de la constitutionnalité d'une loi fera l'objet d'une action directe.

Le contrôle constitutionnel peut enfin donner lieu à des décisions dont la portée sera soit limitée à l'espèce jugée, autrement dit un jugement d'autorité relative, soit générale, autrement dit un jugement d'autorité absolue.

Mais indifféremment des modalités d'organisation du contrôle constitutionnel, la justice constitutionnelle demeure une garantie contre l'arbitraire de l'un des trois pouvoirs et un outil efficace pour la protection des droits et libertés fondamentaux. Car les acteurs politiques peuvent être aussi des acteurs de l'oppression et l'individu doit être protégé contre la dictature d'un Etat qui n'est plus « *un instrument de promotion et de sécurisation collectives d'oppression* »[410]. Sans ce contrôle, « *la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur, mais dont il est juridiquement libre de tenir ou ne pas tenir compte* »[411].

Dans les démocraties occidentales, le processus de constitutionnalisation a été accompagné du processus de sécularisation. D'un côté, le constitutionnalisme intègre l'idée « *qu'il faut protéger une sphère de liberté des individus »*[412] par la rédaction de Constitution et par l'instauration de la justice constitutionnelle. Le constitutionnalisme peut ainsi s'analyser comme une réaction à l'arbitraire, d'où qu'il vienne et les premières Constitution écrites sont la traduction du rationalisme libéral de la philosophie des Lumières.[413] De l'autre côté, le processus de sécularisation permet, entre autre, la rationalisation du système juridique de l'Etat et affirme son indépendance par rapport aux institutions religieuses et fonctionne selon des règles que les individus établissent eux-mêmes, sans influence directe des autorités religieuses. Radomir Lukic souligne ainsi que

[410] Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2004, p.150
[411] Charles EISENMANN, *op. cit*, p.22
[412] Louis Favoreu [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012, p.87
[413]Michel GUENAIRE, « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale »*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1987, n°1, p.107 et s.

« *l'Etat n'est pas une institution supérieure aux individus imposée par Dieu comme le [dit] la théorie religieuse ni un élément naturel auquel l'homme ne peut rien changer (…) L'Etat est une création consciente des hommes qu'ils peuvent donc modifier selon leur volonté* »[414] ». Grâce au constitutionnalisme l'Etat est soumis au droit. Mais il faut aussi affirmer l'indépendance de l'Etat à l'égard des institutions religieuses. C'est ainsi que grâce à la sécularisation l'Etat « *est désormais seul détenteur d'un attribut, d'une capacité qui fait de lui une puissance perpétuelle et absolue : la souveraineté* »[415]. Grâce au processus de sécularisation l'Etat devient le seul détenteur de la souveraineté. Le Professeur Le Pourhiet indique que l'exercice de la souveraineté suppose « *que les gouvernants disposent du pouvoir de commandement unilatéral leur permettant d'imposer leurs décisions aux gouvernés »*[416].

Avant l'avènement de la sécularisation, la légitimité de ce pouvoir coercitif est fondée sur le postulat que le pouvoir a été conçu par Dieu. Si la souveraineté appartient au titulaire de l'autorité, c'est en tant qu'il est le représentant de Dieu sur terre. Tandis qu'avec l'avènement des théories rationalistes qui ont accompagné la sécularisation, l'Etat ne découle plus de la volonté de Dieu, mais de la volonté des hommes qui se lient par un contrat. Ainsi, l'Etat devient le seul titulaire légitime de la souveraineté.

[414] Radomir LUKIC, *La théorie de l'Etat et du droit*, Dalloz, 1974, p.168
[415] Jean. BODIN, *Les six livres de la République*, Livre 1er, chap.1
[416] Anne-Marie LE POURHIET, *op. cit.*, p.10

Paragraphe 2 :

L'avènement de la théorie individualiste par le processus de sécularisation

La théorie de la sécularisation comporte deux dimensions, externe et interne. D'un point de vue externe, « *c'est la dissociation entre le religieux et le mondain.* [… d'un point de vue externe] *la sécularisation concerne l'intérieur même de ce qui est religieux*. »[417] On ne s'intéressa ici qu'à la dimension externe de la sécularisation, à savoir l'évolution des relations entre les pouvoirs étatiques et religieux, c'est-à-dire au processus qui a formalisé la « *désagrégation des sociétés religieuses du passé* »[418].

Par la sécularisation, la société n'est plus régie par les institutions religieuses et la croyance religieuse devient une affaire privée et optionnelle. L'individu n'est plus identifié par son appartenance à une communauté religieuse puisque cette appartenance devient un choix optionnel.

Le processus de sécularisation permet une autonomisation de la vie publique, et l'influence des institutions religieuses « *ne s'exerce légitimement qu'à l'intérieur d'un champ religieux spécialisé et elle ne concerne plus que des groupes de croyants volontaires. Le sentiment religieux est devenu une affaire individuelle* »[419]. La sécularisation ne signifie pas la fin des croyances religieuses mais la fin d'un système de gouvernance où les institutions religieuses gouvernent les choix collectifs et individuels. Il s'agit de « *basculer d'une légitimation théologico-politique à un fondement autonome et séculier* »[420] comme le fait remarquer fort justement

---

[417] Mohamed TOZY, « Quand a-t-on recours à la légitimation par la religion pour agir ? », Jacques HUNTZINGER, Marjorie MOYA et Valentine ZUBER, *Laïcités et sociétés en méditérranée*, Lethielleux, 2012, pp.97-99

[418] Danièle HERVIEU-LEGER, « Productions religieuses de la modernité : les phénomènes du croire dans les sociétés modernes », Brigitte CAULIER (dir.), *Religion, sécularisation, modernité, les expériences francophones en Amériques du Nord,* les Presses de l'Université de Laval, pp.37-45

[419] *Ibid*

[420] Bernard BAUDOUIN, « La modernité séculière a-t-elle besoin d'une théologie politique », *Esprit, Février 2011, pp.125*

Bernard Baudoin. Les religions continuent d'exister, mais aucune ne dicte la conduite politique de l'Etat et les relations privées que les individus entretiennent entre eux.

La sécularisation met également fin à la discrimination religieuse et protège davantage la liberté de religion[421]. Comme l'affirme le rapporteur spécial pour la liberté de religion ou de conviction des Nations Unis, « *une réalisation totalement conséquente de la liberté religieuse n'est possible que dans un Etat de droit sécularisé* [… puisque …] *tous les droits humains impliquent l'exigence de garantie contre toute discrimination* »[422].

Est-ce qu'un Etat qui considère avoir des obligations par rapport à une religion officielle déterminée, peut mener le pays par une politique de neutralité en matière de religion ? Vraisemblablement non. Un Etat qui reconnait une religion officielle et qui entretient une relation de subordination avec les institutions religieuses risque de porter atteinte au principe de non-discrimination, corollaire de la liberté de religion. En accordant aux adeptes de la religion officielle une priorité l'Etat viole une des prérogatives qui lui incombe, il ne peut pas assurer l'égalité des citoyens et prive la liberté de religion de toute effectivité. « *La sécularité de l'Etat de droit trouve* [donc] *son motif dans le respect dû à la liberté religieuse des hommes* »[423].

Le processus de sécularisation a connu deux étapes importantes qu'il convient d'analyser pour en comprendre le sens moderne. La première utilisation du concept de sécularisation a été faite par le droit canonique (1). Dans un deuxième temps, à partir de la Révolution française, le concept évolue (2) pour finalement acquérir son sens moderne à partir des XIXème et XXème siècles.

---

[421] L'organisation séculière du système juridique ne suffit pas à elle seule à garantir la liberté de religion. Comme le relève Cole Durham, l'intuition selon laquelle « *un haut degré de liberté religieuse est lié à un faible degré d'identification d'une religion officielle de l'Etat, et qu'un faible degré de liberté religieuse est lié à un haut degré d'identification (….) est une simplification excessive et trompeuse ».* L'auteur explique en effet qu'un Etat qui reconnaît une religion officielle peut néanmoins garantir la liberté de religion, et à l'inverse des Etats séculiers peuvent violer la liberté de religion. Toutefois, Voir Cole DURHAM, *Law and religion*, *National, International, and Comparative perspectives*, Aspen Publishers, 2010, p.113 et s. C'est pourquoi le processus de sécularisation ne peut permettre à lui seul d'assurer l'effectivité de la liberté de religion. Ce processus doit être accompagné du processus de constitutionnalisation.

[422] Heiner BIELEFELDT, « La liberté religieuse : le critère ultime ? », *Esprit*, Mars-avril 2007, p.126-135

[423] *Ibid*

1. Une première utilisation canonique du concept de sécularisation

Bien que la sécularisation apparaisse pour beaucoup comme une caractéristique propre à la modernité, le terme sécularisation renvoie tout d'abord à une utilisation canonique. La notion de sécularisation est liée au terme *saeculum*, qui apparaît déjà dans le Nouveau Testament. Le terme est utilisé dans la théorie paulinienne pour signifier le siècle, l'âge présent, le monde ici-bas par opposition à l'autre monde. « *Le terme de saeculum allait se trouver doté d'une connotation péjorative, désignant le monde présent, celui d'ici-bas où règne le péché* »[424]. Au Moyen-Age, dans la théologie chrétienne, le *saeculum* renvoie au monde matériel qu'il faut fuir pour se rapprocher du monde divin.

Le mot, sécularisation, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est dérivé du vocable *saecularisatio*, utilisé par le droit canonique pour évoquer le passage de l'état de prêtre religieux à celui de prêtre séculier. Le terme est utilisé pour désigner une catégorie particulière des membres du clergé. A l'inverse du clergé religieux qui vit retiré du monde, selon les règles de l'Eglise, le clergé séculier est autorisé à vivre dans le siècle, auprès des hommes. Le prêtre religieux est sécularisé en ce sens qu'il a la faculté de « *rester définitivement hors de son couvent ou de la maison religieuse avec dispense de tout lien par rapport à l'Ordre religieux dont il faisait partie* »[425]. Dans l'acception canonique, la sécularisation fait donc référence à un changement d'état du clergé. Comme le décrit José Casanova, c'est l'action juridique par laquelle une personne religieuse choisit de quitter le cloître pour revenir au monde et devenir une personne séculière.[426]

[424] Franck FREGOSI, *op. cit.* pp.17-18
[425] Giuseppe DE ROSA, « Indifférence religieuse et sécularisation », *L'indifférence religieuse,* ouvrage collectif, Beauchenes, Pairs, 1983, p.174
[426] José CASANOVA, *Public Religions in the Modern World*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1994, p.13

Dans un deuxième temps et par extension, le terme sécularisation va désigner l'acte de retirer le contrôle ou la tutelle des autorités ecclésiastiques sur un territoire ou un bien. Il s'agit d'acte juridique « *d'appropriation par l'Etat des biens de l'Eglise* »[427]. Selon José Casanova, l'utilisation du terme sécularisation en tant que l'expropriation et la mainmise de l'Etat sur les monastères, les terres et les fondations de l'Eglise, remonte à la Réforme protestante. Il s'agit donc de « *l'appropriation, forcée ou par défaut, par les institutions séculières, des fonctions traditionnellement entre les mains des institutions ecclésiastiques* »[428].

Jusqu'à la veille de la Révolution française de 1789, la sécularisation apparaît donc dans l'ensemble de l'Europe, comme un processus interne à l'espace chrétien. Originairement la sécularisation fait référence à une « *rupture administrative* »[429], avec l'institution religieuse et non à une remise en cause du fondement même de la religion. Il s'agit uniquement « *de la confiscation des biens religieux de l'Eglise opérée par les souverains temporels* »[430]. Le fondement sacral et religieux des sociétés reste intact puisqu'à la veille de la Révolution française toutes les sociétés « *sont encore confessionnelles : partout la religion est intimement mêlée à la vie de la société, associée au pouvoir et le légitimant, présente à toutes les activités collectives, régissant l'existence sociale autant que les conduites privées* »[431].

[427] Giuseppe DE ROSA, *op. cit.,* p.174
[428] José CASANOVA, *op.cit.* p.13
[429] Franck FREGOSI, *op. cit*
[430] Rémi BRAGUE , « La sécularisation est-elle moderne ? », Michaël FOESSEL, Jean-François KEREGAN et Myriam REVAULT D'ALLONNES (dir.), *Modernité et sécularisation, Hans Blumemberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, Paris, CNRS Editions, 2007, pp.21-28
[431] René REMOND, *op. cit*, p.19

2. L'évolution du concept de sécularisation avec la Révolution française

A partir de la Révolution française et surtout par l'intermédiaire des philosophes du siècle des Lumières, la définition de la sécularisation va connaître un glissement et devenir synonyme de recul du religieux. C'est par la diffusion des encyclopédies et l'intervention des philosophes de l'époque que la sécularisation fait l'objet d'une première systématisation théorique.[432] La Révolution française va « *ébranler le régime traditionnel des relations entre religion et Etat* »[433]. Le siècle des Lumières amorce une nouvelle réflexion de la société, centrée sur l'individu et sur une mise à distance du religieux. Les philosophes des lumières rompent avec l'absolutisme théologique et permettent le développement de nouvelles théories rationnelles qui promeuvent l'individu comme « *nouveau centre du cosmos social* »[434]. L'individu est au cœur de toutes les attentions d'une part car dans la cité séculière, l'organisation sociale doit être rationnellement organisée par l'homme et non par les religieux ; les lois sont issues de la réflexion et de l'expérience de la raison humaine et non des principes religieux. D'autre part, à partir de la Révolution française, les lois doivent permettre de libérer l'individu du joug d'un régime oppresseur.

La sécularisation désigne ainsi le processus de « *dépérissement des liens religieux, la perte d'influence sociale de la religion* »[435]. La sécularisation est donc ce mouvement historique qui a permis à des branches de plus en plus importantes de l'activité humaine d'échapper à l'emprise du religieux ; elle a permis l'autonomisation de diverses sphères de la vie sociale. L'art, le droit, la politique, l'économie acquièrent ainsi leur autonomie à l'égard de la religion qui les a pourtant fondés au départ. La religion n'est plus la source de l'activité et de la pensée humaine, elle n'est plus celle qui donne sens aux différents secteurs, elle est l'un de ces secteurs. La sécularisation « *est le processus historique par lequel l'homme occidental est*

[432]Voir notamment Franck FREGOSI, *op.cit* pp.49-50
[433] René REMOND, *op. cit.* p.225
[434] Franck FREGOSI, *op.cit.*, p.50
[435] Myriam REVAULT D'ALLONNES, « Que disent les modernes. 'Sécularité' ou 'sécularisme' ? », Michaël FOESSEL, Jean-François KEREGAN et Myriam REVAULT D'ALLONNES (dir.), *Modernité et sécularisation, Hans Blumemberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, Paris, CNRS Editions, 2007, pp.45-55

passé, dans son effort pour soustraire sa pensée, son activité et sa vie au contrôle de l'Eglise et l'influence déterminante de la religion et en affirmer l'autonomie »[436]. La sécularisation n'est donc pas l'exclusion de la religion en tant que telle, mais une perte d'influence des structures religieuses au profit d'une valorisation des activités issues de la réflexion humaine. Cela n'aboutit pas à la disparition des croyances religieuses ; la sécularisation engendre des interrogations sur la capacité du religieux à faire l'histoire et à organiser la société, la communauté. C'est ce que Max Weber appelle le « désenchantement » du monde, c'est-à-dire que la nature et l'histoire se dégagent des forces surnaturelles, des séductions et des causalités magiques et religieuses en même temps que se met en place une rationalité de plus en plus étendue[437]. La sécularisation désigne avant tout un processus global « *par lequel des secteurs de la société et de la culture sont soustraits à l'autorité des institutions et des symboles religieux* »[438]. Ce processus s'étend ainsi à l'ensemble des secteurs de la société, aussi bien le droit et les institutions publiques, que l'art, la philosophie, la morale, l'éducation ou les sciences.

3. L'acquisition du sens moderne de la sécularisation à partir des XIXème et XXème siècles

Au cours des XIXème et XXème siècles, la sécularisation devient finalement synonyme de recul de la religion. La sécularisation connaît un autre glissement et aboutit au refus de tout rapport avec Dieu. « *D'aucuns s'accordent à définir* [cette nouvelle sécularisation] *comme le refus de tout rapport entre Dieu et le monde, absolutisation des valeurs terrestres* »[439]. A partir de ce moment, le terme sécularisation compte plusieurs sens. Dans une première acception le terme désigne l'affranchissement des divers domaines d'activités à l'égard de la tutelle de l'Etat. Les réflexions sur la politique, les sciences ou l'art ne sont plus déterminées par des paradigmes religieux. « *Le sécularisme ne se borne pas à*

[436] Giuseppe DE ROSA, *op. cit.* p.174
[437] Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964, p.143
[438] Peter L. BERGER, *La religion dans la conscience moderne*, Paris, Centurion, 1971, p.174
[439] F. RODE, « Sécularisation et sécularisme », *Dictionnaire des religions* (sous la direction de Paul Poupard), Paris, PUF, 1984, p.1564

séparer la religion et l'Etat ; il vise à bannir la religion de tous les domaines de la pensée et de la vie »[440]. Dans une deuxième acception, la sécularisation désigne l'affaiblissement du statut des religions. Le terme s'applique « *aussi au déclin du pouvoir et du prestige des églises établies* »[441]. Une lutte oppose l'homme à Dieu qui « *devient toujours plus insignifiant et sans importance pour la vie, toujours plus absent de sa pensée, de ses décisions. (…). Ainsi, l'homme séculier ne trouve plus en Dieu la norme de la vérité et de l'agir, mais il la trouve en lui-même* »[442]. La sécularisation conduit à placer l'homme au centre des décisions. L'homme séculier utilise sa raison pour établir la vérité et ne se réfère plus aux lois divines pour établir le bien et le mal, il est l'unique responsable de la conduite des affaires de ce monde.

Le professeur Gianni Vattimo évoque un aspect « déjectif » de la sécularisation en ce sens qu'elle exprime une déperdition de l'espace du sacré ; et un aspect « émancipatoire » du terme qui traduit une libération de la pensée et de l'activité humaine de la prégnance des symboles ou des codes religieux.[443] L'émancipation de la cité aboutit à une mise à l'écart de la religion dans l'organisation de la vie de la société, une désinstitutionalisation de la religion. Cela équivaut à une organisation séculière dans laquelle les lois sont l'œuvre de la raison. La sécularisation aboutit à un repli de la religion dans les lieux de culte et dans la sphère privée. La sécularisation devient sécularisme « *c'est-à-dire que l'homme, sa raison, sa liberté, son activité non seulement s'affranchissent de la domination qu'exerçait l'Eglise et de Dieu, mais se posent comme des absolus, niant Dieu et prenant sa place. Ainsi l'homme devient le centre de référence et la mesure de toutes choses, le juge suprême de bien et du mal* »[444]. L'avènement de la « raison instrumentale » de l'homme qui veut maîtriser le monde, se l'approprier, l'utiliser, entraine le « désenchantement » dont parle Max Weber.

[440] Anwar AL-JUNDI, cité dans Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité*. Deux mondes, 1998, p.67
[441] Michèle MAT, *Sécularisation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1984, p..6
[442] Giuseppe DE ROSA, op. cit., p.177
[443] Gianni VATTIMO, *La sécularisation de la pensée*, Paris, Le Seuil, 1988, p.10

[444] Giuseppe DE ROSA, op. cit, p.175

En résumé, le processus de sécularisation a pour conséquence « *que la direction de l'Etat, gouvernement, appareils, institutions, services, soit prise en charge par des hommes temporels qui ne tirent pas de la religion leurs plans et leurs styles de gouvernement, d'administration et de législation, mais de leur expérience humaine dans l'administration, le droit et les styles de vie. Il veut dire aussi que l'esprit qui oriente l'Etat et la société dans toutes leurs institutions culturelles, politiques, législatives et autres, soit un esprit non religieux.*»[445] L'Etat légifère en partant des problèmes soulevés par la vie de l'homme et non en partant de paradigmes religieux. Pour cela il faut d'une part que la légitimité du pouvoir public ne tire sa pas sa source de Dieu, c'est donc l'avènement des souverainetés national et populaire ; d'autre part, que les lois soient fondées sur les besoins réels des hommes, non sur une base religieuse, en somme qu'elles soient l'expression de la volonté générale. La sécularisation est donc ce processus social par lequel la législation et l'organisation étatique échappent progressivement à l'influence directe des institutions religieuses. C'est le « *processus global d'émancipation et d'autonomisation de la sphère du politique par rapport à toute emprise des institutions religieuses* »[446].

Bien que la sécularisation soit d'abord un phénomène relevé dans les sociétés occidentales, le Professeur Ghalioum indique que la sécularisation est un processus universel qui touche toutes les cultures. « *Toutes les sociétés qui entrent avec les autres dans un rapport d'échange, qui ne demeurent pas complètement fermées comme ce serait le cas de certaines tribus primitives, sont obligées de se séculariser* »[447]. Ce « rapport d'échange » est très présent dans les Etats de droit musulman qui ont subi la domination coloniale. Lors de l'accession à l'indépendance, les Etats de droit musulman ont aménagé, à côté des principes traditionnels, des principes issus des théories libérales, occidentales. Ainsi, tout en maintenant la sacralité de l'islam, le processus de sécularisation a été introduit. La sécularisation dans les Etats de droit musulman se traduit alors par une baisse de l'influence politique et normative de l'islam. Toutefois, si le processus de sécularisation a déjà été entamé par certains Etats de droit musulman la présence constitutionnelle de l'islam en limite l'ampleur.

---

[445] Shams AL-DIN, cité dans Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité*. Deux mondes, 1998, pp.68-69
[446] François BOESPFLUG, « La crucifixion déportée : sur la 'sécularisation' en Occident, un thème majeur de l'art chrétien », Jean-Marie HUSSER (dir.), *Religions et modernité*, Versailles, SCEREN, 2004, pp. 141- 161
[447] Burhan GHALIOUN, *Islam et politique. La modernité trahie*, Paris, La découverte, 1997, p.115

CHAPITRE 2 :

L'impact des sources religieuses du droit sur la conception du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman

La théorie constitutionnelle qui consiste à limiter l'arbitraire par l'exercice de la souveraineté populaire ou nationale au travers de la Constitution trouve difficilement écho dans les théories politiques musulmanes, où Dieu est regardé comme seul souverain. Le pouvoir ne tire pas sa légitimité de l'adhésion populaire mais du respect des préceptes religieux. L'analyse des Etats de droit musulman montre que ces derniers fondent leur légitimité sur un pluralisme constitutionnel. Le professeur Ben Achour distingue deux principes fondamentaux de légitimité du pouvoir[448]: la « légitimité intrinsèque » suppose que le pouvoir fonde sa légitimité sur ses vertus propres, telles que son caractère sacré ou héréditaire ; en revanche, la « légitimité extrinsèque » conduit à recourir à des éléments extérieurs au pouvoir, comme la Constitution ou le Peuple. Ces différentes méthodes de légitimation se trouvent combinées dans les systèmes constitutionnels des Etats de droit musulman.

Le système constitutionnel des Etats de doit musulman est caractérisé par un pluralisme constitutionnel qui accommode les théories du constitutionnalisme moderne et de la sécularisation aux exigences traditionnelles de la religion. Le pluralisme constitutionnel est défini par Sabine Lavorel comme la coexistence de normes constitutionnelles provenant de systèmes juridiques différents, tel par exemple le système constitutionnel des Etats de droit musulman qui a « *recours aux référents traditionnels et libéraux (…), le pouvoir ayant recours à la fois à des sources de légitimation traditionnelles et à des modes de légitimation importés* »[449].

Les référents libéraux tels que par exemple la séparation des pouvoirs, la protection des droits et libertés fondamentaux, la souveraineté populaire ou nationale, ou le référendum, sont mentionnés dans les Constitutions écrites, mais ils ne bénéficient souvent que d'une reconnaissance formelle. Dans les Etats de droit musulman, les

[448] Yadh BEN ACHOUR, « Jeux et concepts : Etat de droit, société civile, démocratie », in Pierre ARSAC, Jean-Luc CHABOT et Henri PALLARD (dir.), *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp.93-97

[449] Sabine LAVOREL, *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p .29

référents libéraux sont souvent les héritiers de la période coloniale[450] tandis que les référents traditionnels, issus de la religion constituent bien souvent un cadre informel auquel le pouvoir doit se conformer. Les Constitutions des Etats de droit musulman consacrent à l'islam une valeur constitutionnelle, mais ne précisent pas comment le référent religieux est intégré dans la législation et l'organisation du pouvoir. La religion constitue alors « *un système de pouvoir fondamental fait de normes suprêmes non codifiées se développant hors de la Constitution, véritable système contraignant informel et non déclaré venant rivaliser d'effectivité avec le droit positif* »[451]. Ces références religieuses bénéficient ainsi d'une valeur supraconstitutionnelle[452] et le pouvoir tente de se les approprier dans une stratégie de légitimation et de domination.

[450] Les Etats de droit musulman qui accèdent à l'indépendance s'inspirent généralement du système juridique des puissances coloniales. Le contenu de la Constitution et des différents codes est souvent identique à celui des Etats européens, France, Grande-Bretagne, Suisse, Belgique.

[451] Baudoin DUPRET, « Violence juridique et dualité normative dans le monde arabe », *Les Cahiers du Monde arabe,* n°110, 1994, pp.7-8

[452] Selon la doctrine constitutionnelle, il existe des principes juridiques qui ont une valeur supérieure à la Constitution, que l'on appelle des normes supraconstitutionnelles. Serge Arné définit la supraconstitutionnalité comme « *la supériorité de certaines règles ou principes qualifiées 'normes' sur le contenu de la Constitution, normes pouvant figurer expressément dans le texte ou existant implicitement* » («Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ?, Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *Revue du droit public, 1993, pp.459-512).* Selon l'expression du doyen Favoreu, il s'agit de normes « *constituant le noyau intangible qui ne peut être atteint même par des lois votées en la forme constitutionnelle* » (Louis FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs,* 1993, n°67, pp.71-77). Le doyen Vedel explique qu'à l'état pur, la supraconstitutionnalité « *supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci. En ce cas, il leur faut un minimum d'existence objective permettant de les 'lire' quelque part, de connaître leur contenu* » *(*Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs,* 1993, n°67, pp.78-97). Les constitutionnalistes ne sont pas unanimes sur les sources de la supraconstitutionnalité. Le doyen Favoreu développe distingue les normes supraconstitutionnelles internes ou nationales et les normes supraconstitutionnelles externes ou internationales. Il affirme que « *jusqu'à l'après-guerre, on ne pouvait mettre dans la supraconstitutionnalité que du droit naturel, voire surnaturel ; tandis que depuis les années cinquante, et de plus en plus, on peut y mettre des normes du droit positif tirées du droit international* ». Cette distinction est remise en cause par d'autres auteurs, dont le doyen Vedel, qui n'acceptent pas le concept de normes supraconstitutionnelles internes. Sans entrer dans le débat, autour de la valeur juridique qu'il faut accorder à ces normes supraconstitutionnelles (à ce sujet, voir Kemal GÖLZER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle,*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septenrion, 1997, surtout les pages 283 à 353) nous pouvons constater que les références religieuses dans les Constitutions des Etats de droit musulman constituent des normes supraconstitutionnelles internes, selon la définition du doyen Favoreu. Nous verrons dans les développements qui suivent que ces référents s'imposent aux pouvoirs constitués, bien qu'ils ne bénéficient pas d'un énoncé exhaustif. Ces règles sont issues des sources reconnues du droit musulman, le Coran, la Sunna, l'*ijma.*

Comme le rappelle Max Weber, « *toutes les dominations cherchent à éveiller et à entretenir la croyance en leur 'légitimité'* »[453]. En effet, Max Weber explique que la validité de la légitimité peut revêtir trois caractères[454].

Un caractère rationnel qui repose sur la croyance en la légitimité du droit, à savoir les règlements et les directives élaborées par le détenteur de l'autorité. Il s'agit là de la domination légale.

La légitimité peut ensuite revêtir un caractère traditionnel, c'est-à-dire que l'adhésion du peuple repose sur sa croyance en la sainteté de détenteur de l'autorité.

Enfin, la légitimité peut revêtir un caractère charismatique. La soumission du peuple repose cette fois sur le caractère sacré ou héroïque du détenteur du pouvoir.

Toute organisation fonde sa légitimité sur l'un de ces trois caractères, étant souligné que la légitimité charismatique peut accompagner la légitimité rationnelle ou traditionnelle. Qu'il s'agisse de la tradition, du droit, ou du charisme d'une personne, chaque élément est utilisé par le détenteur du pouvoir pour légitimer son autorité.

Dans les Etats de droit musulman la légitimation du pouvoir procède d'une part de l'instrumentalisation de la religion au travers des principes du constitutionnalisme et de la sécularisation (Paragraphe 1), et d'autre part, de l'utilisation de l'islam pour une lecture opportuniste de la Constitution qui doit servir les intérêts du leader (Paragraphe 2).

[453] Max WEBER, *Economie et société. Les catégories de la sociologie*, Plon, 1971, p.286
[454] Max WEBER, *op. cit*, p.289

Paragraphe 1 :

L'instrumentalisation de la Constitution et de la sécularisation au profit des règles religieuses

1. La Constitution comme un instrument au profit du pouvoir : la référence à la religion permet de légitimer le pouvoir

La première caractéristique des Constitutions dans les Etats de droit musulman réside en ce que ces dernières ne représentent pas « *la loi des lois* »[455] ni un instrument de limitation du pouvoir. Bien au contraire, loin de constituer « *une barrière juridique à l'exercice du pouvoir* [la Constitution représente] *un instrument que le pouvoir met au service de ses objectifs, faisant ainsi prévaloir une lecture opportuniste du texte fondamental* »[456]. La Constitution n'encadre pas l'action des gouvernants, elle est utilisée à des fins opportunistes comme un instrument de la volonté des gouvernants. La Constitution doit traduire la volonté du pouvoir, elle ne permet pas de poser de limite à son action. Elle est l'instrument qui « *traduit l'acte conscient ou inconscient du détenteur du pouvoir,* [pour] *justifier son action politique* »[457] selon l'expression d'Abdelatif Agnouche.

Ainsi, dans les Etats de droit musulman, la Constitution est un instrument de légitimation du pouvoir ; elle permet d'asseoir davantage la légitimité des gouvernants, elle n'est pas envisagée comme un élément d'encadrement du pouvoir.[458]

---

[455] Abdelfattah AMOR, « Constitutions et religion dans les Etats musulmans », *Constitutions et Religions*, Académie Internationale de Droit constitutionnel, Recueil des cours, Vol. IV, 2007, p.27

[456] Sabine LAVOREL, *op. cit.*15

[457] Abdelatif AGNOUCHE, *Histoire politique du Maroc*, Casablanca, Afrique Orient, 1987, p.28,

[458] Dans la majeure partie des Etats de droit musulman, la Constitution n'encadre pas l'action des dirigeants car aucun contre-pouvoir n'est prévu. Toutefois, certaines juridictions constitutionnelles ont su développer leur autonomie et leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et devenir un véritable contre-pouvoir capable d'encadrer l'action des autorités publiques, en particulier la Haute Cour constitutionnelle égyptienne. De plus, les nouvelles Constitutions ou Déclarations constitutionnelles qui ont suivi le printemps arabe tentent d'encadrer le pouvoir exécutif. Néanmoins, ces exemples demeurent minoritaires. Ce point sera développé dans le Titre 2.

La légitimité doit s'entendre du fondement du pouvoir et de la justification de l'obéissance qui est due au pouvoir. Cette légitimité peut avoir une origine religieuse ou rationnelle ; elle est « *assurément la conformité à une certaine règle* »[459] selon l'expression de Paul Bastid et c'est cette conformité qui permet l'adhésion du peuple. Les sources de légitimité peuvent être différentes d'un régime à l'autre car « *chaque société crée et sécrète son propre fondement de la légitimité du pouvoir qui la gouverne* »[460].

Bien qu'un débat ait été suscité suite à la théorie d'Ali Abderraziq selon laquelle l'islam ne contient pas de théorie de l'Etat, les Etats de droit musulman sont encore organisés selon le modèle de confusion de l'espace politique et l'espace religieux. Ces deux espaces « *tendent à se confondre dans un même système normatif d'essence confessionnelle* »[461]. Cela est justifié par la théorie musulmane selon laquelle l'homme ne peut pas déterminer lui-même une formule de légitimité. La raison humaine est limitée aux problèmes du monde or la religion englobe tous les aspects de l'individu, tant temporels que matériels. C'est pourquoi « *une formule énoncée par la religion ne peut être découverte et encore moins contestée, par la raison. Il en découle une subordination de la raison à la religion* »[462].

Le droit musulman n'exclut pas totalement le raisonnement des sources du droit. Le « raisonnement par analogie », *qiyas,* peut apporter une solution à un problème concret en étendant la solution juridique déjà prévue par une situation semblable ou voisine. Lorsque les trois premières sources du droit, c'est-à-dire le Coran, la Sunna et *l'ijma* ne permettent pas d'établir la règle de droit applicable à un cas d'espère, il faut recourir au « raisonnement par analogie ». Le *qiyas* peut être défini comme « *une méthode par laquelle une règle posée par un texte, verset, hadith, ou solution d'ijma, est appliquée à des cas non-compris dans ses termes, mais commandés par la même raison* »[463]. Ainsi, la raison peut être utilisée dans le droit musulman ; mais cette raison n'est pas indépendante de la religion. En appliquant le *qiyas* ,

[459] Paul BASTID, *Encyclopedia Universalis*
[460] Abdelatif AGNOUCHE, *op. cit.,* pp.29-30
[461] Jean IMBERT, « Conférence inaugurale », *Constitution et religions*, Académie Internationale de Droit constitutionnel, Recueil des cours, Vol. IV, 2007, p.16
[462] Abdelfattah AMOR, op. cit., p.21-88
[463] MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p.117

le *faqih* recherche la solution non pas dans un raisonnement humain, mais dans la raison de la loi divine. Il doit rechercher les raisons qui ont établi la règle divine pour un problème, et par analogie, l'étendre à d'autres problèmes. Hervet Bleuchot explique que dans le droit musulman « *la …la raison est, dans le fiqh, une servante de la religion* »[464]. L'utilisation du raisonnement et de la réflexion par l'être humain sont des façons de comprendre la signification des Ecritures sacrées.[465] De plus, la raison humaine est soumise à des tentations, car « *le pouvoir humain ne peut être que fait de puissance et, en tant que tel, fragile et illégitime* »[466]. C'est pourquoi la légitimité du pouvoir politique ne peut pas reposer sur des sources séculières et doit reposer sur sa conformité aux préceptes religieux. La théorie musulmane repose sur l'idée qu' « *il n'est d'autres légitimités fondatrices que celle de Dieu* »[467]. Cette conception renvoie à la légitimité traditionnelle évoquée par Max Weber, selon laquelle « *la légitimité s'appuie (…) sur le caractère sacré de dispositions transmises par le temps (« existant depuis toujours »)* »[468].

La légitimité traditionnelle trouve son fondement comme son nom l'indique dans la tradition, la coutume ; ainsi le système mis en place est considéré comme ayant toujours existé. Toutefois, cela n'implique pas un immobilisme juridique ou politique. Les changements apportés à la tradition sont justifiés par la redécouverte des principes oubliés. « *Dans un tel type de légitimité (…) les innovations nécessaires à l'évolution de la société sont justifiées par la fiction qu'elles existaient toujours et qu'elles sont 'redécouvertes'* »[469]. Ce procédé est bien connu des Etats de droit musulman, mais la « redécouverte » des principes juridiques nécessaires à la bonne gouvernance du pays sont l'œuvre exclusive des exégètes de la religion, les *fuqâha*.

---

[464] Hervé BLEUCHOT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, p.12

[465] Voir Abdullahi AHMED AN-NA'IM, *Islam and the Secular State*, *Negotiating the Future of Shari'a*, Havard-University Press, 2009 p.12 et s.

[466] Sabine LAVOREL, *op. cit*, p.24. Voir aussi Bertrand BADIE, *Les deux Etats. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*, Paris, Fayard, coll. « Points », 1997, p.113

[467] E. GELLNER, *Muslim Society*, Cambridge, 1980, cité dans Jean IMBERT, *op. cit.* p.16

[468] Max WEBER, *op. cit.,* p.301

[469] Abdelatif AGNOUCHE, *op. cit.,* pp.29-30

Dès le temps de l'Empire abbasside, les califes utilisent l'œuvre des *fuqâha* comme élément de légitimation. A la mort du Prophète aucun successeur n'est désigné par lui. Dans un premier temps, la gestion de la communauté est assurée par les Compagnons du prophète qui « *ont bien compris qu'ils ne pouvaient pas endosser un rôle religieux.* »[470] De plus, Mahomet est le « sceau des Prophètes »[471], il n'est donc pas nécessaire de pourvoir à sa succession de Prophète. Mais il est également le chef d'une communauté, la *Umma.* C'est uniquement pour la gestion de la communauté que les premiers califes prennent le pouvoir. Ainsi, les quatre premiers califes instituent un Etat profane où le domaine religieux relève de l'action des *ulémas* et l'action politique dépend du calife. Les califes n'ont aucune fonction religieuse autre que celle de diriger la prière. Les Omeyyades ont également géré la Cité en distinguant leur fonction politique, par laquelle ils s'occupent des affaires de l'Etat, de la fonction religieuse qui relève des hommes de religion. Ce n'est que sous l'Empire abbasside que les exégètes de l'islam élaborent la théorie d'un islam politique afin de venir au secours de l'Empire dont l'autorité est en difficulté. A partir de la moitié du IXème siècle l'Empire abbasside est affaibli par les invasions barbares. Pourtant ces derniers se prétendent musulmans et envahissent l'Empire pour rétablir l'orthodoxie de l'islam. Les barbares rejettent l'autorité des Abbassides qui veulent exercer « *un pouvoir œcuménique, exercé par le calife sur tous les Musulmans* »[472], une sorte de souveraineté universelle sur l'ensemble des musulmans. Les Abbassides bénéficient alors de l'aide des *fuqâha* qui échafaudent une théorie du califat idéal, basée sur des qualités et des attributions spécifiques.[473]

Donc le but de la théorie de l'islam politique n'est pas « *de limiter humainement une monarchie absolue ou de droit divin* [mais] *de consolider cette monarchie, ce 'califat historique', cette 'royauté pure', grâce à une théorie califienne où le magistrat suprême, source de tout pouvoir* [doit] *gouverner et instaurer l'ordre à partir de la Loi révélée, de la parole de Dieu. Ici, Dieu est dans la Cité. Il*

[470] Sihem DEBBABI MISSAOUI, « Islam et sécularisation », Jacques HUNTZINGER, Marjorie MOYA et Valentine ZUBER, *Laïcités et sociétés en méditérranée*, Lethielleux, 2012, pp.34-38

[471] Dans la tradition musulmane, le Prophète Mahomet est le dernier des Prophètes envoyés par Dieu, il est le « sceau des Prophètes ». D'après les théologiens de l'islam, Dieu n'enverra aucun autre Prophète après Mahomet. C'est une raison pour lesquelles toute religion post-islamique est considérée comme une hérésie.

[472] Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *op. cit.,* p.60

[473] Voir Ignaz GOLDZIHER, *Le dogme et la loi dans l'Islam*, Paris, Paul Geuthner, 2ème édition, 2005, p. 40 et s.

lui dicte ses lois et ses normes »[474]. L'utilisation de la religion comme source de légitimité politique n'est donc pas une théorie inhérente à l'islam. Elle résulte de la nécessité d'asseoir l'autorité perdue de l'Empire abbasside. En effet, lorsqu'un principe est officiellement identifié comme ayant été « décrété par Dieu », il est difficile pour la population de s'y opposer ou de résister à son application. Les Abbassides ont instrumentalisé la religion au profit de leur pouvoir. « *Sous leur règne, le religieux a alors été mis en scène à travers une réinterprétation des symboles de l'islam (manteau et sceptre du Prophète, la couleur noire, symbole des Qu'raish, l'heure de la prière du vendredi). Cette théâtralisation avait pour but de préparer le peuple à recevoir le message politique comme un message divin. A partir de cette époque, se soumettre au calife équivalait à se soumettre à Dieu et vice versa* ».[475]

Depuis lors tous les Etats de droit musulman ont continué à puiser dans la référence religieuse le fondement de leur légitimité. Dès lors, le pouvoir politique des Etats de droit musulman réside dans un effort permanent de légitimation, « *consistant à démontrer que son gouvernement est conforme à la Révélation* »[476] et au modèle de l'Etat idéal inauguré par le Prophète à Médine, car « *la période médinoise a été sublimée et l'exemplarité et le charisme du Prophète magnifiés* »[477].

Dans cette optique, l'Etat a recours aux référents religieux pour fonder sa légitimité. En « *se prétendant gardien des fondements de l'orthodoxie religieuse* »[478], l'Etat de droit musulman s'assure l'obéissance des citoyens. Désobéir au souverain qui tire sa légitimité de la religion revient à désobéir à Dieu.

C'est pourquoi cette référence à la religion se trouve inscrite dès les premières lignes des préambules, et accompagne souvent le référent révolutionnaire, qui permet d'insister un peu plus sur la légitimité du pouvoir en place.

---

474 Abdelatif AGNOUCHE, *op cit.,* p.320
475 Sihem DEBBABI MISSAOUI, *op. cit.,*
476Sabine LAVOREL, *op. cit. p.*24
477 Sihem DEBBABI MISSAOUI, *op. cit.*
478 Abdennour BIDAR, « Mohamed Arkoun et la question des fondements de l'islam », *Esprit*, Février 2011, pp.150-175

Le préambule de la Constitution algérienne rappelle ainsi que « *le 1er novembre 1954 aura été un des sommets de son destin. Aboutissement d'une longue résistance aux agressions menées contre sa culture, ses valeurs et les composantes de son identité que sont l'islam, l'arabité et l'amazighité (…)* ».

Le préambule de la Constitution du Bahreïn inscrit également « *le passé [du pays] au sein de l'arabité et de l'islam* ».

De même pour la Constitution des Emirats Arabes Unis qui précise que les Etats sont « *désireux (…) de préparer les peuples et les conduire vers un régime démocratique parlementaire intégral, dans le cadre d'une société arabe, islamique (…)* ».

La Constitution marocaine rappelle « *(…) son attachement à l'islam (…)* ».

Tandis que la Constitution Tunisienne proclame « *la volonté du peuple de demeurer fidèle aux enseignements de l'islam (…)* ».

Quant à la la République islamique d'Iran, il est affirmé que la Constitution « *est l'émanation des institutions (…) fondées sur les principes et les critères de l'islam, qui font écho à la volonté profonde de la communauté islamique des croyants* ».

Il y a donc une « manipulation » des symboles religieux par les acteurs politiques pour consolider et légitimer le pouvoir en place. L'autorité du pouvoir est ainsi acceptée parce qu'il tire sa légitimité de l'islam et en s'inscrivant dans la tradition le pouvoir promet de chercher à protéger ou à renforcer l'islam. Comme le souligne à juste titre Addi Lahouari, les acteurs politiques « *se légitiment par le discours religieux pour montrer le bien-fondé de leurs actions et leurs positions* »[479].

Une précision doit être faite à ce stade : si le pouvoir fonde sa légitimité à l'égard du peuple sur la tradition et la religion, c'est en partie pour répondre aux exigences de la population. Max Weber rappelle que « *toute véritable domination comporte un minimum de volonté*

[479] Addi LAHOUARI , « Pluralisme politique et islam dans le monde arabe », *Pouvoirs*, n°104, 2003/1, pp. 85-95

d'obéir, par conséquent un intérêt, extérieur ou intérieur, à obéir »[480]. Si l'utilisation de la religion comme fondement de la légitimité a servi les intérêts des Abbassides face aux invasions barbares, aujourd'hui elle permet notamment de répondre aux attentes des électeurs.

Dans un premier temps, au milieu du XXème siècle, l'utilisation du discours religieux a servi les intérêts des politiques anticoloniales puisque comme le souligne Ahmed Beydoun « *au niveau populaire, l'islam demeurait (…) un vecteur essentiel de la lutte anticoloniale* »[481]. En effet, la période coloniale va affirmer l'identité religieuse des populations colonisées, puisque « t*ous les pays en proie à une occupation ou à une colonisation étrangère se réfugient dans leur être profond* »[482]. La religion musulmane est ainsi restée une référence centrale dans les Etats de droit musulman pendant la période coloniale.

Dans un deuxième temps et de manière plus contemporaine, l'utilisation du discours religieux permet de rassurer les couches populaires qui sont déboussolées par une modernité qui remet en cause leurs traditionnelles structures, sociales et familiales. « *L'islam constitue* [alors] *un refuge sécurisant pour certaines couches sociales qui se sentent agressées par la rapide modernisation de la société et ce, d'autant plus que cette modernité est souvent assimilée à une occidentalisation jugée acculturante, voire aliénante* »[483]. Les dernières élections dans les Etats de droit musulman qui ont connu les révoltes du « printemps arabe » prouvent une fois de plus que le peuple est attaché aux traditions religieuses. Les grands vainqueurs des élections, en Tunisie (Ennahda), en Egypte (les Frères musulmans)[484] ou en Lybie, sont des partis politiques qui affichent de manière explicite leur attachement à l'islam et leur volonté d'imposer la prééminence de la religion dans tous les secteurs du droit.

---

[480] Max WEBER, *op. cit.,* p. 285

[481] Ahmad BEYDOUN, « Chiisme et démocratie », *Pouvoirs*, n°104, 2003, pp.33-43

[482] Stéphane PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, L'Harmattan, 2009, p.26

[483] Mohamed Tahar BENSAADA, *Le régime politique algérien. De la légitimité historique à la légitimité constitutionnelle*. Paris, Editions Anfass, 1989, p.118

[484] Bien que l'élection législative de 2012, consécutive à la chute du président Hosni Moubarak, a été annulée par la Haute Cour constitutionnelle pour vice de procédure, il faut tout de noter que les premières élections libres d'Egypte ont permis aux islamistes de remporter la majorité des places de la nouvelle Assemblée législative.

Bien que tous les Etats de droit musulman aient eu recours au constitutionnalisme, la légitimité divine du pouvoir n'est pas remise en cause, bien au contraire, elle y est affirmée avec plus de vigueur[485]. « *Il ne peut y avoir de prescriptions constitutionnelles, ou plus généralement de prescriptions juridiques en dehors du cadre fixé par la religion* »[486] dans les Etats de droit musulman ; puisque l'objectif attribué aux Constitutions écrites dans ces Etats « *est d'assurer le maintien des institutions en place et de les revêtir d'une légitimité constitutionnelle qui se surajoute à leur légitimité religieuse ou historique* »[487]. Cette analyse permet de comprendre que le pluralisme constitutionnel, c'est-à-dire la coexistence de différentes sources du droit, est surtout une source de légitimation pour le pouvoir en place dans les Etats de droit musulman. Comme le souligne Sabine Lavorel, « *le pluralisme constitutionnel permet aux dirigeants arabes de cumuler les sources de légitimation et de doter leur pouvoir d'un fondement idéologique précieux qui supplée à la fragilité du fondement juridique* »[488]. Le professeur Yadh Ben Achour affirme quant à lui que « *le droit politique a tendance à s'absorber dans la fonction de légitimation au détriment de sa fonction de limitation du pouvoir* »[489] dans les Etats de droit musulman et on ne peut que souscrire à ces propos.

Les partisans de cette pratique justifient l'utilisation de l'islam comme fondement de légitimité par les théories de l'islam englobant et de l'islam politique.

[485] Depuis la mort du Prophète Mahomet, les musulmans n'ont connu qu'un seul modèle de gouvernance, le califat. Or ce système n'existe plus depuis son abolition par Mustafa Kemal Atatürk en 1924. De plus, les puissances coloniales ont établi au sein des différentes colonies et protectorats le même système juridique que le leur. Lors de l'accession à l'indépendance, les Etats de droit musulman nouvellement indépendant n'ont pas cherché à réinstaller un système traditionnel aboli, mais ils ont poursuivi le système déjà installé par la puissance colonisatrice. De plus, l'élaboration de Constitution et l'affirmation de la souveraineté, nationale ou populaire selon les cas, a permis aux Etats récemment colonisé d'affirmer leur indépendance à l'égard des puissances occidentales.

[486] Abdelfattah AMOR, *op.cit*

[487] Sabine LAVOREL, *op. cit* p.25

[488] Ibid

[489] Yadh BEN ACHOUR, Droit et changement social : l'exemple tunisien », *RDP*, n°1, 1989, p.194

2. Les théories de l'islam englobant et de l'islam politique : les fondements de l'instrumentalisation de l'islam

L'utilisation de l'islam comme instrument de légitimation du pouvoir tire également sa source dans une théorie selon laquelle l'islam est une religion qui englobe tous les aspects de la vie de l'individu. « *En s'efforçant de veiller à la stabilité et au renforcement de son message, qui est à la fois religion et cité terrestre, l'islam fait de Dieu un être objectif qui doit englober toutes les sphères de la vie* »[490]. Il est vrai que le Coran organise la vie matérielle dans ses moindres détails. Toutes les étapes de la vie de l'être humain sont codifiées dans le Coran. Les dispositions relatives à la filiation, au mariage, à l'héritage, à la mort sont inscrites dans le Coran ; les règles concernant les transactions bancaires, le paiement de l'impôt, les relations entre musulmans et les relations avec les non-musulmans sont également prescrites par le Coran. L'islam serait donc un système qui englobe tous les aspects, tant privé que public de la vie. Mais ces préceptes ne seront effectifs que dans un Etat qui les pose comme fondement de la législation. L'islam ne peut être pleinement réalisé que dans « *le cadre d'un Etat islamique dont la législation reposerait sur la loi divine et où tous les moyens médiatiques et éducatifs seraient mis au service de la propagande religieuse* »[491].

L'Etat de droit musulman doit permettre l'applicabilité de l'islam dans tous les domaines. Rien n'échappe à l'emprise de l'islam car c'est une religion qui prend totalement en compte tous les aspects de la vie sociale d'un individu. L'islam « *a toujours prétendu avoir vocation à structurer non seulement les aspirations spirituelles ou la vie morale, mais aussi la société dans son ensemble* »[492]. Tous les pans de la vie sociale d'un individu, tant dans ses rapports publics que dans ses activités privées, sont réglementés pas les préceptes religieux[493]. L'islam est une religion qui détermine la vie du musulman dans toutes ses facettes. Selon Bernard Lewis « *l'idée qu'il puisse exister des êtres, des activités ou des aspects de l'existence humaine qui échappent à l'emprise de la religion et de la loi divine est étrangère à la pensée*

[490] Sihem DEBBABI MISSAOUI, *op. cit.,* pp.34-38
[491] Anne-Laure DUPONT et Anne-Claire de GAYFFIER-BONNEVILLE, « Un discours islamique officiel en Egypte », *Egypte, monde arabe*, n°29, 1997, pp.37-81
[492] Maxime RODINSON, « Islam, facteur de conservatisme ou de progrès ? », *Pouvoirs,* 1980, n°12, pp.27-32
[493] Toutes les religions ont pour ambition de régir l'existence de leurs fidèles. Les droits mosaïques et canoniques ont également servi à élaborer un système juridique auquel doit obéir le croyant. La prégnance du droit musulman n'est donc pas due à une particularité religieuse musulmane mais à son utilisation politique.

musulmane.(…). Il n'y a qu'une seule loi, la charia, révélée par Dieu et régissant tous les domaines du droit »[494].

L'islam régenterait donc entièrement la vie privée et collective des musulmans[495]. Le droit musulman a pour fonction de définir les devoirs de l'homme à l'égard de Dieu et envers les autres hommes. De ce constat découle l'idée que les affaires de la Cité doivent être conformes aux prescriptions religieuses. Les bases sont ainsi posées pour développer la théorie de l'essence politique de l'islam.

Un autre stéréotype qui justifie l'instrumentalisation de l'islam est le poncif qui fait de l'islam une religion par essence politique et qui s'impose à l'organisation institutionnelle d'un Etat, sans distinguer les deux. L'islam ne distinguerait pas l'Eglise de l'Etat et bien au contraire, l'islam *« dicte les conduites politiques, (…) et ne s'est jamais résigné à se retirer de la scène politique* »[496]. Selon cette théorie, « *le politique ne pourrait être distinct, ni a fortiori disjoint, du domaine proprement religieux* »[497] de l'islam. Il est courant de lire que l'islam est une religion atypique car elle a des prétentions politiques que n'ont pas les autres religions. L'islam est traditionnellement opposé au christianisme par ses prétentions politiques, par la complicité qu'il établit entre les pouvoirs politiques et les pouvoirs religieux. Aussi, Hatem M'Rad explique que « *l'islam se distingue des autres religions en ce qu'il n'est ni exclusivement une religion, ni une religion abstraite ou apolitique. Il est religion et Etat* »[498]. Cette théorie défend l'idée selon laquelle l'islam milite pour que « *le temporel soit organisé en Cité du Livre* »[499]. L'islam serait une religion éminemment politique et de là vient la difficulté de concevoir un processus de sécularisation dans les Etats de droit musulman. Il n'est pas possible de séparer la religion de l'Etat, dans un système régi par une religion dont

[494] Bernard LEWIS, *Islam,* Gallimard, Paris, 2005, p.1250.

[495] Ce poncif ne doit pas être réduit à l'islam. Dans toutes les religions, les théologiens ont interprété la religion comme englobant tous les aspects de la vie humaine. Les religions ont toujours servi comme fondement à l'élaboration d'un droit religieux. La caractéristique des Etats de droit musulman est l'utilisation politique qui est faite de cette théorie.

[496] Yadh BEN ACHOUR, « Structure de la pensée politique islamique classique », *Pouvoirs*, 1980, n °12, pp.15-26

[497] Franck FREGOSI, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie – Tunisie)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994, p.367

[498] Hatem M'RAD, *Libéralisme et liberté dans le monde arabo-musulman. De l'autoritarisme à la Révolution*, Paris, Editions du Cygne, 2011, p.33

[499] H. SANSON, « Islamisme et islam », conférence à Saint Flour le 15 juillet 1992, cité par Franck FREGOSI, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie – Tunisie)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994, p.5

l'essence même est politique. Les règles de l'islam sont conçues comme un ensemble d'énoncés normatifs qui organise le pouvoir, fixe les institutions et établit les règles de droit qui concernent les autres aspects de la vie sociale et économique de l'individu.

Les défenseurs de la théorie de l'islam politique utilisent l'argument selon lequel le Prophète a fondé le premier Etat musulman à Médine après son émigration. Lorsqu'il émigre à Médine, le Prophète y est attendu pour arbitrer les différends entre les clans ; il est également accompagné par certains fidèles qui l'ont suivi depuis La Mecque. En étant appelé à Médine pour arbitrer des conflits Mahomet acquiert une légitimité politique qui s'ajoute à sa légitimité spirituelle. Il devient un chef politique et cumule les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. « *Il cumulait tous ces pouvoirs en sa qualité d'envoyé de Dieu à tous les hommes, pour les inviter à suivre la voie de Dieu et pour leur appliquer ses préceptes et ses recommandations »*[500]. La conception abbasside du califat a prolongé cette pratique puisque le calife dispose de tous les pouvoirs et doit présenter des qualités spirituelles particulières.

Toutefois si l'islam réglemente effectivement la vie privée et les relations collectives des individus, très peu de dispositions concernent la gestion de la Cité. La vocation globalisante de l'islam qui conduit à utiliser la religion à des fins politiques, n'est qu'un mythe ; le concept d'un islam destiné « *en tous temps et en tous lieux à se perpétuer comme système de lois dans l'ensemble des domaines de la vie humaine : spirituel, politique, social et moral* »[501] n'existe pas. Notons que ce principe n'est pas inscrit dans la charia et que ce sont les premières générations de théologiens, *fuqahâ* qui ont institué et imposé cette lecture du Coran, essentiellement à des fins politiques, pour sauvegarder l'influence de l'Empire abbasside. Cela a été mis en place pour les besoins de constituer et de consolider l'Etat sous l'Empire abbaside. Les Abbassides ont exploité la religion à des fins politiques et ont construit le mythe d'une religion qui a été révélée pour déterminer d'en haut tout le champs politique et social. Stéphane Papi explique que s'il est vrai que Mahomet a posé les bases politiques du premier Etat de droit musulman à Médine, ce modèle n'en est resté

[500] Hatem M'RAD, *op. cit.,* p.33
[501] Abdennour BIDAR, *op. cit.,* pp.150-175

qu'à une phase primaire car cette organisation « [n'a constitué] *qu'un embryon sociale régit par quelques principes qui n'ont pas survécu longtemps aux guerres de successions entre factions rivales* »[502].

Cette instrumentalisation de l'islam a perduré puisqu'encore aujourd'hui, la consécration de la religion dans la Constitution sert les intérêts des dirigeants politiques.

La deuxième théorie qui remet en cause la dimension politique de l'islam permet d'analyser le lien entre la religion et l'Etat sous un autre angle. Si l'islam ne prescrit pas de lien insécable entre la religion et le pouvoir, rien n'interdit l'instauration d'un pouvoir sécularisé. Les autorités peuvent ainsi élaborer des règles de droit sécularisées. Toutefois, malgré ces incohérences, ces théories sont utilisées pour servir les intérêts des dirigeants.

[502] Stéphane PAPI, *op. cit.,* p.255

Paragraphe 2 :

L'utilisation de l'islam pour une lecture opportuniste de la Constitution : servir les intérêts du leader

1. La personnification du pouvoir par le texte constitutionnel

Le système constitutionnel des Etats de droit musulman se caractérise par un pluralisme de sources, religieuse et libérale, et par une véritable personnification du pouvoir. Comme l'explique Sabine Lavorel, la pratique du pouvoir dans les Etats de droit musulman se caractérise par une « *association manifeste entre la fonction politique et l'individu qui l'exercice : véritable personnification du pouvoir* »[503]. Cette pratique tire son fondement de la théorie du califat car à la mort du Prophète, le calife est le représentant du Prophète. Il dispose d'une délégation de ce dernier pour la conduite des musulmans, à tous les niveaux de leur vie, religieuse et temporelle et il doit « *continuer à gouverner la communauté musulmane suivant le Coran et suivant la Sounna du Prophète* »[504].

Les premiers califes tirent leur légitimité de l'adhésion de l'ensemble de la communauté. S'il est vrai que le schisme de l'islam a été provoqué par la querelle entre Ali et les autres Compagnons du Prophète quant à la question de la succession, un consensus a tout de même été établi autour des premiers califes. L'adhésion populaire est justifiée par leur qualité de Compagnons du Prophète, c'est-à-dire les premiers fidèles, ceux qui l'ont accompagné au plus près. Cette soumission se concrétise par le serment de fidélité qui accompagne le sacre du calife. La *bay'a*, serment d'allégeance, est reçue par le calife, et lui donne la légitimité nécessaire pour agir en tant que lieutenant du Prophète ; il agit en

[503] Sabine LAVOREL, *op. cit* p.29
[504] Gaudefroy DEMOMBYNES, « L'islam », *L'Islam et la Politique contemporaine*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, pp.3-30

son nom en tant que chef politique et en même temps chef religieux[505]. En tant que lieutenant du Prophète, lorsque les individus concluent le serment d'allégeance avec le calife, il prête serment de respecter le Prophète et ainsi il prête également serment d'obéir à Dieu.

A la disparition du système califal par Kemal Atatürk en 1924, les différents régimes musulmans ont continué à être structurés par ce système, mais selon des proportions différentes. Le Professeur Bidegaray remarque ainsi que « *certains (…) valorisent le facteur religieux en insistant sur leurs liens avec la famille du Prophète : ainsi les chorfas hachémite de Jordanie ou alaouites du Maroc. D'autres jouent du facteur identitaire tribalo-dynastique. D'autres enfin invoquent l'argument de nécessité dharuriyya en montrant comment leur ordre politique est proche de la cité idéale voulue par Dieu, comment il évite le chaos et la dissension entre musulmans, fitna, préserve l'unité territoriale et réalise des performances économiques et sociales, en construisant un Etat moderne* »[506]. Pourtant désormais les chefs d'Etats contemporains dans les Etats de droit musulman, qu'ils soient monarques ou présidents, ne sont pas les simples dépositaires du pouvoir ; ils bénéficient d'une véritable autorité politique et d'un type de pouvoir reconnu comme légitime par ceux qui y sont soumis, du fait même qu'il est utilisé en conformité avec des valeurs et des procédures acceptées. La confiance dont ces dirigeants disposent ne peut pas s'expliquer par la seule légitimité constitutionnelle. Leur pouvoir repose sur des éléments beaucoup plus intangibles, liés à la religion, à l'histoire ou à leur propre prestige.[507] Cela évoque la légitimité charismatique dont parle Max Weber selon laquelle la domination repose sur la reconnaissance du pouvoir personnel du chef. Max Weber explique que le charisme est « *la qualité extraordinaire (…) d'un personnage, qui est, pour ainsi dire, doué de forces ou de caractères surnaturels ou surhumains ou tout au moins en dehors de la vie quotidienne, inaccessibles au commun des mortels ; ou encore qui est considéré comme envoyé par Dieu ou comme un exemple, et en conséquence considéré comme un chef* »[508].

[505] Je rappelle que cette deuxième qualité, chef religieux n'apparaît que plus tard. Les premiers califes ne se considèrent pas comme dépositaire d'un pouvoir divin.
[506] Christian BIDEGARAY, « Le monarque, chef religieux », *Pouvoirs,* n°78, 1996, pp.55-72
[507] Il ne faut pas oublier que les peuples en questions sont sortis de plusieurs années de domination occidentale, grâce à ces leaders politiques aujourd'hui devenu leur dirigeant.
[508] Max WEBER, *op. cit.,* p.320

On trouve cette légitimité charismatique chez certains dirigeants des Etats de droit musulman qui tirent également leur légitimité du respect des anciennes traditions islamiques, telles le califat ou la pratique de la *bay'a* , ou du caractère sacré de certaines monarchies. Les monarchies alaouites (du Maroc) et hachémites (de Jordanie) tirent ainsi leur légitimité en tant que descendants du Prophète Mahomet ; quant au Roi de l'Arabie Saoudite, il est le « gardien des lieux saints » de l'islam. Enfin, le Guide suprême iranien est spécialement désigné pour ses qualités personnelles en tant que dépositaire du pouvoir dans l'attente du retour de l'Imam caché[509]. Le pluralisme constitutionnel est encore une fois manifeste ici. Le référent religieux, qui permet de légitimer le pouvoir, n'est pas simplement énoncé lors de discours politiques ou par la loi. Il est consacré par la Constitution. La qualité de « Commandeur des croyants » du Roi du Maroc et la qualité de remplaçant de l'Imam caché du Guide iranien, sont inscrites dans la norme suprême.

Les outils du constitutionnalisme sont encore une fois utilisés pour fortifier le pouvoir. La Constitution joue un rôle primordial au sein des Etats de droit musulman, puisqu'aucun Etat n'en a fait l'économie, mais l'utilisation de plusieurs référents permet d'organiser une hiérarchisation. Le fondement religieux du pouvoir constitue une sorte de disposition supérieure au sein des dispositions constitutionnelles. Ainsi, la référence au statut religieux du souverain, Roi ou Guide, emporte plus d'autorité que celles relatives à la séparation des pouvoirs. Pour comprendre l'importance de la légitimité charismatique dans les Etats de droit musulman il est pertinent d'analyser plus en détail les systèmes marocains et iraniens, caractéristiques de ce type de légitimité au sein des Etats de droit musulman.

[509] Dans la tradition chiite, le Douzième Imam a été occulté aux yeux des hommes. En son absence, aucun pouvoir politique ne peut être légitime. Toutefois, le plus compétent et le plus reconnu parmi les jurisconsultes religieux (*faqih*) est désigné pour exercer une sorte de régence sur les hommes.

a. *L'exemple du Guide suprême, « source d'imitation » en Iran*

Historiquement, le chiisme duodécimain qui est la religion officielle de la République islamique d'Iran, s'est démarqué de l'orthodoxie sunnite, majoritaire dans l'ensemble des Etats de droit musulman, en refusant de reconnaître la légitimité des trois premiers califes qui ont succédé au Prophète. Les chiites rejettent la *bay'a* qui a été conclue avec les premiers califes et lui opposent la désignation de Ali, gendre et cousin du Prophète. Ainsi dans la doctrine chiite, les successeurs du Prophète doivent être désignés parmi les descendants du Prophète. Ces successeurs sont appelés Imams.

Le mot *imam* veut dire « celui qui se tient devant », « celui qui guide ». L'imam est celui qui guide la prière rituelle, celui sur qui les participants modèlent leurs gestes et leurs attitudes rituelles. Dans la tradition chiite[510], le mot Imam est réservé aux douze descendants du Prophète. Au premier Imam élu, Ali, succèdent onze autres, infaillibles, descendants du Prophète et tous des élus de Dieu. Cette chaîne se termine avec le douzième Imam ou l'« Imam caché », le Mahdi, Muhammad al-Hassan. Les fidèl*es* attendent le retour de ce dernier, occulté au IXème siècle, et dont les chiites duodécimains *« disent être toujours en vie et devoir le rester jusqu'à la fin des temps, la justice de Dieu faisant que la terre ne puisse être dépourvue d'imam* »[511]. Son retour doit permettre de restaurer la justice sur terre. Ces Douze Imams représentent le groupe des Guide spirituels, « *ceux qui sont à la fois les Trésors et les Trésoriers de la Révélation divine, par conséquent les guides pour la compréhension du sens vrai de cette Révélation* »[512].

En l'absence du douzième imam, les fidèles ne peuvent pas rester sans guide et « *une tendance (…) postulait la nécessité d'un 'vicariat général' de l'imam caché qui, en* [son absence doit] *désormais assumer la conduite spirituelle de la communauté* »[513]. Le choix doit se faire en fonction des connaissances de l'imam et de ses capacités d'interprétation de la Loi. Cette fonction est dévolue à un *mujtahid* reconnu pour son statut de *marja,* c'est-à-dire sa qualité spirituelle à être une source d'imitation. Dans la tradition chiite, chaque fidèle doit se

[510] Dans la tradition sunnite, l'Imam est celui qui guide la prière, il n'a qu'une fonction religieuse, desservant d'une mosquée
[511] Ahmad BEYDOUN, « Chiisme et démocratie », *Pouvoirs*, n°104, 2003, pp.33-43
[512] [512] Henry CORBIN, *En islam iranien, aspects spirituels et philosophiques. 1. Le shî'isme duodécimain*, Gallimard, 1971, p.4
[513] Ahmad BEYDOUN, *op. cit.,* pp.33-43

confier à un *mujtahid* et suivre ses préceptes religieux, respecter ses modalités « d'imitation » (le *taqlid*). « *Le processus d'émergence du marja est fort subtil puisqu'aucune instance ne le désigne ni ne l'élit, mais qu'il doit sortir du lot parmi les mujtahid, et se faire reconnaître comme le meilleur d'entre eux par les cercles cléricaux* »[514].

C'est dans l'esprit de cette doctrine qu'a été développée la théorie du *velayet-e- faqih*. Cette théorie reprend le modèle du clivage mujtahid-muqallid[515]. Selon cette théorie, rendue célèbre par l'Imam Khomeiny, le système de gouvernance « *confie à un Guide (Vali-e faqih) ou à un collège de plusieurs foqahâ (pluriel de faqih[516]) le contrôle de tous les rouages de l'Etat* »[517]. Ce guide doit avoir la qualité de *marja.*

Ce modèle est inscrit dans la Constitution iranienne de 1979, inaugurée suite à la révolution islamique. L'article 5 de la Constitution iranienne dispose que « *pendant l'occultation de sa Sainteté le maître des temps (Dieu le très haut veuille réduire l'attente), la régence exécutive et la direction de la communauté islamique des croyants dans la République islamique d'Iran appartiennent au jurisconsulte religieux (faqih) juste, vertueux, conscient des problèmes de l'époque, courageux, capable de diriger, avisé, qui assume ces fonctions conformément à l'article 7 ».* Comme le souligne Ahmed Beydoun, « *tout en préservant formellement les institutions d'une république démocratique, la nouvelle Constitution iranienne les flanque d'un guide de la révolution concentrant dans ses mains les fils les plus stratégiques du Pouvoir* »[518].

Le Guide suprême iranien se situe au sommet de la hiérarchie de chaque pouvoir. Bien que la séparation des pouvoirs soit inscrite dans la Constitution iranienne, le Guide suprême concentre tous les pouvoirs entre ses mains dans la mesure où il se réserve un droit de regard sur les décisions du gouvernement et celles du Parlement, et qu'il nomme le président de la Cour de cassation et le Procureur général. La Constitution organise à la

[514] Sabrine MERVIN, *Les mondes chiites et l'Iran,* Paris, Karthala, 2007, p.17
[515] L'imité-l'imitateur
[516] Docteurs de la loi
[517] Sétareh GHAFFARI-FARHANGI, « L'islam politique en Iran », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le onde turco-iranien (CEMOTI)*, janvier-décembre 2005, n°39-40, p.125
[518] Ahmad BEYDOUN, op. cit., pp.33-43

fois une séparation horizontale des pouvoirs et une concentration verticale des pouvoirs entre les mains du Guide suprême.

Le statut de *marja* est au cœur de la théorie du *velayat-e-faqih*, qui est à la base du système constitutionnel iranien. Pourtant cette théorie ne fait pas l'objet d'un consensus au sein des guides religieux chiites. Lors de la rédaction iranienne de 1979 qui a sacralisé la théorie du *velayat-e-faqih*, tous les *marja* ne se sont pas ralliés au principe de la « guidance du jurisconsulte ». Certains *marja* « *n'admettent pas que le mandat des juristes puisse s'entendre au-delà de la sphère religieuse légale pendant l'Occultation* »[519]. De plus il n'existe pas de système bien établi de désignation d'un *marja*, celui-ci doit « émerger » parmi ses pairs. Donc la désignation d'un *marja* par des instances étatiques, comme le prévoit la Constitution iranienne est plus que problématique.[520] Malgré la controverse, Khomeiny établit la théorie de la « guidance du jurisconsulte ». Ce dernier est en opposition avec le régime monarchique qu'il vient de renverser et il s'oppose également au constitutionnalisme occidental. Khomeiny utilise alors l'argument de l'islam globalisant et explique que l'Etat doit être une « *organisation jurisprudentielle destinée à faire appliquer la loi divine et non à légiférer* »[521]. Dans la mesure où la souveraineté appartient à Dieu et que le juriste suprême est le représentant de l'Imam, en l'occurrence l'Imam caché, il est habilité à établir la conduite de la nation. Khomeiny explique que « *le faqih doué des qualifications requises* [à savoir la raison, la sagesse, la connaissance de la loi islamique et l'équité] *doit jouir des mêmes pouvoirs que le Prophète et l'Imam Ali* »[522].

Il utilise l'aura de sainteté qui entoure le Prophète et l'imam Ali et s'inscrit dans leur lignée. L'inscription de la théorie du *velayat-e-faqih* dans le texte constitutionnel lui accorde plus de légitimité. Le Préambule de la Constitution iranienne de 1979 fait plusieurs références au statut religieux de Khomeiny. Le quatrième paragraphe du Préambule de la Constitution iranienne dispose que « … *sous la direction de la Source*

[519] Constance ARMNJON, « L'instauration de la 'guidance du juriste en Iran'. Les paradoxes de la modernité chiite », *Archives de Sciences sociales des religions*, 2010/1, n°149, pp.211-228
[520] Voir Chibli MALLAT, *The Renewal of Islamic Law Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf and the Shi'I International*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp.77-78
[521] Pierre MARTIN, « L'Etat islamique et la 'Marja'iyya', », Introduction à la Note préliminaire de fiqh à propos de la Constitution d'une République islamique d'Iran, *Les Cahiers de l'Orient*, n°8-9, 1987-1988, pp.158-163
[522] Ruhollah KHOMEINY, *Pour un gouvernement islamique*, Paris, Fayolle, 1979, pp.51-52

d'Imitation Suprême, Son Eminence le Grand Ayatollâh et Imam Khomeiny, la conscience nationale en éveil a ressenti le besoin de suivre une ligne de conduite authentique doctrinale et islamique (…) », et un peu plus loin, il est affirmé au douzième paragraphe que « *le projet de gouvernement islamique, fondé sur l'Autorité souveraine du jurisconsulte religieux* [que l'Imam Khomeiny avait exposé] (…) » ; de plus le paragraphe 30 du Préambule, intitulé « l'autorité du faqih juste » expose la doctrine du *velayat-e-faqih* en disposant qu' « *sur le fondement de l'autorité du Commandement de Dieu et de l'Imamat éternel, la Constitution prépare les bases pour l'instauration d'une direction théologique (par un guide religieux) possédant toutes les qualifications et reconnu par le peuple en tant que guide et qui devra garantir que les différentes institutions ne n'écartent pas de leurs vrais devoirs islamiques ».* Ainsi, Khomeiny n'apparaît plus comme un révolutionnaire qui s'est accaparé le pouvoir, mais il dispose d'une légitimité religieuse que lui confère la Constitution.

Pourtant la révision constitutionnelle[523] de 1989 supprime la qualité de « *marja* ». A partir de 1985, Khomeiny prépare sa succession et soutient publiquement l'Ayatollah Hussein Ali-Montazeri. Ce dernier a activement participé à la Révolution de 1979 et à la rédaction de la Constitution. Il est un partisan de la théorie du *velayat-e-faqih* et possède le statut de *marja.* Toutefois, il s'oppose à la politique répressive de Khomeiny à la fin des années 1980. Il critique les violations des droits de l'homme que le régime perpétue et dénonce le manque de démocratie. Cette position lui vaudra les foudres de Khomeiny qui l'écarte de sa succession.

Par conséquent, peu avant la mort de Khomeiny, le 4 juin 1989, aucun religieux n'a à la fois le rang exigé dans la hiérarchie religieuse ni son expérience politique. Or, selon la théorie politique inscrite dans la Constitution, « *la tutelle politique appartient* intuitu personae *au jurisconsulte religieux (faqih) le plus compétent et reconnu par le peuple comme représentant l'Imam disparu en 941* »[524]. L'article 107 de la Constitution dispose que « *Après la haute Source d'Imitation, le Guide suprême de la révolution mondiale de l'Islam et le fondateur de la République*

[523] La Constitution iranienne de 1979 ne prévoit pas de procédure de révision. Le 24 avril 1989 l'Imam Khomeiny ordonna une révision de la Constitution en huit points et désigné un Conseil de la révision. Le 28 juillet 1989, les modifications de la Constitution ont été approuvées par référendum. La révision de 1989 concerne le Guide, l'organisation des pouvoirs, la Radio-Télévision, le nombre de députés, la révision de la Constitution, l'Assemblée du Discernement des Intérêts du Régime, le Conseil Suprême de la Sécurité Nationale et le changement du nom de l'Assemblée Consultative Islamique.

[524] Michel POTOCKI, *Constitution de la République islamique d'Iran, 1979-1989*, Paris, L'Harmattan, 2004, p.17

Islamique d'Iran, son éminence le Grand Ayatollah Imam Khomeiny (Que sa tombe soit sanctifiée), qui a été reconnu et accepté par une majorité décisive du peuple comme référence religieuse et Guide, la désignation du Guide est du ressort des Experts élus par le peuple. Les Experts du Guide examinent et délibèrent à propos de tous les Jurisconsultes islamiques (fouqaha) remplissant les conditions mentionnées dans les articles cinquième et neuvième ; lorsqu'ils jugent l'un d'entre eux plus averti sur les préceptes et les tèmes religieux (Fiqh) ou que les problèmes politiques et sociaux, ou ayant la faveur de tous ou possédant une distinction particulière quant à l'une des qualités mentionnées dans l'article cent neuvième, ils l'élisent en tant que Guide, autrement, ils élisent et présentent l'un d'entre eux comme Guide (…) ».

Avant sa mort, Khomeiny avait donné sa préférence à Ali Khamenei, alors président de la République. Or ce dernier n'est pas un *marja.* Dans la mesure où la seule personne qui dispose de toutes ces qualités a été écartée de la succession par Khomeiny avant sa mort et que le nouveau successeur désigné par Khomeiny n'est qu'un Imam, Khomeiny ordonna la révision de la Constitution de sorte à réduire les exigences de qualification nécessaires pour accéder à la fonction de Guide. Dorénavant, le Guide n'appartient plus nécessairement au cercle très restreint des grands Ayatollah et des Sources d'imitation. Il n'est plus nécessaire d'être une « source d'imitation », un *marja* ; il peut être un clerc de rang moyen. C'est ainsi qu'Ali Khamenei devient le nouveau Guide suprême et reçoit par la suite le titre de Ayatollah.

Dans l'exemple iranien, il est indéniable que la Constitution est instrumentalisée pour satisfaire les exigences politiques du leader et la référence à la religion permet de légitimer ces exigences.

b. *L'exemple du Roi du Maroc, « Commandeur des croyants »*

Le Maroc est une monarchie constitutionnelle et le Roi possède des attributs spirituels et politiques : il « *combine les attributs de la sainteté associés à la qualité de chérif, les prérogatives du chef de la communauté religieuse (…) et les ressources d'un chef de gouvernement disposant du Makhzen* »[525]. Le pouvoir royal repose sur une double légitimité, religieuse et nationale.

Concernant la légitimité religieuse du Roi, l'article 41 de la Constitution marocaine dispose que le Roi du Maroc « *Amir al-Mouminine, veille au respect de l'Islam. Il est le Garant du libre exercice des cultes* ». Ce titre fut attribué pour la première fois au deuxième calife, Umar. Le porteur de ce titre possède des prérogatives à la fois spirituelles et politiques. « *Il confère à celui qui le porte un statut ambigu, relevant du pouvoir spirituel aussi bien que du pouvoir politique, sans que la frontière entre les deux ne soit bien définie* »[526]. Celui qui est Amir al-Mouminine guide les croyants dans leurs prières (il est donc calife au sens orthodoxe du terme) et préside aux affaires de l'Etat. Le titre organise donc une concentration des pouvoirs légitimée par l'islam, puisque ce titre accorde des prérogatives califiennes et met en œuvre la prééminence spirituelle du titulaire. Toutefois, ce titre est également accompagné d'une dimension politique. Comme le relève Abdelatif Agnouche, à travers cette institution, « *l'obéissance due au souverain est avant tout religieuse, celle d'un croyant à son Imam.* »[527]

Ce titre permet de légitimer le pouvoir en l'inscrivant dans la continuité des premiers califes. « *Au travers de l'Imarat Al Mûminin, on est en face d'une multiplicité de registres qui renvoient tous à une seule fonction, la sacralisation du régime, celle-ci étant la synthèse de la légalité et de la légitimité* »[528]. C'est l'inscription du caractère califal dans la Constitution qui consacre le caractère sacré de la monarchie et du Roi ; et c'est également cette référence religieuse qui fonde l'obéissance au pouvoir royal. En tant que Amir al-Mouminine, le Roi jouit d'une autorité morale sur tous les musulmans, qu'ils soient à l'intérieur de son royaume ou

[525] Michel CAMAU, *in* Maurice FLORY et alii, *Les Régimes politiques arabes*, Paris, PUF, « Thémis », 1990, p.377
[526] Abdessamad BELHAJ, « L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le cas du Maroc », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, n°37-2, 2006, pp.121-139
[527] Abdelatif AGNOUCHE, *Histoire politique du Maroc*, Casablanca, Afrique Orient, 1987,pp. 326-327
[528] Mohamed TOZY, « Le Roi, commandeur des Croyants », *Edification d'un Etat moderne- le Maroc de Hassan II*, Paris, Albin Michel, 1986, p.52

non. Il voyage ainsi au Vatican pour plaider la cause des musulmans, il adresse des messages aux musulmans du monde entier à l'occasion d'évènements importants comme à l'occasion de chaque nouvel an de l'Hégire.

La sacralité du pouvoir royal marocain est renforcée par l'origine chérifienne de la dynastie Alaouite, qui règne sur le Maroc depuis le milieu du XVIIème siècle. Les chorfas (pluriel de chérif) sont les descendants du Prophète Mahomet par sa fille Fatima.

Ces premiers éléments justifient déjà la prééminence accordée au Roi dans le système constitutionnel marocain. Le Roi explique dans ainsi un entretien accordé au journal le Monde en 1992 que « *Au demeurant, l'Islam M'interdirait de mettre en place une monarchie constitutionnelle dans laquelle le souverain déléguerait tous ses pouvoirs et régnerait sans gouverner (…). Je peux déléguer Mes pouvoirs mais Je n'ai pas le droit, de Ma propre initiative, de Me désister de Mes prérogatives, car elles sont aussi spirituelles* »[529]. En s'inscrivant dans la descendance du Prophète et dans la lignée politique des premiers califes, le pouvoir royal légitime son autorité, mais cela lui permet surtout de légitimer sa prééminence sur toutes les autres institutions politiques.

Le deuxième élément essentiel de la royauté marocaine est le contrat d'allégeance qui permet l'investiture politique du Roi. En tant que calife-Amir Al Mouminime, le roi reçoit à l'occasion des cérémonies publiques, le renouvellement du serment d'allégeance, la *bay'a*. De nouveau, le pouvoir royal s'inscrit dans la tradition musulmane puisque la technique de la *bay'a* remonte au califat d'Abu Bakr. La *bay'a* est un contrat conclu entre le peuple et le Roi, par lequel le peuple atteste sa soumission et reconnaît la légitimité du souverain. Le texte du serment d'allégeance du Roi du Maroc est révélateur d'une part, de cette nécessité de s'inscrire dans la continuité du Prophète et d'autre part, de la soumission du peuple en la personne du Roi. Le Roi prête le serment suivant : « *Nous Chorfa, Oulémas, notabilités, hommes et femmes, jeunes et vieux, avons décidé donc à l'unanimité de renouveler à Amir al-Mu'minine, défenseur de la loi et de la nation, S.M. le Roi Hassan II, le serment*

[529] « Un entretien avec le Roi du Maroc », *Le Monde,* 2, septembre 1992, in Maurice TORRELLI, « Le pouvoir royal dans la Constitution », *in*, Driss BASRI, Michel ROUSET, Georges VEDEL, *Trente années de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris, L.G.D.J, 1993, pp.107-158

d'allégeance comme l'avaient fait nos pères et nos ancêtres aux Souverains Alaouites. Notre serment d'allégeance est conforme à celui prêté par les Compagnons au Prophète Sidna Muhammad sous l'arbre d'al-ridwan. Aussi avons-nous pris un engagement de loyalisme à Son autorité et avons juré de Lui être fidèles et de suivre à tout moment et en toutes circonstances Ses conseils. Nous nous considérons désormais comme Ses partisans, Son soutien et Ses soldats. Nous soutiendrons Ses alliés et combattrons Ses ennemis (…) »[530].

L'établissement du lien entre le Prophète et le commandeur des croyants, assure le privilège du Roi. « *En effet, prêter allégeance à un descendant du Prophète revient à prêter allégeance au Prophète lui-même.* [Et la référence au serment d'allégeance des Compagnons permet à la bay'a marocaine de récupérer] *un mythe politique* »[531]. Par la tradition de la *bay'a,* aucun mécanisme de contrôle des décisions ni de limitation des pouvoirs du Roi n'est assuré. Le serment d'allégeance serait dans ce cas une bénédiction pour un pouvoir absolu.

Dans les Etats de droit musulman, la Constitution n'est donc pas un instrument juridique permettant de limiter le pouvoir pour garantir les droits et libertés fondamentaux. L'objet de la constitution est détourné puisqu'elle est « *récupérée pour devenir un instrument d'expression d'une politique religieuse et parfois même d'une idéologie religieuse* »[532]. Bien que les référents démocratiques soient mentionnés dans les Constitutions, comme le souligne fort justement Sabine Lavorel, il ne s'agit bien souvent que d'une « *reconnaissance formelle qui n'entraîne aucune véritable conséquence juridique* »[533]. Les références religieuses sont instrumentalisées par les leaders politiques pour légitimer leur pouvoir et asseoir leur autorité et éviter toute contestation sur les manquements à la démocratie. Ainsi, bien que la séparation des pouvoirs soit inscrite dans les Constitutions, le principe est vidé de tout sens puisque par le jeu des références musulmanes, le « leader » (Roi ou Guide) renferme tous les pouvoirs entre ses mains.

---

[530] Texte du serment publié par le quotidien *Le Matin du Sahara*, 13/08/2004

[531] Abdessamad BELHAJ, « L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le cas du Maroc », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, n°37-2, 2006, pp.121-139

[532] Ibid

[533] Sabine LAVOREL, *Les Constitutions arabes et l'islam, les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p.30

2. La Constitution : un instrument de légitimation au profit de l'idéologie du chef

Comme l'indique le Professeur Le Pourhiet, « *un Etat ne peut vivre qu'après s'être donné une Constitution, c'est-à-dire un statut (…) »*[534]. La Constitution est donc l'acte fondateur de l'Etat et elle fonde ses pouvoirs. Toutefois, la Constitution n'a pas la même acception dans les Etats de droit musulman. La Constitution n'est pas un élément constitutif de l'Etat car le pouvoir existe avant le texte. Le pouvoir vient de Dieu et les détenteurs du pouvoir s'inscrivent dans la tradition califale. Dans les Etats de droit musulman la souveraineté divine est le fondement du pouvoir et la Constitution ne joue dès lors qu'un rôle formel de légitimation en le dotant d'une assise juridique. Comme l'écrit Mohamed Tozy à propos de la Constitution marocaine de 1962, « *la Constitution n'est pas constitutive d'un pouvoir nouveau. Elle n'a même pas la fonction de reconnaissance du pouvoir monarchique, tout au plus elle en constate l'existence et exprime les conséquences pratiques de sa suprême sacralité* »[535].

La Constitution est donc envisagée dans le constitutionnalisme des Etats de droit musulman comme un instrument au profit du pouvoir et non comme un instrument de limitation du pouvoir[536]. « *L'examen du processus d'élaboration des différents textes fondamentaux témoigne de la volonté des dirigeants arabes d'établir des institutions répondant à leurs propres desseins politiques* »[537]. La religion est utilisée pour légitimer un ordre politique établi par des dirigeants désireux de gouverner seul, « *pour montrer le bien-fondé de leurs visions idéologiques* »[538]. La souveraineté divine est utilisée pour atténuer la souveraineté populaire car le pouvoir appartient au souverain et non au peuple. Le pluralisme constitutionnel,

---

534 Anne-Marie LE POURHIET, *Drois constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012. p.31

535 Mohamed TOZY, « Le Roi, Commandeur des croyants », in Georges VEDEL, *Edification d'un Etat moderne. Le Maric de Hassan II*, Paris, Albin Michel, 1986, p.59

536 Toutefois, les juridictions constitutionnelles constituent parfois un contre-pouvoir. Une récente décision de la Haute Cour constitutionnelle prouve que les juridictions constitutionnelles peuvent s'opposer au totalitarisme de l'exécutif. Alors que la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a annulé l'élection de la nouvelle Assemblée suite aux révoltes du « printemps arabe », le Président de la République nouvellement élu a annulé cette décision par un décret. La Haute Cour a alors annulé ce décret au motif que ses décisions sont insusceptibles de recours.

537Sabine LAVOREL, *op. cit* p.39

538 Addi LAHOUARI , « Pluralisme politique et islam dans le monde arabe », *Pouvoirs*, n°104, 2003/1, pp. 85-95

caractéristique des Etats de droit musulman, agit en faveur des dirigeants et non des droits et libertés du peuple. Les Constitutions des Etats de droit musulman font référence à la souveraineté populaire mais le pouvoir possède une autorité religieuse.[539] Or une hiérarchie existe entre les dispositions constitutionnelles et les références religieuses, ces dernières primant sur les dispositions constitutionnelles.

La pratique constitutionnelle des Etats de droit musulman s'est ainsi orientée vers une autocratie, caractérisée par une concentration des pouvoirs au profit du détenteur de l'autorité, « *c'est pourquoi un seul parti* [est] *globalement autorisé dans les pays arabes, celui qui* [est] *au pouvoir. Le parti unique, c'est en quelque sorte la continuation du califat par d'autres moyens. Qui dit parti unique, dit surtout chef de parti, c'est-à-dire un leader incontestable et incontesté, pour ne pas dire sacré* »[540]. Les dirigeants des Etats de droit musulman s'appuient sur une légitimité charismatique accolée à une légitimité traditionnelle. Le discours religieux permet d'asseoir l'autorité du dirigeant dans la continuité de celle du Prophète, mais « *il y a certainement une équation entre l'autoritarisme et le patrimonialisme* »[541]. En effet les Etats de droit musulman « [sont figés] *dans l'autoritarisme sous des formes républicaines et monarchiques* »[542]. Au sein de ces Etats, l'Etat est devenu une affaire de famille, à l'exemple de la Syrie qui a intronisé Bachar el-Assad à la succession de son père Hafez el-Assad ; ou l'affaire d'un seul homme, à l'exemple de Saddam Hussein en Irak, de Hosni Moubarak en Egypte, de Kadhafi en Lybie, de Ben Ali en Tunisie.[543] Les uns usent de l'état d'urgence pour consolider un système antidémocratique comme en Algérie, en Egypte ou en Syrie ; d'autres usent du référendum constitutionnel pour modifier les dispositions à leur avantage, comme le président Ben Ali qui chercha par ce procédé à briguer deux mandats

[539] A l'exemple du Roi du Maroc qui est le « Commandeur des Croyants » ou du Guide suprême iranien qui est le représentant du Douzième Imam de la tradition chiite.
[540] Hatem M'RAD, *op. cit.,* , p.21
[541] Hatem M'RAD, *op. cit.,* ,p.22
[542] Addi LAHOUARI , « Pluralisme politique et islam dans le monde arabe », *Pouvoirs*, n°104, 2003/1, pp. 85-95
[543] On peut noter toutefois qu'il ne s'agit pas d'une spécificité liée à l'islam. L'autoritarisme qui caractérise ces Etats est également présent dans des Etats africains ou asiatiques qui ne sont pas fondés sur l'islam. Evoquant les régimes politiques d'Afrique, Dimitri-Georges Lavroff explique que « *la Constitution est un moyen grâce auquel les gouvernants s'efforcent de légitimer une autorités qui courait le risque d'être durement contestée. Adopter une Constitution qui est censée reposer sur la volonté du peuple doit, en principe renforcer la base du pouvoir des gouvernants qui se maintiennent au nom d'une nouvelle légitimité* » *(*Dimitri-Georges LAVROFF, « La constitutionnalisation des régimes militaires en Afrique noire », *in* Jean-Louis SEURIN (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui,* Paris, Economica, 1984, pp.204 et s.) CE qui caractérise les Etats de droit musulman, c'est l'utilisation de ce référent religieux pour légitimer leur attitude autoritariste ; la religion musulmane ne contient pas de prescriptions précises quant à la pratique politique. Au contraire, une des seules règles politiques inscrite dans le Coran concerne la consultation, la *Shura,* pour les affaires de la Cité.

supplémentaires ; enfin d'autres encore durcissent le jeu de la démocratie en rendant difficile la possibilité pour les partis d'opposition de présenter des candidats, comme dans le précédent régime égyptien.

La pratique constitutionnelle des Etats de droit musulman peut être résumée par trois attitudes.

3. Les différentes attitudes juridiques du constituant musulman

Inspiré d'une analyse du doyen Sadok Belaïd, le doyen Amor établit une classification des systèmes juridiques adoptés par les Etats de droit musulman dans la relation constitution et religion. Une première attitude est l'hostilité absolue de l'idéologie religieuse à l'idée de Constitution. Cette « *attitude véhiculant une antinomie entre Constitution et religion* » est consacrée par des formules telles que « Pas de Constitution autre que la Coran » en Arabie Saoudite ou « Notre Constitution c'est le Saint Livre de Dieu »[544] dans la précédente Constitution de Lybie. Dans ce cas de figure, il n'existe pas non plus de législateur. Le seul législateur reconnu est Dieu. C'est pourquoi ces Etats n'ont pas élaboré de système de codification du droit. Les règles de droit applicables sont celles du droit musulman, et il n'est nul besoin de le codifier car le droit musulman est déjà révélé dans le Coran ou dans la Sunna.

Une deuxième attitude est la subordination de la Constitution à la religion. Ainsi la suprématie de la Constitution est remise en cause car elle n'est pas la loi des lois. La République islamique d'Iran illustre cette politique de « *déclassement* » de la Constitution au profit de la religion. Dans ce cas figure, les dispositions constitutionnelles subordonnent l'ensemble du droit positif au respect du droit musulman. L'islam ou la charia y sont inscrits comme étant la seule source de législation

[544] Article 2 de la Proclamation de l'Avènement du pouvoir du peuple, adoptée en 1977 par le président Kadhafi

Enfin, la troisième attitude est l'instrumentalisation de la Constitution, c'est-à-dire que les dogmes religieux sont intégrés dans la Constitution. Ainsi, l'Etat se trouve défini par la religion et la légitimité des gouvernants n'est pas en rupture avec la religion. Dans ce cas de figure, des expressions comme « Islam religion d'Etat ou de l'Etat », ou « la charia est une source de législation » sont inscrites dans la Constitution pour assurer l'instrumentalisation de la Constitution à des fins religieuses.[545]

Une quatrième attitude peut être ajoutée, la primauté de la Constitution sur les dispositions d'origine religieuses. Dans ce dernier cas, l'islam n'est plus instrumentalisé pour subordonner les règles de droit positif, ce sont ces dernières qui priment sur le contenu de la norme religieuse. Le référent religieux est inscrit dans la Constitution, comme religion d'Etat, mais il n'est pas une source directe de droit. Par le processus de sécularisation le droit positif possède une autonomie à l'égard du droit musulman. Ce dernier ne peut s'appliquer que dans le respect des dispositions constitutionnelles sécularisées ; si des dispositions de droit musulman sont appliquées ce n'est pas pour leur qualité de sources religieuses, mais uniquement parce qu'elles ne sont pas en contradiction avec le droit positif. L'exemple le plus caractéristique est celui la Tunisie.

4. Le principe de la séparation des pouvoirs instrumentalisé au profit d'une lecture opportuniste de la Constitution

On peut distinguer deux types d'organisation des pouvoirs au sein des Etats de droit musulman. « *Une distinction doit être opérée entre les régimes absolutistes, où le chef de l'État concentre tous les pouvoirs entre ses mains, et les régimes plus modérés qui reconnaissent l'autonomie des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, tout en établissant la suprématie du chef de l'État* »[546]. Les seconds organisent une séparation souple des pouvoirs sur le modèle français pour les Républiques et sur le modèle anglais pour les monarchies, tandis que la Constitution des premiers ignore totalement la théorie de la séparation des pouvoirs. De manière générale,

[545] Voir Abdelfattah AMOR, « Constitution et religion dans les Etats musulmans », in *Constituions et religions*, Tunis, 1994, pp.32-34
[546] Sabin LAVOREL, *op.cit.*p.61

la légitimité dont bénéficie le chef d'Etat, à la fois charismatique, parce qu'il est celui qui a obtenu l'indépendance et permis la création de l'Etat, et traditionnelle parce qu'il s'inscrit dans la tradition religieuse, permet d'organiser des régimes qui sont caractérisés par une tendance à la concentration du pouvoir au profit des chefs d'État.

Le principe de séparation des pouvoirs est totalement étranger à la philosophie politique qui sous-tend le système les Etats dit absolutistes. Ces pouvoirs fonctionnent sur une base profondément unitaire et centralisée, la concentration du pouvoir entre les mains du chef de l'État constituant la clef de voûte de leur système constitutionnel. Les différentes Constitutions écrites ne font donc qu'entériner le pouvoir absolu des dirigeants ; aucune institution ne les limite dans leurs prétentions. Par exemple, l'article 44 du Statut fondamental saoudien[547] présente les trois pouvoirs traditionnels, judiciaire, exécutif, réglementaire[548], mais cet énoncé est suivi de la disposition suivante « *Le Roi est l'autorité à laquelle se réfèrent ces pouvoirs* ». Dans la pratique, les différents pouvoirs permettent d'appliquer la politique élaborée par le Roi et ne disposent d'aucune autonomie d'action ni de décision.

Cette tendance à la concentration des pouvoirs entre les mains du chef de l'État se retrouve de manière plus modérée dans les autres Constitutions des Etats de droit musulman qui s'accommodent - plus ou moins - des principes libéraux. Dans ce deuxième cas de figure, les pouvoirs ne sont plus confondus entre les mains d'une seule personne, ils sont plutôt concentrés. La pratique de la concentration des pouvoirs entre les mains d'un homme est poussée à son paroxysme par la République islamique d'Iran. Grâce à la théorie du *Velayat-e-faqih*, théorie de la tutelle du jurisconsulte-religieux, tous les pouvoirs sont maîtrisés par le Guide suprême. Bien que la séparation des pouvoirs soit

[547] Bien que le Coran reste la Constitution du royaume. Toutefois, le Roi Abd el-Aziz s'était engagé dès la fondation de l'Etat, à le doter d'une Constitution, en 1932. Ce n'est qu'en 1992 que le Roi adopte trois Ordonnances qui organisent l'ordre juridique saoudien. Le premier énonce les principes de l'exercice du pouvoir exécutif, détermine l'ordre économique, social et politique, fixe les droits et les devoirs. D'un point de vue matériel, ce texte, appelé Statut fondamental est considéré comme la Constitution de l'Arabie Saoudite. Les deux autres textes lui sont complémentaires et concernent le fonctionnement d'une Assemblée délibérante et les règles d'administration des régions.

[548] Le pouvoir législatif n'existe pas en Arabie Saoudite puisque Dieu est le seul législateur

instituée, les pouvoirs du Guide s'étendent à l'ensemble des pouvoirs constitués (nous verrons ce point plus en détail dans le titre II).

De manière générale, les Constitutions des Etats de droit musulman établissent des régimes fondés sur une séparation souple des pouvoirs. Les Constitutions organisent un régime parlementaire dans lequel le gouvernement et le Parlement disposent de domaines d'action communs (comme l'initiative des lois) et de moyens d'action réciproques (comme la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement ou la dissolution du Parlement)[549]. Toutefois la pratique du régime constitutionnel est marquée par l'exercice de la totalité du pouvoir exécutif par le chef de l'Etat et la subordination du Parlement.

Cette collaboration formelle des pouvoirs inscrite dans la Constitution et caractéristique des régimes parlementaires cache la véritable nature des régimes marqués par l'importance des prérogatives des chefs d'État et l'inefficacité des mécanismes de contrôle entre les pouvoirs. Les prérogatives du chef de l'Etat correspondent à celles d'un chef de l'Etat et d'un chef de gouvernement. Quant au pouvoir législatif, bien qu'il soit reconnu à une assemblée parlementaire, son exercice est limité par plusieurs mécanismes constitutionnels. L'initiative partagée de la loi, la composition des parlements, la promulgation des lois et la procédure législative, l'ouverture et la fermeture des sessions parlementaires par le chef de l'exécutif, le droit de veto, sont autant de « limitations constitutionnelles » qui subordonnent le Parlement au pouvoir exécutif.

Dans son ouvrage relatif au pouvoir exécutif dans les pays du Maghreb, le Professeur Mohamed Ridha Ben Hammed montre que les dirigeants tunisien, algérien et marocain ont, de manière similaire, utilisé leur légitimité au sortir de la guerre pour instituer des organes constitutionnels à leur image.

[549] On peut relever que l'instauration de Parlement s'accorde avec le principe islamique de la *Shura*. Le Coran contient très peu de disposition relative à l'ordre public, mais quelques une des dispositions présentes concernent la règle de la « consultation ».

Ainsi, en Tunisie, la position dominante de Bourguiba lui a permis de mettre aisément en balance l'autorité beylicale et de peser sur le processus d'élaboration de la Constitution.

Au Maroc, Mohamed V a accepté la revendication d'une monarchie constitutionnelle qui mettait l'accent sur le caractère contractuel de sa légitimité, tout en veillant à ce que les institutions nouvelles sauvegardent l'essentiel de ses prérogatives.

En Algérie, enfin, les Constitutions de 1963 et de 1976 se présentent comme la consécration juridique de la prépondérance politique et militaire de Ben Bella puis de Boumediene[550].

Dans ces Etats, d'importantes prérogatives accordées au chef de l'Etat réduisent les pouvoirs des assemblées parlementaires. Sabine Lavorel estime ainsi à juste titre que « *La lettre fondamentalement parlementaire de la Constitution se voit donc dévoyée par une pratique présidentialiste – despotique dans certains cas – qui se manifeste par l'existence de chefs d'État prépondérants et le maintien de mécanismes constitutionnels inopérants* »[551]. Si au départ, la Constitution institue un régime constitutionnel duquel doit émerger un parlement disposant de quelques pouvoirs, la prééminence accordée au chef de l'État rend ces mécanismes inopérants. Le principe de la séparation des pouvoirs est vidé de sa substance, allant parfois jusqu'à instaurer un Etat d'urgence qui réduit encore davantage les pouvoirs non présidentiels, voire jusqu'à la suspension pure et simple de la Constitution. Pour Omar Bendourou, « l*es raisons communes de la suspension des régimes constitutionnels ont été pour les chefs de l'Etat l'inadaptation du système constitutionnel mis en place à la réalité nationale. Ils ont estimé nécessaire des révisions constitutionnelles pour instaurer un régime s'inspirant de la tradition locale. Or, il ressort des solutions retenues par les chefs d'Etat que la tradition se résume au pouvoir absolu* »[552].

[550] Voir Mohamed RIDHA BEN HAMMED, *Le pouvoir exécutif dans les pays du Maghreb*, Tunis, Centre d'études, de recherches et de publications de l'Université de Tunis, 1995, pp. 31-38
[551] Sabine LAVOREL, *op.cit.*p.67
[552] Omar BENDOUROU, « Le régime constitutionnel des monarchies et émirats arabes », *R.I.D.C* , n°2, 1988, pp.429-452

Il apparaît en effet que la pratique constitutionnelle, qu'elle se reflète dans le texte constitutionnel comme dans la plupart des monarchies de la péninsule arabique ou qu'elle s'en écarte comme dans de nombreuses Républiques, s'est orientée depuis le début du XXème siècle vers l'autocratie, caractérisée par la concentration du pouvoir au profit du détenteur de l'autorité et par l'absence de véritables limites légales à l'exercice de cette autorité.

L'observation des textes constitutionnels des régimes constitutionnels des Etats de droit musulman aboutit au constat de l'absence de toute institution susceptible de limiter les pouvoirs des chefs d'État et de protéger les droits des citoyens.

Cette « *fragilité de l'équilibre des pouvoirs caractérisée par l'omniprésence présidentielle ainsi que par une certaine mise sous contrôle du pouvoir législatif* »[553] semble s'atténuer depuis quelques temps. Un changement s'observe depuis quelques années dans certains Etats de droit musulman. Le premier changement s'est établi grâce à l'intervention de Cours constitutionnelles de plus en plus autonomes (désignation élargie des membres, élargissement du domaine de compétence, et surtout exemple de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne). Un deuxième changement est en cours grâce au « printemps arabe ». Les révisions constitutionnelles intervenues à la suite des révoltes qui ont bouleversées les Etats de droit musulman, ont consacré d'une part l'affaiblissement de la fonction présidentielle tout en préservant le statut du pouvoir législatif. A l'image de la nouvelle Constitution marocaine qui prévoit que sera nommé Premier ministre, le leader du groupe majoritaire à l'Assemblée Nationale ; ou encore comme la Constitution égyptienne de 2012 qui encadre le droit de dissolution du Président (article 127), qui limite le nombre de mandats, l'encadrement du droit de déclarer l'état d'urgence.

[553] Malik BOUMEDIENE, **«** Le Renouveau constitutionnel en Égypte et la démocratie
Les apports de la constitution du 26 décembre 2012 », *La Revue des Droits de l'Homme,* n°3, juin 2013 http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7-le-renouveau-constitutionnel-en-egypte1.pdf

CONCLUSION

L'islam est traditionnellement défini comme une religion à vocation politique et globalisante. Les préceptes de l'islam englobent tous les pans de la vie d'un individu, tant dans ses relations privées que dans ses relations publiques. Un Etat de droit musulman doit permettre l'établissement des préceptes religieux dans la sphère publique comme dans la sphère privée. C'est pourquoi il est traditionnellement admis que les processus de sécularisation et de constitutionnalisation ne sont pas envisageables par un Etat de droit musulman.

Toutefois ce propos semble pouvoir être nuancé par le pluralisme juridique qui caractérise les Etats de droit musulman. La rédaction d'une Constitution qui organise les pouvoirs et proclame les libertés fondamentales montre que ces Etats ont amorcé ces processus de sécularisation et de constitutionnalisation.

Le constitutionnalisme vise à protéger les droits des individus en limitant le pouvoir des gouvernants. Pour cela, la rédaction d'une Constitution, l'affirmation des droits et libertés fondamentaux, l'instauration de la séparation des pouvoirs et la garantie de la suprématie constitutionnelle par une juridiction constitutionnelle sont indispensables.

La sécularisation affirme l'indépendance et l'autonomie des pouvoirs publics vis-à-vis des institutions religieuses.

Ces deux processus ont trouvé un écho au sein des Etats de droit musulman. La Tunisie, l'Egypte et l'Iran ont amorcé le processus de constitutionnalisation dès la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle par la rédaction des premières Constitutions des Etats de droit musulman. Ces Constitutions définissent l'organisation du pouvoir et

établissent les droits et libertés des citoyens. Il est important de souligner que la liberté de religion y est déjà affirmée et le principe de non-discrimination fondée sur la religion également. Quant à la sécularisation, la Tunisie est de nouveau à l'avant-garde. Lors de l'accession du pays à l'indépendance, Bourguiba codifie chaque domaine du droit sans y inclure de référence religieuse. Chaque Etat qui accède à l'indépendance emboîte alors le pas de ces précurseurs et entame un processus de constitutionnalisation, et certains un processus de sécularisation.

Mais ces nouveaux Etats s'inspirent de la religion pour asseoir leur légitimité. Les références religieuses permettent à l'Etat de disposer d'une légitimité religieuse, fondée sur la souveraineté divine. Dès les premières lignes des Constitutions, l'islam est inscrit comme source de toute autorité. Néanmoins, cette première source est accompagnée de références au constitutionnalisme moderne. Les notions de séparation des pouvoirs, de souveraineté populaire, de droits et libertés fondamentaux sont inscrites dans la majeure partie des constitutions. En tout état de cause, ce pluralisme juridique sert les intérêts des dirigeants et non celui des individus. La religion est instrumentalisée au travers des principes du constitutionnalisme et de la sécularisation pour asseoir l'autorité des dirigeants et imposer leur lecture opportuniste de la religion. Pour asseoir davantage leur autorité, les dirigeants des Etats de droit musulman bénéficient également d'une légitimité charismatique et de la légitimité traditionnelle. Ces dirigeants s'inscrivent pour certains, dans la lignée du Prophète Mahomet et ainsi, le serment d'allégeance qui est prêté à leur égard équivaut à respecter le Prophète et donc Dieu. D'autres bénéficient d'une aura particulière pour avoir libérer le peuple du joug du colonisateur. Dans des pays où la majorité de la population est croyante et où de nombreuses personnes sont pratiquantes, l'utilisation de la légitimité religieuse permet de justifier tous les abus au nom d'une orthodoxie religieuse.

L'inscription de l'islam dans la Constitution ne sert pas à limiter le pouvoir mais bien à lui accorder plus de pouvoirs et à justifier ces pouvoirs par la légitimité

charismatique et traditionnelle. En invoquant l'islam, les dirigeants s'inscrivent dans la tradition du Prophète et justifient leur abus par les nécessités religieuses. L'islam est un frein au constitutionnalisme et à la sécularisation parce que l'islam est instrumentalisé par les dirigeants. De la sorte tous les abus et les violations des droits de l'homme sont justifiés par des exigences religieuses. La liberté de religion subit les conséquences de l'instrumentalisation de l'islam. La violation de la liberté de religion n'est pas directement une pratique du dirigeant. Elle est bien souvent la conséquence de législations liberticides, étant donné que comme nous l'avons vu, le législateur ne dispose pas d'une autonomie d'action dans la majorité des Etats de droit musulman. L'action du législateur est encadrée à deux niveaux. Tout d'abord, l'absence de séparation des pouvoirs effective prive le législateur de sa liberté. D'autre part, la référence à l'islam comme source de législation, entraîne un encadrement des dispositions législatives. Il est donc opportun d'examiner l'impact de « l'islam source de législation » sur l'effectivité de la liberté de religion.

Tous ces éléments freinent les processus de sécularisation et de constitutionnalisation et privent la liberté de religion d'effectivité.

TITRE 2 :

L'atteinte à la liberté de religion par une pratique partielle du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman.

Les processus de constitutionnalisme et de sécularisation ne sont pas totalement étrangers au droit musulman comme nous l'avons constaté. Toutefois, la référence religieuse entraîne une altération de l'objectif premier de ces processus : protéger les droits et libertés fondamentaux. Parmi ces libertés, la liberté de religion est encore plus difficile à mettre en œuvre dans un système régi par la religion. En inscrivant leur légitimité dans la tradition historique de l'islam, les dirigeants des Etats de droit musulman sont également soumis aux règles qui régissent la liberté de religion et les relations avec les non-musulmans au temps du Prophète et des premiers califes.

Concernant l'impact effectif du référent religieux, deux théories s'opposent. Si pour certains la référence à l'islam n'a qu'une valeur symbolique, pour d'autres, elle inhibe totalement la protection de la liberté de religion. L'évolution des Etats de droit musulman en matière de protection des droits et libertés fondamentaux nécessite de sortir du carcan religieux imposé aux dispositions constitutionnelles. Comme le souligne Ghaleb Bencheikh dont nous partageons l'analyse, « *le progrès est au prix de la déconnexion de l'impératif politique de l'impératif religieux* ».[554]

L'analyse constitutionnelle des Etats de droit musulman permet d'observer que la lente mise en place du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman est un échec pour la liberté de religion (Chapitre 1). Toutefois, les signes d'un changement se font jour par la mise en place du contrôle de constitutionnalité (Chapitre 2).

[554] Ghaleb BENCHEIKH, *La laïcité au regard du Coran*, Presses, pp.27-28

CHAPITRE 1 :

La lente mise en place du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman : un échec pour la liberté de religion

Les Etats de droit musulman sont caractérisés par une forme de pluralisme constitutionnel, l'existence parallèle de systèmes constitutionnels différents. Le système organisé par les Constitutions concilie théories libérales ou modernes du constitutionnalisme et principes traditionnels. Ainsi, toutes les Constitutions des Etats de droit musulman organisent la séparation des trois pouvoirs. Les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire sont répartis entre des organes différents ; toutes proclament également les droits et libertés fondamentaux ; tous les textes fondamentaux font référence à la souveraineté nationale ou populaire. Les auteurs évoquent ce phénomène en parlant de « *constitutionnalisme importé* »[555] selon l'expression de Gérard Conac ou de « *mimétisme constitutionnel* »[556] pour reprendre les termes de Pierre-François Godinec.

Le mouvement constitutionnaliste apparait dans les Etats de droit musulman avant la période coloniale, comme un moyen de lutter contre l'autoritarisme ottoman. Mais c'est sous l'influence des Etats européens, colonisateurs, que se sont développées les aspirations libérales. La majeure partie des Etats de droit musulman a été sous la domination des puissances étrangères. Suite au déclin de l'Empire ottoman, la France et la Grande-Bretagne ont exercé leur influence politique sur la majeure partie des Etats de droit musulman étudiés. La France a exercé sa domination politique sur la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Syrie ; tandis que le processus de colonisation de la Grande-Bretagne s'est étendu au Soudan, à l'Irak, aux Emirats du Golfe, au Yémen, au Koweït, et également en Egypte ; quant à la Lybie, le pays était sous domination italienne. Malgré l'accession à l'indépendance, nombre d'organisations politiques contemporaines de ces pays sont toujours influencées par les systèmes constitutionnels occidentaux. « *Lorsque le monde arabe s'est émancipé, il n'a pas rejeté a priori toutes les règles juridiques, qu'elles soient constitutionnelles ou ordinaires, qui lui avaient été imposées, de droit ou de fait, par le dominateur* »[557].

[555] Gérard CONAC, « La vie du droit en Afrique », *in* Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Actes du colloque de la Sorbonne, Paris, Economica, 1980, p.XXIX

[556] Pierre-François GODINEC, « Constitutionnalismes africains », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1996, p.36

[557] Maher ABDEL-HADI, « Constitutionnalisme divin ou positivisme constitutionnel dans les pays arabes ? », *in* Gilles BOLLENOT, *Regligions, Eglises et Droit*, Presses de l'Université de Saint-Etienne, pp.167- 191

Cette influence apparaît très nettement dans un certain nombre de mécanisme constitutionnels ; la domination occidentale a laissé une influence très forte sur les Etats de droit musulman. Toutefois, juxtaposé à l'influence occidentale, l'islam est une source d'influence du constitutionnalisme des Etats de droit musulman. La théorie du constitutionnalisme divin est associée aux principes de souveraineté populaire et de démocratie libérale. Selon la doctrine du constitutionnalisme divin, le régime politique doit être fondé par et pour la religion : « *elle résulte d'une confusion entre le temporel et le spirituel et aboutit à la mise à l'écart, totale ou partielle, de la volonté générale au profit d'une conception divine du pouvoir.* »[558] Cette théorie rejette le positivisme constitutionnel et se réfère plutôt à une acception divine du constitutionnalisme. Le constitutionnalisme divin peut être défini comme un régime qui fonde sa légitimité sur une référence constante à une religion dans laquelle le gouvernant puise les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics

De même, peu d'Etats de droit musulman ont connu de politique générale de sécularisation. La vision de la gestion de la Cité est donc toujours une vision religieuse des choses. Toute idée de sécularisation est étrangère à la majorité des Etats de droit musulman car la religion doit être à la base de tout comportement humain, qu'il s'agisse de ses relations privées ou publiques. Le Professeur Ferjani résume cette doctrine de la manière suivante : « *De l'unicité divine découlent l'unité de l'univers et l'identité entre les lois naturelles qui régissent le cosmos et les lois juridico-éthico-politiques qui commandent le comportement des individus et de la société. Les unes et les autres procèdent du pouvoir de Dieu* »[559]. C'est pourquoi le processus d'autonomisation du politique par rapport au religieux, de la loi civile par rapport à la Loi religieuse nécessite du temps. « *Les valeurs constitutives du sécularisme, sont jugées incompatibles avec les valeurs fondamentales de l'islam* »[560], selon l'expression de Paul Khoury.

[558] Ibid
[559] Mohamed-Chérif FERJANI, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, L'Harmattan, 1991, p.299
[560] Paul KHOURY, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité.* Deux mondes, 1998. pp.88-89

Les différentes expressions constitutionnelles de l'islam dans les Etats de droit musulman contemporain constituent donc un obstacle aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation dans les Etats de droit musulman (Paragraphe 1). La conséquence pratique de ces expressions constitutionnelles est un encadrement du fait religieux qui prive la liberté de religion de tout effet juridique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 :

Les obstacles aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation dans les Etats de droit musulman

Il est vrai que le Coran contient quelques dispositions juridiques ; toutefois très peu concernent le droit public. « *Les prescriptions coraniques sont pratiquement inexistantes pour ce qui concerne le domaine du droit public* [… car…] *si le Prophète a établi l'Etat sur la religion, il n'a pas édicté une série de règles propres à constituer un ensemble cohérent à ce sujet* »[561]. Les principes religieux de l'islam ne contiennent aucune mention de la notion d'Etat car cette notion est étrangère à l'islam. C'est à l'hégire, l'exil du Prophète à Médine, qu'est fondée la première organisation musulmane. Mahomet devient le chef politique, le législateur, l'administrateur d'une Communauté de fidèles, l'*Umma.* Cette Communauté comprend l'ensemble des musulmans à travers le monde. L'*Umma* est initialement dirigée par le Prophète, puis à sa mort par les califes. Mais « *il n'y a pas d'idée de l'Etat dans l'Islam, car certaines fonctions de l'Etat sont entre les mains de Dieu, soustraites à tout jamais aux mains des croyants de la terre* »[562].

Comme le souligne William Zartam, s'il est vrai que la Communauté des musulmans, la *Umma*, peut s'organiser en entités politiques pour des exigences géographiques, ces entités n'ont aucune reconnaissance de fonction, elles n'ont aucun statut légal dans le Coran.[563] Le Coran ne donne aucune précision quant à la forme que doit avoir une organisation politique basée sur l'islam Le silence du texte coranique encouragera l'idéalisation et la mystification d'un Etat de droit musulman à Médine. La pratique prophétique après l'hégire constitue le paradigme fondateur de l'Etat de droit musulman. Cet Etat doit être organisé en conformité aux prescriptions divines. Bien qu'il soit admis que l'organisation politique peut être également fondée sur des normes non religieuses, une prééminence doit être accordée aux sources d'inspiration divine. Ibn

[561] Jean-François RYCX et Gilles BLANCHI, « Références à l'Islam dans le droit public positif en pays arabes », *Pouvoirs*, 1980, n°12, pp.57-70
[562] William ZARTMAN, « Pouvoir et Etat dans l'Islam », *Pouvoirs,* 1980, n°12, pp.5-14
[563] Ibid

Khaldun a « *démontré que l'exercice du pouvoir politique et le bon fonctionnement d'une société requièrent un certain encadrement éthique qui peut avoir pour base, soit des lois rationnelles édictées par des esprits intellectuels, soit des lois religieuses découlant des prescriptions divines. Il reste néanmoins convaincu de la prévalence éthique des normes religieuses sur les normes rationnelles* »[564]. La doctrine politique musulmane établit un rapport de stricte subordination entre l'espace du spirituel et celui du temporel. Les règles d'organisation de la collectivité sont subordonnées à des normes transcendantes plutôt que confondues avec elles. Cette dualité de source du droit s'est affirmée dans les faits par une dualité d'organes. A côté de l'institution politique (califat ou sultanat) une institution religieuse existait (le corps des ulémas) : « *La religion a toujours servi de cadre de référence, soit explicitement soit implicitement (et) l'existence d'une politique d'inspiration extra divine ne remet pas en cause ce fait* »[565].

D'autres obstacles à la sécularisation et au constitutionnalisme dans les Etats de droit musulman sont à prendre en compte. Ces obstacles, constituent, selon l'expression empruntée à Franck Fregosi, la « visibilité »[566] de l'islam dans les Etats de droit musulman. On peut noter deux principaux obstacles. La visibilité se manifeste tout d'abord par l'omniprésence des références à l'islam dans les textes (religion officielle, religion de l'Etat, Etat islamique, religion du président, source de législation…). D'autre part, la visibilité est également affichée dans les discours officiels. Dans un souci de maintenir la légitimité traditionnelle ou charismatique dont ils bénéficient, ces derniers ont toujours tenu des propos empreints de religiosité pour conserver la sympathie des électeurs et pour ne pas heurter les convictions religieuses du plus grand nombre.

[564] *Ibid.* p.397
[565] Yadh BEN ACHOUR, « Structure de la pensée politique islamique classique », *Pouvoirs,* 1980, n°12, p.19
[566] Franck FREGOSI, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie – Tunisie)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994, p.450

1. L'omniprésence des références à l'islam dans les Constitutions des Etats de droit musulman

a. Les mentions de l'islam dans les Constitutions

Tous les Etats de droit musulman qui font l'objet de cette étude établissent un lien entre la Constitution et l'islam. La consécration du référent religieux dans les Constitutions des Etats du droit musulman peut prendre trois formes, non exclusive les uns des autres, et est inscrit à des degrés variables dans le texte constitutionnel. La liaison entre l'islam et l'Etat peut tout d'abord se manifester par le biais de la définition constitutionnelle de l'Etat. Un autre procédé permettant de manifester le caractère constitutionnel de l'islam consiste à reconnaître l'islam comme religion officielle de l'Etat. Enfin, la troisième voie, adoptée par la majorité des Etats de droit musulman, réside dans la reconnaissance de la loi islamique, la charia, comme source de législation.

Bien que fortement imprégnées du droit occidental, de nombreuses Constitutions des Etats de droit musulman ont fait l'objet de révisions à partir des années 1970 pour accentuer les références à l'islam ou à la charia. « *Les Etats réintroduisent des principes chariatiques dans les Constitutions et les lois, faisant ainsi reculer la laïcité dans le domaine juridique* »[567].

La première consécration du lien entre la religion et l'Etat est visible dès le préambule de certaines Constitutions qui commencent par la formule consacrée « *Au nom de Dieu le Clément, le Miséricordieux* ». Les Constitutions algérienne, iraquienne, koweïtienne, libyenne, mauritanienne, qatari et tunisienne commencent toutes par cette formule consacrée. Une variante existe, bien que l'esprit soit le même. La constitution du Bahreïn commence par le formule « *Au nom de Dieu le Clément et le Miséricordieux, Au nom du très-Haut, avec sa bénédiction et par sa grâce* ». De même la constitution iranienne diffère

[567] Sabine LAVOREL, *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p.

légèrement puisqu'elle consacre la formule suivante, « *Au nom de Dieu, le Miséricordieux, le Compatissant*.».

En outre, plusieurs Constitutions définissent constitutionnellement l'Etat comme étant islamique. Parmi ceux-ci, on peut citer les Constitutions de l'Arabie saoudite (Article 1 : « *le Royaume d'Arabie Saoudite est un Etat rabe islamique »*), de Bahreïn (Article 1 : « *le Bahreïn est un Etat arabe, musulman »*), d'Iran (Article 1 : « *l'Etat iranien est une République islamique »*), du Maroc (Préambule : *« le Royaume du Maroc, Etat musulman souverain »*), de Mauritanie (Article 1 ; « *la Mauritanie est une République islamique»*), d'Oman (Article 1 : « *le Sultanat d'Oman est un Etat arabe islamique «*) et du Yémen (Article 1 : « *La République du Yémen est un Etat arabe, islamique indépendant, souverain, un et indivisible* »).

La deuxième consécration constitutionnelle de l'islam est la déclaration de l'islam, religion officielle de l'Etat. Tel est le cas de l'Algérie (Article 2 : « *L'islam est la religion de l'Etat* »), l'Arabie saoudite (Article 1 « *Sa religion est l'islam* »), le Bahreïn («Article 2 : *La religion d l'Etat est l'islam* »), l'Egypte (Article 2 : « *L'islam est la religion de l'Etat* »)[568], les Emirats arabes Unis (Article 7 : « *L'islam est la religion officielle de la fédération* »), l'Irak, (Article 2, 1. *« L'Islam est la religion officielle de l'Etat »*), la Jordanie (Article 2 : « *L'islam est la religion de l'Etat* »), du Koweït (Article 2 : « *La religion de l'Etat est l'islam* »), du Maroc (Article 6 : « *L'islam est la religion de l'Etat* »), de Mauritanie (Article 5 : « *L'islam est la religion du peuple et de l'Etat* »), d'Oman (Article 2 : « *La religion de l'Etat est l'islam* »), du Qatar (Article 1 : « *l'islam est sa religion* »), de Tunisie (Article 1 : « *sa religion est l'islam* »)[569] et du Yémen (Article 2 : « *L'islam est la religion de l'Etat* »).

[568] La même disposition est inscrite à l'article 2 de la Constitution de la Deuxième République d'Egypte, adoptée le 26 décembre 2012 et suspendue en 2013

[569] La même disposition est présente à l'article 1er du projet de Constitution tunisienne présentée en avril 2013

Enfin, la troisième manifestation de la consécration Constitutionnelle de l'islam est la référence constitutionnelle à la charia ou au droit musulman, source de législation. Certaines constitutions accordent au droit musulman une place prépondérante affirmant que l'islam est la source principale de législation, comme le Bahreïn (Article 2 : … «*Les principes de la loi islamique constituent la source principale de législation »),* l'Egypte (Article 2 *: « La charia est une source principale de la* législation »)[570], les Emirats arabes unis (Article 7 : … « *la charia islamique y est une source principale de la législation »*), l'Irak, (Article 2 : « *L'islam est une source fondamentale de la législation. a) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraires aux principes établis de l'Islam* »), l'Iran (Article 4 : « *toutes les lois et tous les règlements de droit civil ou pénal et dans les domaines financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques ou autres, devront se fonder sur des critères islamiques »*), le Koweït (Article 2 : …. « *La charia islamique est une source principale de législation »*), la Mauritanie (Préambule : « … *respectueuse de l'islam, seule source de droit »*), Oman (Article 2 : « …. *Et la charia islamique est la source de la législation* «), le Qatar (Article 1 : « … *et la charia islamique la source principale de sa législation* »), la Syrie (Article 3 alinéa 2 : « *Le droit musulman est une source principale de la législation »*), le Yémen (Article 3 : « *La charia islamique est la source de toutes les législations* »).

Et quelques rares constitutions ne font aucune mention de la charia, c'est le cas des Constitution de l'Algérie, de la Jordanie, du Maroc et de la Tunisie[571]. Toutefois, on peut noter que même si la charia n'est pas explicitement inscrite comme source de législation par la Constitution, la référence à l'islam y bien présente

Les Préambules des Constitutions algérienne et marocaine font référence à l'identité islamique de l'Etat, avec les expressions telles que *terre d'Islam* en Algérie ou *prééminence accordée à la religion musulmane* au Maroc.

Seule la Tunisie ne fait aucune référence à la charia car le droit a été totalement sécularisé. .

[570] Cette disposition est toujours présente dans la Constitution de la Deuxième République égyptienne adoptée en décembre 2012 et suspendue en 2013

[571] De même, le projet de Constitution n'a pas inscrit cette mention.

L'Arabie saoudite fait également office d'exception car le texte fondamental ne prend pas le nom de Constitution. La seule Constitution reconnue est le Coran. Le texte adopté en 1992 prend donc le nom de *Statut fondamental* et il n'y est fait aucune mention du pouvoir législatif car ce pouvoir appartient à Dieu. Toutefois, le pouvoir d'édicter des dispositions qui sont obligatoires pour les hommes, le pouvoir réglementaire, ce pouvoir doit se conformer à la charia.

Le précédent système libyen était régi par le même régime. Il n'y avait pas de Constitution formelle. A son arrivée au pouvoir le Général Kadhafi adopte une « Proclamation de l'Avènement du pouvoir du peuple » dont le deuxièmement dispose que « *Le Coran sacré est la loi de la société* ». Toutefois, la Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition adoptée le 3 août 2011 stipule en son article 2 que « …*la Charia Islamique est la source principale de la législation »* et en son article 1 que « *l'Islam est la religion… ».*

b. La portée de l'islam religion d'Etat

Il peut y avoir deux analyses différentes concernant la portée de la disposition constitutionnelle selon laquelle l'islam est la religion de l'Etat. Une première analyse met en exergue qu'une telle disposition entraîne inévitablement une discrimination à l'égard des minorités religieuses. Cette analyse est résumée dans le propos du rapporteur spécial des Nations Unies, Elisabeth Odio Benito selon lequel « *l'existence où que ce soit d'une religion d'Etat pourrait être considérée comme une déclaration officielle d'intolérance. En effet une religion dont la situation dominante est ainsi reconnue de droit peut sans aucun doute influer sur l'action législative et le sens de la loi* »[572].

[572] Rapport établi pour les Nations Unis, établi en 1986 et publié en 1989, cité dans Abdelfattah AMOR, *op. cit.*

A l'inverse, d'autres auteurs n'accordent qu'une valeur symbolique à la reconnaissance constitutionnelle de l'islam au motif que cette disposition « *n'a pas de répercussion sur l'organisation du pouvoir ou sur son fonctionnement* »[573]. La portée de cette disposition est assez limitée car « *elle ne constitue qu'un honorable salut à la croyance de la majorité* »[574] qui n'entraîne pas nécessairement l'application de la charia. En somme, comme le souligne le doyen Amor, la proclamation constitutionnelle de l'islam religion d'Etat n'entraîne pas la mise sur pied d'un régime comparable à celui de l'Arabie saoudite ou de l'Iran[575]. De même, dans un rapport publié par le Comité des droits de l'homme, il est observé que « *l'établissement d'une religion d'Etat ne porte pas atteinte à la liberté de religion et n'est pas incompatible avec l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou la conviction* »[576].

Toutefois l'impact de la reconnaissance constitutionnelle de l'islam religion d'Etat ne doit pas être sous-estimé. La reconnaissance constitutionnelle de l'Islam comme religion d'Etat consacre les autorités publiques comme garantes de la religion et maintient la prééminence de la religion. Cette prééminence a nécessairement un impact sur la liberté de religion. L'exemple de la Tunisie permet de comprendre l'impact de la proclamation d'une religion d'Etat sur l'effectivité de la liberté de religion.

La Tunisie est l'un des rares Etats de droit musulman à ne faire aucune référence à l'islam comme source de législation. La seule consécration de l'islam est dans l'article 1 de la Constitution de 1959 qui dispose que l'islam est la religion de l'Etat. Alors que la Constitution est plus pondérée que les autres et ne comporte aucune disposition relative à la charia source de législation, la référence à l'islam religion d'Etat a servi plus d'une fois au Conseil constitutionnel et aux juridictions civiles tunisiennes pour sanctionner une loi ou un acte non conforme à l'islam.

---

573 Abdelfattah AMOR, « La place de l'Islam dans les Constitutions des Etats arabes. Modèle théorique et réalité juridique », in Gérard CONAC et Abdelfattah AMOR (dir.), *Islam et Droits de l'Homme*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1994, p.23

574 A.-H. MITWALI, *La crise de la pensée islamique dans l'ère moderne*, Al Maktab al Masri al Hadith li-Tibaa , Le care, 1970, p.20 (en arabe), cité dans J. – F. RYCX et G BLANCHI, Références à l'islam dans le droit positif en pays arabes, *Pouvoirs*, n°12, 1983, pp.62-63

575 Abdelffattah AMOR, *op. cit.* pp.22-23

576 Voir notamment les travaux de Cole DURHAM sur ce point, Cole DURHAM, *Law and religion*, *National, International, and Comparative perspectives*, Aspen Publishers, 2010

La seule référence à l'islam dans la Constitution tunisienne est inscrite à l'article 1 qui dispose que « *la Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain ;* sa religion est l'islam*, sa langue est l'arabe et son régime la République* ». De plus le droit de la famille tunisienne a été entièrement sécularisé puisque les préceptes de l'islam relatifs à la répudiation, à la polygamie, à l'adoption ou encore au divorce, ne sont pas inscrits dans la législation. Toutefois, le code tunisien de la famille a gardé le silence sur les questions essentielles de la validité du mariage entre musulman et non-musulman, de succession entre musulman et non-musulman ou encore celle relative à l'adoption d'un musulman par un non-musulman. Alors que la législation des autres Etats de droit musulman traite de ces questions en les interdisant, le droit tunisien est silencieux et laisse ces questions au pouvoir d'interprétation du juge. Ce qui a laissé dire au doyen Abdelfattah Amor que « *le code du statut personnel a cette double particularité d'être inspiré de la sharia d'un côté et de s'en écarter de l'autre* »[577].

Dans un premier temps, les juridictions tunisiennes ont utilisé les préceptes de l'islam pour combler le silence du législateur. En se référant à l'article 1 qui dispose que l'islam est la religion de l'Etat, les juges ont accordé à l'islam une influence directe sur le droit, instaurant ainsi une discrimination entre musulman et non-musulman et privant de ce fait les non-musulmans de leur liberté de religion. Dans la version arabe de l'article 5 du code de statuts personnel tunisien, il est affirmé que « *les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements charaiques* »[578]. Les juges ont ainsi affirmé à plusieurs reprises que le mariage entre une femme musulmane et un non-musulman est nul car cela relève d'un empêchement de la loi musulmane. Ainsi, selon la Cour de cassation dans un arrêt en date du 27 juin 1973, « *Attendu qu'il est incontestable que la femme musulmane qui épouse un non-musulman commet un pêché impardonnable que la loi islamique tient un tel mariage pour nul et non avenu* ».[579]

De même en matière d'adoption l'article 10 de la loi du 4 mars 1958 dispose qu' « *un tunisien peut adopter un étranger* ». Mais la loi garde le silence sur l'adoption d'un tunisien par un étranger. Les juges ont comblé les lacunes de la loi en se référant au droit

[577] Abdelfattah AMOR, *Constitution et religion dans les Etats musulmans*, Cours de l'académie internationale de droit constitutionnel, 10ième session, Tunis, 2004, Presse universitaire de la faculté des sciences sociales de Toulouse, p.66
[578]La version française dispose : *les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi »*
[579] Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 31 janvier 1966, Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 juin 1973.

musulman. Dans un jugement du 26 décembre 1974[580] le tribunal cantonal de Tunis affirme que « *Après adoption d'un certificat d'islamisation par les adoptants, l'adoption d'un tunisien par des français est valablement prononcé* ». Dans une autre affaire, le tribunal de première instance de Tunis refuse d'accorder l'exéquatur à une décision d'adoption autrichienne au motif que « *il ressort du jugement autrichien d'adoption présenté à l'exequatur que l'adoptant est de nationalité autrichienne et que l'adopté est tunisien. L'alinéa 2 de l'article 10 de la loi n°58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption dispose que « le tunisien peut adopter un étranger », il découle donc de cette règle que le droit tunisien interdit à l'étranger d'adopter un tunisien d'autant plus que rien dans le dossier n'indique que l'adoptant s'est converti à l'islam* »[581].

En matière de succession également, alors que le législateur précise que « *l'homicide volontaire est l'un des empêchements à la succession* »[582], les juges ont interprété cet article comme offrant la possibilité de considérer d'autres causes d'interdiction au droit de succession, dont notamment la différence de religion. La Cour d'appel de Tunis, dans un arrêt du 19 janvier 2000, reprend la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation[583] et affirme que « *les empêchements contenus dans l'article 88 du code du statut personnel sont mentionnés à titre indicatif et non limitatif. Cet article renvoie au droit musulman qui est une source du droit tunisien* »[584]. Dans un autre arrêt du 28 avril 2000[585], la Cour de cassation déclare que selon l'article 88, il ne peut pas y avoir d'héritage entre musulman et non-musulman et qu'un certificat d'islamité obtenu par la veuve du tunisien après son décès ne constitue pas la preuve de sa conversion antérieure à l'islam.

Toutefois, depuis le début des années 2000 les juges semblent avoir une interprétation plus restrictive des dispositions du Code de statut personnel et permettent par conséquent une place plus grande à la liberté de religion. Dans un arrêt du 6 janvier 2004, la Cour d'appel de Tunis affirme ainsi que « *interpréter les articles 5 et 88 du code du statut personnel comme consacrant un empêchement tiré de la disparité de culte introduit au sein des textes une condition que le législateur n'a mentionnée ni de façon expresse ni de façon implicite constitue un*

[580] Tribunal cantonal de Tunis, jugement n°2272 du 26 décembre 1974, *Recueil tunisienne de droit,* 1975, n°2, p.117, note K. Meziou
[581] Tribunal de première instance de Tunis, 26 juin 2000, n°34256
[582] La version française de l'article 88 dispose que « *L'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité* »
[583] Arret Houria de 1966
[584] Cour d'appel Tunis, arrêt n°52105 du 19 janvier 2000
[585] Cour cassation Tunis, Civ, 28 avril 2000, n°99-76621

dépassement de la volonté du législateur »[586]. Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 décembre 2004[587]. Dans des arrêts du 14 juin 2002[588] et 4 mai 2004, la Cour d'appel de Tunis décide qu' « *interpréter l'article 88 du code du statut personnel comme intégrant la disparité du culte conduit à ajouter un empêchement que le législateur n'a mentionné ni de façon expresse ni de façon implicite, à dépasser son intention* ». De même, le Tribunal de première instance de Tunis a affirmé dans une décision du 18 mai 2000, que « *l'exclusion de la veuve du* de cujus *sur la base de ses conviction religieuses contredit les dispositions de l'article 88 du code de statut personnel qui a fixé les empêchements successoraux et les a limités au seul homicide volontaire. Il ne convient pas d'élargir le domaine de ce texte* »[589].

Néanmoins, il est difficile d'analyser la souplesse dont ont fait preuve les juges, car de nouvelles décisions, apparues en matière de succession semblent montrer que les juges retournent aux solutions antérieures. Par deux arrêts de la Cour de cassation du 8 juin 2006[590] et du 16 janvier 2007[591], les juges ont affirmé que l'article 5 de la Constitution n'empêche pas l'application des règles successorales telles qu'établies par le droit musulman et que la disparité de culte est un empêchement successoral par application du droit musulman.

Au travers de ces exemples, il est légitime de considérer la mention de « l'islam, religion d'Etat » comme un obstacle à la liberté de religion. Nonobstant la sécularisation des règles de statut personnel, les magistrats tunisiens ont utilisé l'article 1 de la Constitution tunisienne pour priver la liberté de religion de toute effectivité.

Le même intérêt doit donc être porté à la disposition constitutionnelle reconnaissant l'islam religion d'Etat qu'à celle affirmant que la charia est source de législation.

---

[586] Cour d'appel Tunis, Ch. Cvi, 6 janvier 2004, n°120
[587] Cour de cassation, arrêt du 20 décembre 2004, n°383
[588] Cour d'Appel de Tunis, arrêt du 14 juin 2002, n°82861
[589] Tribunal de première instance de Tunis, jugement du 18 mai 2000, n°7602*, Revue tunisienne de droit*, 2002, note Ali Mezghani, p.247
[590] Cour cassation Tunis, arrêt n°9658.2005 du 8 juin 2006, inédit, *in* Placide M. MABAKA, *Constitution et Risques*, L'Harmattan, p.314
[591] Cour cassation Tunis, arrêt n°4487.2006, du 16 janvier 2007, inédit, *in* Placide M. MABAKA, *Constitution et Risques*, L'Harmattan, p.314

c. La portée des dispositions constitutionnelles indiquant que l'islam est source de législation

La référence à la charia comme source de législation emporte plus de conséquences. Tout d'abord elle renforce le statut des préceptes religieux qui forment ainsi une source informelle au-dessus de la Constitution. Bien que les références à la religion soient limitées dans les Constitutions des Etats de droit musulman, la référence à l'islam comme « source de législation » consacre l'établissement de sources informelles du droit, au-dessus de la Constitution. Cette suprématie s'explique par la distinction entre la Loi divine et les lois humaines, ou positives. La Loi divine est révélée par Dieu pour guider les hommes, en tout temps et en tout lieu. Elle est parfaite en ce sens que les vices liés à la raison humaine ne peuvent pas l'atteindre. C'est pourquoi elle ne peut pas être modifiée par l'homme ; elle doit juste être appliquée et doit constituer une source d'inspiration pour le constituant. La Constitution n'est légitime que dans le respect des traditions religieuses.

Ensuite, cette référence établit une hiérarchisation des dispositions constitutionnelles. Certaines Constitutions affirment que l'islam est « la source de législation », voire « l'unique source de législation », tandis que d'autre consacrent une pluralité des sources du droit, l'islam n'étant « qu'une source de législation » ou « la principale source de législation ». Cette différence de formule a une incidence sur l'étendue du droit révélé. Lorsque l'islam est « la source de législation » ou « l'unique source de législation », il constitue à lui seul le contenu du droit positif et il est censé couvrir tous les domaines du droit. La sécularisation est inenvisageable dans ce cas puisque chaque activité humaine doit être régie par la religion. Tel est surtout le cas de l'Arabie Saoudite, de la Mauritanie, du Sultanat d'Oman et du Yémen.

Mais lorsque l'islam est « une source de droit » ou « la source principale », il n'est pas interdit au législateur d'établir des règles de droit qui s'inspirent d'autres sources. Cette disposition est inscrite dans les Constitutions du Bahreïn, des Emirats arabes Unis, de

l'Irak, de l'Iran, du Koweït, du Qatar et de la Syrie. Dans certains cas, la Constitution a été révisée pour consolider la valeur de cette disposition, c'est ainsi que depuis la révision constitutionnelle de 1980, la Constitution égyptienne dispose que l'islam est « la » source principale de législation et non plus « une » source de législation[592]. Enfin, certaines Constitutions ne font aucune mention d'un lien entre la religion et la législation. Tel est le cas de l'Algérie, du Maroc et de la Tunisie.

Il faut souligner que la principale conséquence de la référence à l'islam comme source de législation est le contrôle qui accompagne les actes du législateur. Lorsque l'islam est inscrit comme une source de législation, qu'elle soit l'unique source ou une source, elle permet d'organiser un contrôle d'islamité puisque cette disposition impose le respect de la charia lors de l'élaboration des normes étatiques. Le contrôle de constitutionnalité de la loi est ainsi accompagné d'un contrôle d'islamité, qui est généralement effectué par d'autres acteurs que le Conseil ou la Cour constitutionnelle. A l'inverse, lorsqu'aucune mention n'est faite, comme c'est le cas pour les trois Etats du Maghreb, aucune disposition n'établit de contrôle d'islamité.

Même lorsque la Constitution n'impose pas de contrôle d'islamité, il peut être réalisé par d'autres procédés. Il peut être effectué par les tribunaux en utilisant la référence à la religion d'Etat, comme nous l'avons vu avec les exemples tunisiens. D'autre part, il est important à ce stade de rappeler que le principe de la séparation des pouvoirs est dévoyé dans les Etats de droit musulman au profit d'une confusion ou d'une concentration des pouvoirs. Donc bien que le législateur ne soit pas tenu d'appliquer la loi religieuse, il revient en dernier ressort à l'exécutif de valider la loi, et donc de décider si le contenu est conforme aux préceptes religieux ou non.

[592] La dernière Constitution égyptienne, adoptée en décembre 2012 et suspendue en juillet 2013 reprend la même disposition en son article 2 : « …*Les principes de la charia islamique sont la source principale de la législation ».*

A l'exception de l'Arabie Saoudite qui a maintenu le droit musulman dans l'ensemble des domaines, les Etats de droit musulman ont sécularisé un grand nombre des branches du droit et n'ont conservé les dispositions religieuses qu'en matière de statut personnel. Certains Etats ont également maintenu, ou réintroduit à l'exemple du Soudan, certaines règles du droit pénal musulman dans leur législation. Or ces dispositions, qu'il s'agisse des règles relatives aux statuts personnels ou de lois pénales, sont spécialement attentatoires à la liberté de religion. En matière de statut personnel, lorsque le droit n'a pas été sécularisé, le droit organise une discrimination à l'égard des non-musulmans en matière de mariage, de succession ou encore de filiation. De même, lorsque l'islam conserve une place prédominante, les règles relatives à l'apostasie sont appliquées, ce qui vide la liberté de religion du droit de changer de religion.

L'importance de cette disposition pour le constituant musulman se manifeste à chaque fois qu'une nouvelle Constitution doit être adoptée. Qu'il s'agisse des travaux préparatoires en 2005 pour la Constitution irakienne, ou des débats autour des travaux de l'Assemblée constituante tunisienne depuis 2011, ou encore des travaux du Conseil national de transition libyen. Dans tous ces cas, un vif débat s'est ouvert sur la question de l'intégration de l'islam dans la Constitution. Ceux qui préparent la nouvelle Constitution, qu'il s'agisse d'une Assemblée constituante ou d'un Conseil national de transition ou du Gouvernement, sont ceux qui ont gagné les élections et se trouvent ainsi investis d'une légitimité démocratique. Or tous se présentent comme de farouches partisans de l'islam radical, c'est-à-dire un islam qui doit être appliquée à tous et dans toutes les situations. C'est pourquoi tous ont proposé d'insérer une disposition qui consacre que l'islam « est la source de législation ». De nouveau la légitimité populaire, démocratique est doublée d'une légitimité traditionnelle. Les partisans de cette disposition ressentent le besoin d'inscrire leur autorité dans la tradition religieuse.

2. L'utilisation de l'islam dans les discours officiels

Comme le souligne le Professeur Ben Achour, les dirigeants des Etats de droit musulman utilisent l'islam de manière récurrente dans leurs discours, et « *c'est ainsi que les penseurs ou hommes politiques musulmans contemporains ont presque tous systématiquement tenté de trouver dans l'enseignement islamique un fondement du gouvernement démocratique* »[593]. Ces dispositions islamiques sont des indicateurs de la place que l'Etat entend assigner à la religion dans la société. La thèse de la fusion des deux ordres, politique et religieux, sert les intérêts des gouvernants des Etats de droit musulman. La fusion des deux ordres constitue un formidable instrument de légitimation pour tous les pouvoirs en place dans les Etats de droit musulman, puisque cela permet d'inscrire l'action du gouvernement dans le prolongement de l'action et du gouvernement du Prophète à Médine. « *L'appropriation de la légitimité religieuse se réalise à travers une fragmentation des institutions religieuses, ce qui permet, tout comme dans la sphère politique, de les contrôler (…). Les pratiques et les discours religieux sont amplement utilisés pour légitimer le pouvoir (…).* »[594]. En parlant de l'exemple marocain, Maliza Zeghal explique que « *la monarchie travaille elle-même à contrôler la sphère religieuse, mais, parce qu'elle utilise l'islam pour construire la légitimité de son pouvoir, gère cette sphère religieuse sans jamais vouloir en rétrécir la portée ou la faire disparaître dans certains domaines* »[595].

---

[593] Yadh BNE ACHOUR, « Structure de la pensée politique islamique classique », *Pouvoirs*, 1980, n°12, pp.14-26

[594] Malika ZEGHAL, « Appropriation étatiques et dérégulations de l'islam. Autoritarismes, ouvertures politiques et religion en Tunisie et au Maroc », Sémih vaner, Daniel Heradstveit, Ali Kazancigil, *Sécularisation et démocratisation dans les sociétés musulmanes*, Bruxelles, 2008, p.168

[595] Malika ZEGHAL, *op. cit.,* p.169. L'auteure explique comment le droit est modernisé tout en conservant une dimension religieuse. « Le code su statut personnel est relu selon l'école juridique malékite et codifié dans le texte de la *Moudawana* par une commission dont le rapporteur est Allal al-Fassi, à la demande même de Mohamed V. Allal al-Fasi est un lettré de la grande institution religieuse marocaine, la Qarawiyyin, et a encore, en cette année 1957, une grande légitimité politique, qui peut faire concurrence à celle du Sultan Mohamed V. Offrir la présidence du comité de codification du code du statut personnel à Fassi est une manière pour le monarque de tenir ce *'alim* écarté de toute véritable prise de décision, tout en lui offrant des gages de participation - lointaine- au pouvoir. En ce sens aussi, les *fuqaha*, les oulémas spécialistes du système juridique musulman, ne sont pas totalement affaiblis ou éjectés de la sphère d'interprétation du droit selon l'islam, contrairement à ce qui fut fait en Tunisie.

Paragraphe 2 :

Les conséquences pratiques des obstacles aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation

Le processus de sécularisation n'est pas un phénomène nouveau dans la théorie politique des Etats de droit musulman. Olivier Carré remarque que « *l'islam dans sa Grande Tradition, tant chiite que sunnite, apparaît ainsi plutôt comme un agent de sécularisation au long de l'histoire des sociétés musulmanes* »[596]. De plus, Olivier Abel souligne que l'Empire ottoman « *avait déjà élaboré un certain modèle de pluralisme, dans le prolongement de l'Empire romain* »[597]. D'une part, dès le XIXème siècle avec la grande réforme les *tanzimats,* ces réformes avaient été faites sous la pression des puissances européennes et après des revers militaires essuyés par les Ottomans. Elles « *eurent pour but d'adopter une organisation plus moderne et plus efficace dans le domaine politique et militaire, mais aussi dans l'administration, dans le système fiscal et dans l'exercice de la justice* »[598]. Ces réformes se sont succédées jusqu'à l'élaboration de la première Constitution en 1875. D'autre part, au XXème siècle, une distinction est faite entre « *le* canun *(le droit impérial) et la* charia *(chaque confession suivant les règles de son propre régime juridique, même si la réalité était moins cloisonnée que cela).* »[599] Ces réformes ont amené les Ottomans à modifier les institutions judiciaires en créant de nouveaux tribunaux séculiers et en modifiant le droit sur certains points ; notamment ils décidèrent de traiter sur un pied d'égalité musulmans et non-musulmans.

Une autre étape de la sécularisation organisée par l'Empire ottoman est l'élaboration de code inspirés des idées européennes, Code commercial en 1850 et Code pénal en 1858. Dominique Sourdel relève qu'en 1869 et 1876, les Ottomans éprouvent toutefois le besoin d'élaborer un code dans le domaine du droit civil pour « *limiter*

[596] Olivier CARRE, *L'islam laïque, ou le retour à la Grande Tradition,* Armand Collin, 1993, p.21
[597] Olivier ABEL, « La Turquie, l'Europe et la sécularisation », *Esprit,* janvier 2003, pp.42-47
[598] Dominique SOURDEL, « Droit musulman et codification », *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°26, 1998, pp.33-50
[599] Olivier ABEL, « La Turquie, l'Europe et la sécularisation », *Esprit,* janvier 2003, pp.42-47

l'intrusion des idées européennes et pour essayer d'imposer à tous les principes hanafites »[600]. Ils rédigent alors le *Mejelle* « *qui fut un condensé du droit hanafite à l'usage des nouveaux tribunaux séculiers mais aussi des juges des tribunaux religieux. Des édits sultaniens imposèrent l'usage de ce code aux musulmans comme aux non-musulmans* ». Alors que la *Mejelle* a été abrogée en Turquie en 1926, il est resté en vigueur dans de nombreux d'Etats de droit musulman jusqu'au milieu du XXème siècle.

Il est évident aujourd'hui qu'il n'existe pas de lien insécable entre la religion et le droit dans les Etats de droit musulman. Il est vrai que la reconnaissance constitutionnelle de l'islam limite l'ampleur du processus de sécularisation, empêchant ainsi la souveraineté exclusive du droit. Néanmoins, des secteurs entiers du droit échappent aujourd'hui à l'emprise de la religion. « *Désormais, l'Etat décide des orientations économiques, sociales, culturelles et, en particulier, du rôle de la religion et de sa place dans le système social* »[601]. Le processus de sécularisation est en marche dans les Etats de droit musulman, mais cela n'a pas encore permis une application pleine et entière de la liberté de religion. Les Etats de droit musulman qui ont amorcé le processus de sécularisation, marginalisent et instrumentalisent le pouvoir religieux au profit du pouvoir politique ; toutefois, la condition de religiosité demeure une condition essentielle dans la gestion des affaires publiques et prive la liberté de religion d'une totale application. De même, le droit musulman a été très altéré par le processus de codification du droit, inauguré par l'Empire ottoman. Néanmoins, le droit musulman reste très présent dans les différents codes et affecte la mise en œuvre de la liberté de religion.

[600] Dominique SOURDEL, *op. cit.*, pp.33-50
[601] Sabine LAVOREL, *op. cit.*, p.98

1. La condition de religiosité pour la gestion des affaires de la communauté

Partant du constat que l'Etat de droit musulman doit obéir à la doctrine du constitutionnalisme divin, les institutions de l'Etat doivent être fondées sur la religion. « *La religion ne peut exister en dehors de l'Etat* »[602]. D'après cette interprétation, le Chef de l'Etat est chef politique et chef religieux, mais il ne possède aucune divinité, à l'instar des califes. Il est donc chef temporel et spirituel. C'est pourquoi ce chef doit être désigné conformément aux règles de la religion. De plus une fois désigné, il a l'obligation de montrer l'exemple et d'appliquer la religion selon l'orthodoxie officielle. C'est pourquoi le Chef de l'Etat ne peut être qu'un musulman. Toutefois il est tout à fait inconcevable qu'un non-musulman soit le chef des musulmans. On retrouve ainsi, dans la majorité des Constitutions soit une condition de religiosité, soit une prestation de serment qui fait référence au respect de l'islam[603].

L'étatisation de l'islam se traduit également par sa gestion étatique au sens large, c'est-à-dire la gestion patrimoniale des biens religieux, mais aussi le financement et la supervision de la construction et/ou de l'entretien des lieux de culte, le paiement de salaire du personnel religieux, la diffusion des préceptes religieux, c'est-à-dire d'un Islam officiel. Tout ceci fait partie des tâches dévolues à l'Etat. D'ailleurs la majeure partie des Etats de droit musulman a un ministère chargé des affaires religieuses: Ministère des Affaires religieuses et des Wakfs d'Algérie, Ministère des Affaires religieuses de l'Arabie Saoudite, Ministère des Affaires religieuses de Tunisie, Ministère des Affaires religieuses de Jordanie, Ministère des Affaire Religieuses et des Legs Pieux du Koweït, Ministère des Habous et des Affaires Islamiques du Maroc, Ministères Affaires religieuses de Mauritanie, Ministère des Affaires religieuses du Qatar, Ministère des Affaires religieuses d'Oman, Ministère du Culte du Yémen).

[602]Maher ABDEL-HADI, « Constitutionnalisme divin ou positivisme constitutionnel dans les pays arabes ? », *in* Gilles BOLLENOT, *Religions, Eglises et Droit*, Presses de l'Université de Saint-Etienne, pp.167- 191

[603] Par exemple, l'article 76 de la Constitution algérienne « *Je jure, par Dieu Tout-Puissant, de respecter et de glorifier la religion islamique, de défendre la Constitution* ».

Comme le rappelle Stéphane Papi, Les Etats de droit musulman vont également « *œuvrer à la propagation pacifique de l'islam à l'intérieur et même au-delà de leurs frontières. Les systèmes éducatifs sont utilisés pour assurer cette diffusion, à travers l'organisation de cours d'enseignement religieux islamique de la maternelle au Baccalauréat. (…). La propagation va également être réalisée par les Etats à travers l'organisation de séminaires officiels visant à promouvoir sa connaissance.*»[604].

Le Professeur Amor explique toutefois que « *la liaison Etat-religion demeure à effet déclaratif et non normatif* »[605]. L'objectif, non avoué, est de « *permettre à l'Etat de contenir le phénomène religieux* »[606], de sorte à limiter le champ d'action de l'islam non officiel. L'Etat devient le maître de la pensée islamique, puisque les institutions qui veillent traditionnellement au respect de la loi islamique pour éviter sa dénaturation, voient leur champ d'intervention progressivement diminué au profit du pouvoir. La disparition des juridictions religieuses dans certains Etats de droit musulman est particulièrement révélatrice de ce phénomène.

L'encadrement du phénomène religieux par l'Etat, pose deux limites à la liberté de religion. La première concerne la liberté de religion des musulmans dans un Etat de droit musulman. Le pouvoir utilise les institutions religieuses pour promouvoir une orthodoxie officielle, un islam officiel que sont tenus de suivre tous les musulmans. Reconnaître un islam officiel permet de combattre les autres expressions de l'islam. C'est dans ce contexte que les mouvements politiques tels Ennahda en Tunisie ou les Salafistes en Egypte ont longtemps été interdits. Toutefois, dans ces cas précis, ce n'est pas la liberté de religion qui est remise en cause, mais la liberté d'association et de réunion.

Mais lorsqu'une religion officielle est constitutionnalisée et que les institutions du pouvoir supervisent l'activité religieuse, les infractions de blasphème et d'hérésie sont facilement exploitables pour sanctionner les opposants au pouvoir. Mais l'exigence d'une condition de religiosité est surtout une entrave au principe de non-discrimination en

[604] Stéphane PAPI, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'année du Maghreb*, 2004, pp.429-431
[605] Abdelfattah AMOR, *op. cit.,* p.45
[606] Sabine LAVOREL, *op. cit.*, p.98

matière de religion. Les non-musulmans sont exclus de certains postes à responsabilité, telle la présidence de la République.

2. L'islamisation du droit

La théorie individualiste qui accompagne les processus de sécularisation et de constitutionnalisation n'est pas encore totalement intégrée dans la culture des Etats de droit musulman. La famille et le groupe constituent toujours les cellules de base de la société et « *le droit qui s'attache à régir les rapports entre les individus qui la composent revêt un caractère éminemment anthropologique : il concerne l'identité d'une groupe* »[607]. Cela se vérifie dans de nombreux Etats de droit musulman, où l'application du droit varie en fonction de l'appartenance à une communauté religieuse. En Syrie par exemple les citoyens sont soumis à des statuts personnels qui varient en fonction de leur appartenance religieuse. Le Maroc connaît une situation similaire puisque les statuts personnels et successoraux qui vont au-delà du droit de la famille *stricto-sensu* sont marqués par le droit musulman. Comme le souligne Stéphane Papi, « *cette prégnance peut être illustrée d'une manière générale par le fait que les codes régissant ces matières comportent dans trois des cinq pays du Maghreb des dispositions qui prévoient, en l'absence de dispositions précises ou de silence des textes, de se référer, soit globalement à la chari'a, soit de manière plus précise au « droit musulman », au « aux enseignements de l'opinion dominante du rite malékite* »[608] (article 222 Code de la famille algérien, article 331 du Code du statut personnel mauritanien, article 400 de la *Moudawana*[609]).

De manière générale, même dans les Etats de droit musulman où les processus de sécularisation et de constitutionnalisation ont été amorcés, le droit musulman est toujours la source des textes qui régissent un domaine aussi fondamental que celui du mariage ; « *car si la famille représente la cellule de base de la société, le mariage en constitue toujours la clef de*

[607] Yadh BEN ACHOUR, « Droit et environnement politique : le cas de la Tunisie. », *in* actes du colloque « Droit et environnement au Maghreb », Paris, CNRS Editions, 1989
[608] Stéphane PAPI, *op. cit.,* pp.429-431
[609] Code de la famille marocain

voûte »[610]. Ainsi les causes d'empêchement au mariage sont issues du droit musulman et l'empreinte du droit musulman est visible dans le droit successoral.

Mais au-delà des statuts personnels et successoraux, le droit musulman exerce également une influence dans divers domaines juridiques. Son influence est plus diffuse concernant le droit du travail, le droit commercial, le droit civil ou le droit pénal, mais sa présence est suffisamment caractéristique de l'influence du droit musulman pour être relevé.

Aussi, en matière de droit du travail, à titre d'illustration, au Maroc, dans un litige qui a opposé la compagnie aérienne, Royal Air Maroc, à une hôtesse de l'air licenciée pour avoir violé une clause de célibat insérée dans son contrat de travail et qui lui interdit de se marier pendant la durée de son contrat de travail, les juges ont prononcé l'illicéité de cette clause en tirant l'essentiel de leur argumentation du Coran, de la Sunna et du Fiqh[611].

En matière de droit commercial, la Hisba, une institution typiquement islamique chargé de contrôler le bon déroulement des transactions commerciales, a été de nouveau introduite dans le droit positif marocain par le Dahir n°1-82-70 du 21 juin 1982

Dans le domaine du droit civil par exemple, le Code des obligations et des contrats mauritaniens interdit, conformément au droit musulman les conditions d'aléa et d'usure lors de la signature d'un contrat. De même, l'article 454 du Code civil algérien interdit le prêt à intérêt.

Le droit pénal est sans doute le deuxième domaine, après les statuts personnels, où l'islam est le plus présent: le code pénal mauritanien intègre des peines prévues par le droit pénal musulman. Si le pouvoir mauritanien a répondu aux pressions internationales en décidant de ne plus appliquer les peines *Huddûd*, il n'en reste pas moins qu'elles n'ont pas été abrogées. L'article 1 du Code définit en effet trois catégories de délits passibles de peines *Ta'zir* (correctionnelles), *Hudûd* (criminelles) et également des peines de *Kisâs*

[610] Stéphane PAPI, *op. cit.,* pp.429-431
[611] Tribunal de Première instance de Casablanca, 19 février 1979

(Talion) ou de *Diya* (prix du sang). Les peines *Hudûd* sont appliquées différemment en fonction de la nature du délit commis : l'apostasie entraîne l'application de la peine de mort, l'homosexualité masculine et la relation sexuelle hors mariage entre un homme et une femme, entraînent la lapidation, le brigandage est puni par le bannissement. De même le Code pénal mauritanien prévoit l'application de l'amputation à l'encontre de la personne qui a volé. La Lybie a également adopté dans les années 1970 quatre lois inspirées directement par le droit islamique (loi du 11 octobre 1972 relative à l'application de la peine de *Hadd* en matière de vol et de brigandage ; loi du 20 octobre 1973 instituant la peine de flagellation concernant l'adultère ; loi du 16 septembre 1974 relative à l'application de la peine *hadd* en matière de diffamation pour accusation non prouvée d'adultère ; loi du 20 novembre 1974 relative à l'interdiction du vin et l'application de la peine de flagellation en cas de consommation de vin) qui furent « allégées » dans les années 1990, sans pour autant être supprimées. Certaines dispositions du Code pénal marocain sont manifestement influencées par le droit musulman. Ainsi, si l'apostat n'encourt pas la peine de mort, il faut toutefois relever que la personne qui amène un musulman à apostasier sera punie d'une peine de prison. Il convient également de mentionner le jugement prononcé en 1962 par le Tribunal de Nador[612] à l'encontre de treize membres de la religion bahá'íe, condamnant trois d'entre eux à la peine de mort et cinq autres à la prison à vie, même si ce jugement fut ensuite cassé par la Cour de cassation. De même, la non-observance par un musulman, du jeûne diurne du mois de Ramadan, obligation coranique et quatrième pilier de l'islam, est punie par l'article 222 du Code pénal, d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 12 à 120 dirhams, sauf si la rupture du jeûne est motivée par des raisons admises par la Loi religieuse, 11 personnes ayant été condamnées en 1999 à Fez sur cette base.

Dans la Cité musulmane traditionnelle, la justice relative aux litiges entre les particuliers était rendue par le juge, le *Qadi* ou *cadi*. « *Dans les premiers temps, ils étaient les assistants des gouverneurs de province dont ils dépendaient* »[613]. Ce dernier devait rendre la justice après qu'il « *se soit entouré des conseils de la Mashura, organe de consultation sur des points de*

[612] Au Maroc

[613] Dominique SOURDEL, « Droit musulman et codification », *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°26, 1998, pp.33-50

droit »[614] et selon le principe de l'équité et les règles coraniques. La pratique de la consultation, appelée *Futya* ou *Ifta*, date également de cette période. Les *Fatwas* ou réponses des sages étaient délivrées par le *Mufti*, nommé par l'autorité politique. Ses *Fatwas* revêtaient une importance capitale au sein d'un système qui ne comportait pas de pouvoir législatif, la Loi étant d'essence divine. Cette fonction de consultation religieuse est présente dans les structures étatiques maghrébines. En Tunisie, elle est remplie par le *Muftii* de la République, fonctionnaire rattaché aux services du Premier ministre et par le Conseil supérieur islamique, véritable interprète officiel de la doctrine musulmane. En Algérie, tout comme en Mauritanie, c'est le Haut Conseil Islamique qui en est chargé. Au Maroc, la fonction de consultation religieuse est assurée par le Conseil Supérieur des Oulémas dont les membres sont nommés par le Roi.

L'inscription du référent islamique dans la Constitution des Etats de droit musulman semble être l'explication du manque d'effectivité de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman. Les processus de constitutionnalisation et de sécularisation, censés garantir les libertés fondamentales n'ont trouvé qu'une application partielle au sein des Etats de droit musulman. Toutefois l'instauration du contrôle de constitutionnalité est un signe de changement pour la liberté de religion.

[614] Stéphane PAPI, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'année du Maghreb*, 2004, pp.429-431

CHAPITRE 2 :

Les signes d'un changement pour la liberté de religion : le contrôle de constitutionnalité dans les Etats de droit musulman

La justice constitutionnelle a connu un développement important au sein des Etats de droit musulman à partir des années 1990. Toutefois de nombreuses juridictions constitutionnelles sont encore à un stade embryonnaire. La Constitution ne leur accorde pas l'autonomie nécessaire pour être un véritable un contre-pouvoir à l'action des autorités. Pour comprendre ce phénomène de dépendance et de manque d'autonomie, il n'est pas nécessaire d'étudier l'ensemble des Etats de droit musulman qui possède une Cour ou un Conseil constitutionnel.

Deux exemples caractéristiques permettent d'illustrer les propos précédents, le Conseil constitutionnel tunisien et le Conseil des gardiens de la République islamique d'Iran. Bien que ces deux organes n'aient pas développé de jurisprudence exploitable en matière de liberté de religion, à l'instar de toutes les juridictions constitutionnelles des Etats de droit musulman, exception faite de l'Egypte, une analyse approfondie de leur fonctionnement permet de comprendre cette lacune.

L'étude du Conseil constitutionnel tunisien est pertinente à plusieurs égards. Tout d'abord la Tunisie est l'Etat qui a le plus sécularisé le droit au travers d'un processus de codification qui a exclu le droit musulman de quasiment toutes les branches du droit. Ensuite, le Conseil constitutionnel tunisien est caricatural d'un organe institué dans un premier temps au profit du chef de l'Etat. Le Conseil ne pouvait intervenir que pour donner des avis confidentiels au chef de l'Etat. Mais les différentes révisions constitutionnelles qui sont intervenues depuis les années 1990 ont donné plus d'efficacité à la justice constitutionnelle.

Le Conseil des gardiens de la Constitution en Iran nécessite également des développements spécifiques car cet organe cumule les fonctions de contrôle de constitutionnalité et d'islamité. Enfin, au sein des Etats de droit musulman, la Haute Cour constitutionnelle d'Egypte fait office d'exemple d'une part, par son existence très ancienne et d'autre part, grâce à son indépendance et son autonomie qui lui ont permis d'adopter une jurisprudence progressiste en matière d'interprétation des dispositions islamiques relatives aux droits de l'homme. Une première analyse générale de la justice

dans les Etats de droit musulman met en évidence que la majeure partie des Cours et Conseils constitutionnels sont à un stade embryonnaire de leur évolution (Paragraphe 1) ; néanmoins, l'analyse plus approfondie des exemples tunisien et iranien permettra de comprendre la nécessité d'institué des juridictions indépendantes pour la garantie de la liberté de religion (Paragraphe 2) ; enfin, l'étude approfondie de la jurisprudence constitutionnelle égyptienne servira d'exemple pour apprécier le rôle d'une juridiction constitutionnelle indépendante quant à la liberté de religion (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 :

Une justice constitutionnelle « embryonnaire » dans les Etats de droit musulman

Tout au long du XXème siècle l'idée d'une subordination du pouvoir politique au droit se développe dans les Etats de droit musulman. Les premières juridictions constitutionnelles qui apparaissent dans les Etats de droit musulman reflètent l'exigence de soumettre les pouvoirs de l'Etat au droit. Les premières juridictions constitutionnelles qui sont instituées sont de fidèles reproductions du modèle occidental. Elles se voient dotées de compétences diverses, telles le contrôle de la régularité des élections (présidentielle, législatives, référendaires), le contrôle de la réparation des compétences, des attributions consultatives, et surtout le contrôle de conformité de la loi à la Constitution. Gérard Conac parle de « *mimétisme constitutionnel* », c'est-à-dire de « *reproduction de modèles étrangers* »[615]. Cette expression est tout à fait appropriée aux Etats de droit musulman dans lesquels la justice constitutionnelle a connu un développement remarquable à partir des années 1990. Aujourd'hui, quasiment tous les Etats de droit musulman ont institué une Cour constitutionnelle ou un Conseil constitutionnel. Ahmed Salem Ould Bouboutt observe que « *Le phénomène de recréation des juridictions constitutionnelles que nous avons relevé prend rétrospectivement la signification d'une volonté de rupture avec le passé, de l'émergence d'une nouvelle justice constitutionnelle fortement désirée, dans le cadre de la promotion d'un Etat de droit effectif* »[616].

[615] Gérard CONAC, *Les Cour suprêmes en Afrique*, cité dans Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux. », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVII, 1997, pp.31-45

[616] Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux. », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVII, 1997, pp.31-45

Avant cette vague de renouveau constitutionnel, il existe bien des juridictions constitutionnelles, mais non-autonomes. Leur dépendance est alors de deux niveaux. D'une part, un rattachement à l'ordre judiciaire qui ne leur accorde pas d'autonomie d'action ; d'autre part une dépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Jusqu'au début des années 1990, lorsqu'une juridiction constitutionnelle existe, elle est intégrée à la Cour suprême en tant que chambre constitutionnelle. Quant à la composition (les membres étant généralement désignés par le chef de l'exécutif) et le droit de saisine (qui n'est reconnu qu'au seul pouvoir exécutif), ils reflètent la dépendance totale des juridictions constitutionnelles, presque totalement dépourvues d'effectivité, certains diront, « *créées pour ne rien faire* »[617].

Toutefois, à partir des années 1990, les Etats de droit musulman adoptent le système de juridictions constitutionnelles autonomes, spécialisées et dépourvues de tout lien avec les juridictions ordinaires, judiciaires ou administratives. L'indépendance et l'autonomie de ces juridictions à l'égard de l'autorité exécutive sont également affirmées. L'existence de ces Conseils et Cours constitutionnels indépendants est un gage de la volonté des Etats de droit musulman de soumettre leur législation au respect de la Constitution. Néanmoins, cette mission ne peut être entièrement accomplie que si l'indépendance des juridictions constitutionnelles est réelle et assurée, par le mode de désignation et de saisine d'une part, et d'autre part si les décisions qui sont prises par ces Cours sont dotées d'une force obligatoire suffisante pour s'imposer aux autres pouvoirs.

Il faut souligner qu'il existe deux attitudes à l'égard du contrôle des dispositions législatives dans les Etats de droit musulman. Le pluralisme constitutionnel entraîne plusieurs remarques ici. Les Etats de droit musulman qui ont priorisé une conception libérale et séculière de la Constitution, ont institué un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi, dans le sens défini plus haut. A l'inverse, les Etats qui favorisent une conception religieuse de la Constitution et qui accordent une prééminence

[617] *Ibid*

aux préceptes religieux, effectuent seulement un contrôle d'islamité. Ces derniers, tels l'Arabie Saoudite ou la Lybie, ne peuvent pas être par conséquent intégrés. En outre, un Etat fait exception, l'Iran. La Constitution iranienne de 1979 institue un Conseil des gardiens de la Constitution, qui effectue à la fois un contrôle d'islamité et un contrôle de constitutionnalité.

Le principe d'un contrôle juridictionnel des lois et des règlements est apparu au sein des Etats de droit musulman sous l'influence des puissances européennes mais ce n'est qu'à partir des années 1990 que de véritables juridictions constitutionnelles sont instituées dans les Etats de droit musulman. Le Conseil constitutionnel algérien est institué en 1989[618], le Conseil constitutionnel marocain est institué suite à la révision constitutionnelle en 1992[619], le Conseil constitutionnel mauritanien en 1991[620], les compétences du Conseil constitutionnel tunisien ont été développées au terme de trois révisions constitutionnelles entre 1995 et 2002[621], enfin, la Cour constitutionnelle du Bahreïn a été instituée en 2002. L'Egypte est un cas spécial car le contrôle de constitutionnalité y a été institué pour la première fois en 1948. Toutefois il ne s'agit pas d'une compétence issue directement du texte constitutionnel, mais d'une compétence conduite de manière prétorienne. Les tribunaux se sont attribués une compétence en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois et des règlements. Sous l'action du général Nasser, une cour suprême est créée en 1969 pour centraliser l'activité. Toutefois, la soumission de la cour suprême au général Nasser diminue la portée de ses décisions. Le problème n'est pas résolu par la Constitution de 1971 qui institutionnalise la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, puisque « *l'institution de la Cour suprême puis de la Haute Cour constitutionnelle a correspondu en Egypte au désir de renforcer un régime autoritaire* »[622]. Mais la Haute Cour constitutionnelle a progressivement affirmé son indépendance à l'égard du pouvoir,

[618] Articles 163 à 169 de la Constitution de 1989, modifiée en 1996

[619] La Constitution marocaine de 192 instauré un contrôle de constitutionnalité par la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, mais son action était limitée aux lois organiques et aux règlements intérieurs de la Chambre des Représentants. Ce n'est qu'en 1992 qu'est introduit le contrôle de constitutionnalité par un Conseil indépendant.

[620] Titre VI de la Constitution de 1991

[621] Le décret du 16 décembre 1987, portait création d'un Conseil constitutionnel. Mais ce dernier ne pouvait que donner des avis confidentiels adressées exclusivement au chef de l'Etat. Le statut du conseil a été constitutionnalité par une première révision en 1995 et ses attributions et son indépendance ont été développés par les révisions constitutionnelles de 1997 et 2002.

[622] Sabine LAVOREL, *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p.110

et elle peut être considérée aujourd'hui comme un modèle pour les juridictions constitutionnelles des autres Etats de droit musulman[623].

La justice constitutionnelle tient un rôle fondamental dans la protection des droits et libertés fondamentaux à condition que l'indépendance des membres de la juridiction constitutionnelle soit assurée par un mode de désignation démocratique ; que l'accès à la justice soit garanti pour les individus, soit par une saisine directe des parlementaires qui représentent le peuple, soit par une saisine indirecte dans le cadre d'un litige devant un tribunal, c'est-à-dire le renvoi préjudiciel ; et enfin la justice constitutionnelle est efficace à condition que les décisions soient assurées d'être exécutées. Les premières juridictions constitutionnelles qui ont été instituées dans les Etats de droit musulman n'ont pas été organisées avec ces critères d'indépendance et d'efficacité. Cependant, plusieurs changements ont été effectués.

A l'exemple de la dernière des juridictions instituée, la Cour constitutionnelle bahreïnie[624], la désignation des membres originellement a longtemps été une prérogative entièrement dévolue au chef de l'Etat. Cependant, par souci de garantir l'indépendance des membres, des évolutions sont à noter en la matière.

Au Maroc, alors que seul le Roi avait le pouvoir de désigner les membres de la chambre constitutionnelle, dorénavant six membres du Conseil constitutionnel sont désignés par le Roi, et les six autres sont choisis à égalité par les présidents des chambres parlementaires après consultation des groupes parlementaires. L'article 130 de la Constitution dispose que « *la Cour constitutionnelle est composée de douze membres nommés pour un durée de neuf ans non renouvelable. Six membres sont désignés par le Roi, dont un membre proposé par le Secrétaire général du Conseil Supérieur des Oulémas et six membres sont élus, moitiés par la Chambres*

[623] Un paragraphe lui sera consacré, et permettra de comprendre la spécificité de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne

[624] L'article 106 de la Constitution du Bahreïn dispose que «*une Cour constitutionnelle est établie ; elle est composée d'un président et de six membres, tous nommés par ordonnance royale, pour un mandat déterminé par la loi. La Cour est compétente pour juger de la constitutionnalité des lois* ».

des Représentants, moitiés par la Chambres des Conseillers parmi les candidats présentés par le Bureau d chaque Chambre, à l'issue d'un vote à bulletin secret et à la majorité des deux tiers des membres composant chaque Chambre ». Deux remarques peuvent être faites. La première concerne le lien entre les autorités religieuses et les autorités séculières. L'autorité religieuse, le Conseil Supérieur des Oulémas, dispose d'un droit de désignation. Ce Conseil nomme un des six membres qui sont nommés par le pouvoir exécutif. La Constitution permet donc aux autorités religieuses d'avoir au moins un représentant au sein de l'organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois. La deuxième remarque concerne le mode de désignation des six autres membres, non nommés par le Président de la République. Ces membres sont élus par les parlementaires, sur une liste de candidats proposés par le Bureau de chaque chambre parlementaire. Le système d'élection pourrait permettre d'accroitre l'autonomie et l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel.

En Mauritanie, l'article 81 de la Constitution, révisée en 2012 prévoit que le président de la République nomme quatre membres du Conseil constitutionnel, le président de l'Assemblée nationale nomme trois membres et le président du Sénat en nomme deux membres.

En Algérie, le constituant a également introduit le système d'élection puisque parmi les neuf membres qui composent le Conseil constitutionnel, trois sont nommés par le président de la République, deux sont élus par l'Assemblée populaire, deux sont élus par chacune des chambres parlementaires, un membre est désigné par la Cour suprême et un autre par le Conseil d'Etat (article 164).

De plus, l'indépendance de chacune de ces juridictions constitutionnelles est confortée par la mise en place d'un mandat unique non renouvelable.

Enfin, l'indépendance, l'autonomie et l'efficacité de la justice constitutionnelle, sont également renforcées par l'élargissement des conditions de leur saisine. Seul Bahreïn maintient un système restreint. L'article 106, 3. de la Constitution dispose que « *Le roi peut soumettre à la Cour tout projet de loi qui doit être présenté pour déterminer sa conformité à la Constitution. Les décisions de la Cour sont obligatoire pour toutes les autorités de l'Etat et pour chacun* ».Bien que ses décisions aient l'autorité de la chose jugée, la Cour constitutionnelle du Bahreïn aura des difficultés à s'imposer dans le paysage institutionnel. Elle ne peut être saisie que par le Roi, qui de plus est libre d'apprécier l'utilité d'une telle saisine.

En Algérie, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le président de l'Assemblée populaire nationale ou le président du Conseil de la Nation. (article 166).

Au Maroc, le pouvoir de saisine appartient dorénavant au Premier ministre et au Roi, mais également au président de la Chambre des Représentants et à un quart des membres de la Chambre des Représentants ou de la chambre des Conseillers.

En Mauritanie, le pouvoir de saisine énoncé à l'article 86 alinéa 3, a été élargi, outre le Président de la République, au président du Sénat, au Président de l'Assemblée nationale, à un tiers des députés ou à un tiers des sénateurs.

L'ensemble des réformes a ainsi permis une affirmation de l'autonomie et de l'indépendance des juridictions constitutionnelles à l'égard des pouvoirs judiciaire et exécutif.

L'indépendance des membres des juridictions constitutionnelles, et l'accessibilité de la justice constitutionnelle pour les individus sont des éléments déterminants en matière de liberté. La justice constitutionnelle est un critère fondamental pour la protection des droits et libertés fondamentaux. Mais les juges constitutionnels ne peuvent être les promoteurs et les gardiens des libertés que si leur indépendance et leur accessibilité sont assurées. Dans la plupart des Etats de droit musulman, les juridictions constitutionnelles ont d'abord été instituées pour conforter le régime autoritaire. Ainsi,

initialement, le mode de désignation et la saisine, exclusivement réservés au chef de l'Etat sont la preuve de ce désir de renforcer un régime autoritaire déjà établi. Les outils du constitutionnalisme, suprématie de la Constitution et justice constitutionnelle, sont instrumentalisés par le pouvoir, et leur but est ainsi dévoyé au profit d'une conception totalitaire du pouvoir. Il est évident dans ces circonstances que le juge constitutionnel n'est pas saisi pour des questions de protection des droits et libertés fondamentaux.

Mais comme le souligne le Professeur Rivero, « *les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du constituant ou du législateur qui leur a donné vie* »[625]. Nous pouvons conclure par l'affirmation que la justice constitutionnelle est une nécessité dans les Etats de droit musulman. « *Puisant sa raison d'être dans les obstacles à son développement, l'avenir du contrôle de constitutionnalité dans ces pays révèle la portée de ce paradoxe ; plus les conditions de sa mise en place apparaissent défavorables, plus son existence s'affirme comme nécessaire* »[626].

La création de Cours et Conseils constitutionnels est un phénomène récent dans les Etats de droit musulman. Dans la grande majorité des Etats, la justice constitutionnelle n'en est qu'à ses balbutiements. De plus, lorsque les Cours et Conseils constitutionnels ont été créés, leur indépendance et autonomie ont tardé à être affirmées. La jurisprudence des juridictions constitutionnelles en matière de droits et libertés fondamentaux ne s'est développée que depuis la fin des années 1990 et au début des années 2000. Mais parmi les juridictions mentionnées plus haut, aucune n'a été amenée à se prononcer en matière de liberté de religion.

[625] Jean RIVERO, « Fin d'un absolutisme », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2ième édition, Paris, Economica-PUAM,, 1987, p.139
[626] Jean-Pierre MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratiques en Europe de l'Est,* Paris, LGDJ, p.1,

Paragraphe 2 :

Le Conseil constitutionnel tunisien et le Conseil des gardiens iranien et la liberté de religion

1. Le Conseil constitutionnel tunisien

Les droits et libertés fondamentaux ont été très tôt reconnus comme des principes à valeur constitutionnelle en Tunisie. La Constitution de 1959 proclame les libertés fondamentales et énumère un certain nombre de droits et libertés : « *Ces libertés ont donc acquis une valeur constitutionnelle même si les articles qui les consacrent sont d'une concision et d'une brièveté remarquable et même si la constitution laisse à la loi le soin de réglementer leur exercice* »[627]. Néanmoins une proclamation solennelle ne suffit pas à garantir l'effectivité des droits et libertés fondamentaux. Comme le souligne le Professeur Ben Achour, le législateur peut édicter des lois contraires à la Constitution et réduire « *à néant la garantie constitutionnelle en instituant des régimes juridiques contraires à la lettre et à l'esprit de la constitution* »[628]. C'est l'existence d'une juridiction constitutionnelle qui garantit la suprématie de la Constitution et qui lui confère l'effectivité. Issam Ben Hassen souligne que « *si la Constitution consacre les droits c'est le juge qui les protège* »[629]. La protection des libertés publiques ne peut être assurée que par l'instauration d'un contrôle constitutionnel. Comme le souligne le doyen Vedel, « *le fondement ou la raison d'être du contrôle de la constitutionnalité des lois se trouveraient dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social. Dans les pays où il existe, le contrôle de constitutionnalité des lois met en cause souvent, sinon le plus souvent, la conformité ou*

[627] Issam BEN HASSEN, « Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Co*nstitution et Etat de droit », *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.212
[628] Rafâa. BEN ACHOUR, « Les protection et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en Tunisie », *Revue tunisienne de droit*, 1989, p.85 et s.
[629] Issam BEN HASSEN, *op. cit.* pp.212-213

la non-conformité d'un texte de valeur législative aux normes de valeur constitutionnelle définissant et garantissant les droits individuels ou sociaux et les libertés publiques. »[630]

L'idée de rédiger une Constitution va devenir à la fois un symbole et un moyen d'affranchissement de la colonisation[631]. Au lendemain de l'indépendance, l'idée d'instituer un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois n'est pas la première préoccupation des nouveaux gouvernants. La question de la suprématie de la Constitution et celle de la garantie des droits et libertés fondamentaux ont été au cœur des débats de l'Assemblée constituante. Mais bien que la constituante ait envisagé la question du contrôle de la constitutionnalité des lois, elle a fini par esquiver le problème en l'ignorant. Zouheir Mdhaffar relève ainsi que « *Paradoxalement, l'attachement à ces principes ne s'est pas traduit par la création d'une instance de contrôle de la constitutionnalité des lois* »[632]. Lorsque la question a été introduite dans le projet de révision de la Constitution dans les années 1970, l'institution d'un Conseil chargé de contrôler la conformité des lois organiques à la Constitution a été encore une fois rejetée. L'argument défendu est alors que le Président de la République est le garant du respect de la Constitution, selon l'article 41, et qu'il n'est donc pas nécessaire d'instituer un organe supplémentaire.[633]

Même la Cour de cassation refuse alors toute possibilité de contrôle exercé par le juge ordinaire par voie d'exception. Par un arrêt du 1er juin 1988, la Cour de cassation précise ainsi que « *La Constitution tunisienne n'a pas évoqué dans ses dispositions la question du contrôle de la constitutionnalité des lois, vu que chaque pouvoir accomplit son rôle naturel, sans empiéter à quelque titre que ce soit sur les compétences de l'autre, sauf si cela favorise la collaboration entre eux, en vue d'une saine coordination et d'une bonne application des lois qui reflète la volonté réelle du constituant et que, par suite, il n'appartient pas au juge, chargé essentiellement de l'application des lois, d'évoquer la question de leur*

[630] Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme » *Pouvoirs*, n°458, 1988, p.149 et s.

[631] Alors que la Constitution tunisienne de 1861 avait institué un contrôle de constitutionnel mais l'administration occupante sous le protectorat suspend la Constitution et refuse les revendications du mouvement national qui demande son application. Voir pour plus de détails Néjil BACCOUCHE, Constitution et Etat de droit, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.3

[632] Zouheir MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, Presses de l'Institut d'Etudes politiques de Toulouse, 1997, p.14

[633] Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.203

constitutionnalité car cela le conduit à les juger, ce qui constitue un excès de pouvoir. »[634] L'absence d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois suscite de plus en plus de réactions, et la création d'un Conseil constitutionnel, va finalement doter la Tunisie d'un organe chargé de participer à la construction d'une hiérarchie des normes, à l'affirmation de la suprématie de la Constitution. Le Conseil Constitutionnel tunisien a déclaré dans l'un de ses avis « *qu'il est de principe et sans qu'il n'y ait besoin de rappel que les textes doivent respecter leur ordonnancement juridique* »[635] . Le Conseil veille au respect de cette hiérarchie et assure par conséquent, le respect de la constitution.

L'idée d'un Conseil constitutionnel va germer pendant près de trente ans au sein de la classe politique tunisienne, et c'est par un décret du 16 décembre 1987 que le président Ben Ali institue un Conseil constitutionnel en Tunisie. Mais le Conseil Constitutionnel de la République est un organe consultatif rattaché directement au Président de la République et dont la mission est de donner son avis sur la conformité des projets de la loi à la Constitution. Cet organe est caractérisé d'une part, par sa dépendance exclusive à l'égard du Président de la République dans la mesure où ses membres sont exclusivement nommés et révoqués par lui[636] ; et d'autre part, par une compétence limitée à des avis purement consultatifs. « *La création du Conseil constitutionnel par un simple décret présidentiel fait de ce nouvel organe, un organe dépendant et non point une institution constitutionnelle indépendante des pouvoirs exécutif et législatif* »[637]. Le principal reproche qui est fait au Conseil constitutionnel, est d'avoir été créé par un simple décret. « *L'institution du Conseil constitutionnel de la République par un simple acte administratif n'offre pas de garanties réelles pour sa stabilité et n'est pas sans effet sur la pérennité de la structure.* »[638] En effet, s'il a été créé par un simple décret, il peut aussi disparaître par un simple décret.

---

[634] Cour de cassation, Arrêt n°27971 du 1 er juin 1988

[635] Avis n°35-2006 du Conseil sur un projet de loi modifiant et complétant quelques dispositions du code de commerce, JORT, n°45 du 5 juin 2007, p.1861, cité dans Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.207

[636] L'article 1 du décret n°87-1414 du 16 décembre 1987 portant création du Conseil Constitutionnel tunisien),

[637] Rafâa BEN ACHOUR, « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois et son évolution à la fin de 1987 », *Revue tunisienne de droit*, 1988, p.13

[638] Hédi BEN MRAD, « Commentaire du décret instituant le Conseil Constitutionnel de la République », *Actualité juridique tunisienne*, n°1-2, 1989, p.92

A partir des années 1990, le statut du Conseil constitutionnel tunisien est rehaussé. « *Jeune institution aux débuts timides* »[639], le Conseil a fini par intégrer le dispositif de la Constitution par la loi constitutionnelle n°95-90 du 6 novembre 1995. Dans un premier temps la loi du 18 avril 1990 pose le principe de la saisine obligatoire du Conseil constitutionnel ; puis en 1995 le Conseil est reconnu comme une institution constitutionnelle ; la révision du 2 novembre 1998, impose les avis du Conseil à tous les pouvoirs publics ; et enfin, depuis 2004, les avis du Conseil constitutionnel doivent être publiés au journal officiel. « *Ainsi, par touches successives, les réformes du Conseil constitutionnel, (…), ont fini par transformer celui-ci en véritable Cour constitutionnelle* »[640]. C'est dans le cadre de réformes qui tendent à renforcer l'Etat de droit par la garantie de la suprématie de la Constitution et la protection des droits et libertés fondamentaux que s'inscrivent ces révisions constitutionnelles.

Bien que le Conseil soit reconnu comme une institution constitutionnelle depuis les années 1990, l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel tunisien n'est pas garantie par la Constitution. Bien au contraire, le mode de désignation des membres, la durée des mandats, la procédure consultative qui y est instaurée et la saisine exclusive du Président de la République, accentuent la dépendance de l'institution à l'égard du Président de la République. Issam Ben Hassen, souligne ainsi que « *Dès sa création par décret en 1987 et même après sa constitutionnalisation en 1995, le Conseil constitutionnel demeure intimement lié au Président de la République* »[641]. Le Conseil constitutionnel tunisien se compose de neuf membres. Quatre de ses membres, dont le président, sont désignés par le Président de la République, deux par le Président de la Chambre des Députés et trois autres sont désignés ès qualité : le premier président de la Cour de cassation, le premier président du Tribunal Administratif et le premier président de la Cour des Comptes. S'il est vrai qu'un changement a été opéré, car auparavant, les neufs membres du Conseil étaient exclusivement désignés par le Président de la République, il est important de souligner

[639] Rafâa. BEN ACHOUR, « Le Conseil constitutionnel tunisien », *in Regards croisés sur les constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire,* colloque d Tunis, 2- 4 décembre 1999, Paris, Publication de la Sorbonne, 2003n p.163 et s

[640] Habib SLIM, présentation de la Constitution tunisienne, Eric CANAL-forgues (dir.) *Recueil des Constitutions des pays Arabes,* Bruylant, 2000, pp.463-472

[641] Issam BEN HASSEN, Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois, *in Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, p.220

que les trois membres désignés ès qualités, sont indirectement désignés par le président de la République. C'est en effet le Chef de l'Etat qui nomme le premier président du Tribunal Administratif, le premier président de la Cour des Comptes et le premier président de la Cour de Cassation. Quant au mandat, la Tunisie a instauré un système spécial : puisque les membres du Conseil, à l'exception de ceux qui siègent ès qualité, sont nommés pour une durée de trois ans, renouvelable deux fois[642]. Comme le souligne Hatem Mrad « *cette solution adoptée, conjuguées avec la nomination de la majorité des membres par le Président de la République est porteuse d'insécurité et de manque de sérénité pour les membres dont la préoccupation légitime de maintien au poste serait la source de certaines inflexions dans l'exercice de leurs fonctions* »[643]. Enfin la saisine est exclusivement réservée au président de la République. Le Président dispose d'une latitude d'action « *assez appréciable en raison du vague qui caractérise la rédaction des dispositions constitutionnelles et du flou des catégories juridiques auxquelles elles renvoient* »[644]. L'article 72 de la Constitution dispose que la saisine du Conseil constitutionnel est obligatoire pour « *les projets de loi organique (…) ainsi que les projets de lois relatifs (…) à la nationalité, à l'état des personnes, aux obligations, à la détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables, à la procédure devant les différents ordres de juridictions, à l'amnistie, ainsi qu'aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels, de l'enseignement, de la santé publiques, du droit du travail et de la sécurité sociale.* »

Bien que la compétence du Conseil constitutionnel tunisien soit limitativement énumérée à l'article 72 de la Constitution, l'analyse des avis du Conseil montre que ce dernier est sorti de ce carcan et a étendu les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, de sorte à y introduire d'autres droits et libertés. Pour reprendre l'expression de Guillaume Drago, les normes de références sont « *les règles juridiques qui permettent l'exercice du contrôle de constitutionnalité* »[645] et elle désigne selon l'expression du

[642] Article 75 de la Constitution tunisienne
[643] Hatem BEN MRAD, *La justice constitutionnelle au Maghreb*, p.50
[644] Rafâa. BEN ACHOUR, Le contrôle consultatif de la constitutionnalité des lois par le Conseil Constitutionnel tunisien, *in Mélanges Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p.21
[645] Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, Puf, 1998, p.211

Doyen Favoreu « *l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle contenus dans (…) le bloc de constitutionnalité* »[646].

Le Conseil constitutionnel tunisien a étendu ses normes de référence au préambule de la Constitution tunisienne qui consacre un certain nombre de dispositions qui ne sont pas reprises dans le texte de la Constitution. Le préambule d'une Constitution défini comme étant « *un document déclaratif placé en tête de la constitution, en introduction aux dispositions organisant les pouvoirs publics* »[647] va donc acquérir une valeur constitutionnelle. On y retrouve normalement un rappel historique, l'affirmation de la culture et de la civilisation à laquelle se rattache l'Etat, et l'énoncé des droits et libertés fondamentaux.

Toutefois, c'est surtout l'article 5 de la Constitution qui doit attirer notre attention. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, il y est inscrit à l'alinéa 1 que « *La République Tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leur acception universelle, globale, complémentaire et interdépendante.* » Depuis cette révision, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à faire référence à l'article 5 dans ses avis. Cela étend la compétence du Conseil constitutionnel à l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, bien qu'initialement sa compétence soit limitée par l'énoncé de l'article 72. On peut regretter toutefois, que bien que l'alinéa 4 de la Constitution tunisienne affirme la liberté de religion, « l*'inviolabilité de la personne humaine et de la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'il ne trouble pas l'ordre public* », qu'aucune saisine du Conseil constitutionnel ne lui ait encore permis de se prononcer en la matière. Cela peut sans doute s'expliquer par l'exclusivité de la saisine qui est réservée au Président. *A priori*, la nouvelle Constitution tunisienne n'entend pas modifier les dispositions relatives au Conseil constitutionnel.

[646] Louis FAVOREU, « Les normes de référence », *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, travaux de l'association française des constitutionnalistes, journées d'études du 13 mars 1987, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p.69

[647] Michel DE VILLIERS , *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2005, p. 184

Il convient de noter que le Conseil constitutionnel examine, selon l'article 72 les projets des lois. De ce fait, l'intervention du Conseil constitutionnel « *s'apparente beaucoup plus à un processus d'aide à la décision qu'à un véritable processus de contrôle* »[648]. De plus, le Conseil se limite, lorsqu'il constate des problèmes de constitutionnalité à proposer des correctifs au texte. Une navette s'ensuit entre la présidence de la République et le Conseil jusqu'à ce que les deux autorités tombent d'accord sur le texte qui sera soumis au législateur. S'agissant, enfin, de la teneur du contrôle du Conseil constitutionnel, l'article 72 de la Constitution dispose qu'il examine les projets des lois quant à leur conformité ou leur compatibilité avec la Constitution. Mais, il existe une différence notable entre conformité et compatibilité. Si la conformité suppose l'identité et la similitude entre l'acte en question et la norme supérieure, la compatibilité suppose que l'organe chargé du contrôle ne cherche « *pas la parfaite concordance de la lettre du texte inférieur à la lettre du texte supérieur, mais cherche simplement à ce que le texte inférieur s'accorde avec l'esprit et la tendance générale du texte supérieur. La compatibilité se contente de l'inexistence d'une contradiction manifeste entre les deux textes, mais admet l'inexistence d'une certaine différence voire même une certaine dérogation*. »[649]

Bien que le Conseil constitutionnel tunisien ait une activité régulière, son organisation et son mode de fonctionnement limitent son action effective dans la protection des droits de l'homme. Sa composition, qui est sous la domination de l'exécutif et sa saisine, qui dépend exclusivement du Président de la République, sont autant d'éléments qu'il serait nécessaire de modifier pour permettre au Conseil constitutionnel de jouer pleinement son rôle de gardien et d'interprète de la Constitution. Un projet de Constitution élaboré par l'Assemblée constituante et présenté en avril 2013 semble mettre en œuvre ce changement. Les nouveaux articles 112 à 118, consacrés à la Cour constitutionnelle, modifient les modalités de la justice constitutionnelle en plusieurs points. La première modification a souligné concerne la dénomination. Il ne s'agit plus d'un Conseil constitutionnel, mais d'une Cour constitutionnelle.

[648] Râfaa. BEN ACHOUR, *op. cit.,* , p.21
[649] Ibid

Concernant la composition et le mode de désignation des membres ensuite. Aux termes de l'article 112, la Cour est composée de douze membres élus par l'Assemblée du peuple, sur une liste de candidats proposés par chaque représentant des trois pouvoirs de l'Etat. « *La Cour constitutionnelle comprend douze membres, en majorité spécialisés en Droit, choisis parmi les personnes compétentes ayant une expérience de dix années au moins. Le Président de la République propose huit membres. Le chef du Gouvernement propose quatre membres. Le Président de l'Assemblée du peuple propose huit membres. Le Conseil supérieure de la magistrature propose quatre membres. L'Assemblée du peuple élit douze membres de la moitié des candidats proposés par chaque organe, à la majorité des deux tiers, pour un seul mandat de neuf ans* ». Le projet de Constitution prévoit ainsi un mode de désignation plus démocratique, puisqu'il combine le système électoral à un système de « nomination ». Le deuxième avantage du nouveau mode de désignation est qu'il accorde au représentant de chaque pouvoir constitué l'opportunité de proposer des candidats. Ce mode de désignation devrait permettre une plus grande diversité des membres de la Cour et leur garantir plus d'indépendance.

Une autre modification importante est relative à la durée du mandat. La précédente Constitution prévoyait un mandat de trois ans renouvelable deux fois. Or le mandat renouvelable limite l'autonomie et l'indépendance des membres. Le projet de Constitution présenté en avril 2013 prévoit en son article 112 alinéa 3 que le mandat est de neuf ans, non renouvelable. Cette condition devrait assurer une meilleure indépendance de la Cour constitutionnelle à l'égard des autres pouvoirs.

Une autre modification essentielle concerne la saisine de la Cour constitutionnelle tunisienne. L'article 114 dispose que « *La Cour est compétente pour contrôler la constitutionnalité : 1. De tous les projets de lois avant leur promulgation, ils lui sont soumis par le Président de la République, 2. Des projets de lois constitutionnelles, qui lui sont soumis par le Président de l'Assemblée du peuple, selon les modalités de l'article 137, 3. Des projets de lois constitutionnelles qui lui sont soumis par le Président de l'Assemblée du peuple, afin de contrôler le respect des procédures de révision de la Constitution, 4. Des traités internationaux qui lui sont soumis par le Président de la République, avant leur promulgation de la loi de ratification, 5. Des lois qui lui sont soumis par les tribunaux, suite à une exception d'inconstitutionnalité à la demande de l'une des parties à un litige, dans les cas et selon les procédures définies par la loi, 6. Du règlement intérieure de l'Assemblée du peuple qui lui est soumis par son Président* ». Cet article innove en plusieurs points. La saisine du Cour pour le contrôle

de constitutionnalité des lois demeure une prérogative exclusive du Président de la République. Toutefois, d'après la formulation du premièrement de l'article 114, tous les projets sont soumis à la Cour par le Président de la République. Il semble donc que ce sont une saisine obligatoire. Bien que l'on puisse regretter que la saisine, pour le contrôle des lois ordinaires, ne soit pas ouverte aux parlementaires, cela sera de moindre importance si la saisine est obligatoire. D'autant que le cinquièmement de l'article 114 inaugure le contrôle *a posteriori* des lois. Le projet de Constitution accorde aux justiciables la possibilité d'invoquer une exception d'inconstitutionnalité lors d'un litige. Ainsi, la constitutionnalité de toutes les lois antérieures à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, et qui n'ont pas encore été soumises à un contrôle de constitutionnalité, pourra être appréciée dorénavant.

Enfin, le projet de Constitution semble supprimer la navette qui était organisée entre le Président de la République et le Conseil constitutionnel. Dorénavant, il semble que la juridiction constitutionnelle ne soit plus un simple « appareil de conseil » du pouvoir exécutif. Le changement de dénomination est un élément important, puisqu'il s'agit désormais d'une Cour constitutionnelle qui émet des décisions qui s'imposent à l'ensemble des pouvoirs selon les termes de l'article 115.

Il semble donc que le constituant tunisien accorde aux juges constitutionnels l'opportunité d'être des acteurs de la démocratie et des défenseurs des droits et libertés fondamentaux.

Des difficultés identiques à celles soulevées pour le précédent Conseil constitutionnel tunisien peuvent être relevées au sujet du Conseil des gardiens de la République islamique d'Iran. Cette institution, chargée d'effectuer un contrôle d'islamité et de constitutionnalité, est sous l'entière domination de l'exécutif, du Guide suprême. C'est pourquoi aucune jurisprudence relative aux droits de l'homme ne figure dans les décisions qu'elle rend.

2. Le Conseil des gardiens en Iran

Le statut et la compétence du Conseil des gardiens iranien sont intimement liés à la théorie politique iranienne, le *velayat-e-faqih*, la tutelle du jurisconsulte religieux. Cette doctrine qui a été théorisée par Khomeiny représente la logique sous-jacente de la Constitution iranienne. Le *velayat-e-faqih* est « *la clé de voûte d'un système dont il représente l'autorité suprême* »[650] et toutes les autorités, religieuses ou non, lui sont directement liées dans la mesure où ce concept renvoie à la souveraineté du jurisconsulte islamique. Avant d'approfondir le statut et la compétence du Conseil des gardiens pour comprendre son impact sur la liberté de religion, il est important de présenter la culture politique à la base du système constitutionnel iranien.

La théorie du *Velayat-e-faqih*

Farhad Khosrokhavar et Olivier Roy explique que « *Le velayt-e-faqih – ou doctrine de l'autorité du juriste-théologien -, est un élément essentiel de la politique de la République islamique, sans lequel le paysage politique iranien ne saurait être appréhendé. La velayat-e-faqih constitue en effet le nœud de la conception du pouvoir des clercs chiites* »[651]. Dans la tradition politique chiite, le pouvoir appartient aux Imans, descendants de la famille du Prophète. Le premier Iman a été Ali, le gendre et le cousin du Prophète, et le dernier, Mohammad al-Mahdi est considéré comme « occulté » depuis 941. Il est le douzième Imam depuis Ali et il est appelé l'Iman caché car il reste occulté à la vue des hommes mais il doit se manifester à la fin des Temps pour rétablir une règle de justice et de paix et prendre la direction politique et religieuse de la communauté des croyants.

[650] Anaïs – Trissa KHATCHADOURIAN, « Etude du discours des dirigeants de la République Islamique d'iran », *Les cahiers de l'Orient*, n°102, Printemps 2011, pp.107-123
[651] Farhad KHOSROKHAVAR et Olivier ROY, *Iran: comment sortir d'une révolution religieuse*, Paris, Seuil, 1999, p.25

Toutefois, s'inspirant d'une théorie établie au XIXème siècle, l'Ayatollah Khomeiny développe une doctrine selon laquelle en l'absence de l'Imam caché, le personnage le plus habilité à assumer les pouvoirs spirituels et temporels est le *faqih,* c'est-à-dire le religieux le plus savant. Posséder cette qualification équivaut à avoir reçu la permission de l'Imam caché. N'importe qui ayant ces qualifications est obligé de se faire connaître dans le but d'assumer la responsabilité.[652] Ce *faqih* exerce une sorte de régence au nom de l'Imam caché. Sa compétence est *intuiti personae*, il est désigné sur des critères religieux et au « suffrage universel direct ».

L'article 5 de la Constitution iranienne dispose que « *pendant l'occultation de Sa Sainteté le maître du temps (Dieu le très haut veuille réduire l'attente), la régence exécutive et la direction de la communauté islamique des croyants dans la République islamique d'Iran appartiennent au jurisconsulte religieux juste, vertueux, conscient des problèmes de l'époque, courageux, capable de diriger, avisé, qui assume ces fonctions à l'article 107.* » L'article 109 précise que « *les qualifications et caractères distinctifs du Guide sont 1. Compétences scientifiques nécessaires pour émettre des décrets de jurisprudence islamique dans différents domaines du droit religieux. 2. Equité et piété nécessaires pour guider la communauté des croyants de l'islam. 3. Clairvoyance adéquate dans les domaines politique et social, prudence, courage, capacité à diriger et autorité suffisante pour être le Guide. Au cas où plusieurs personnes possèdent les qualités ci-dessus, l'individu ayant la plus grande clairvoyance dans les domaines de la jurisprudence religieuse et de la politique aura la préférence. »*

En plus de sa compétence politique, le Guide doit être une Source d'Imitation (*marja- taqlid*), c'est-à-dire disposer d'une qualification religieuse lui permettant de publier des fatwas.

Le premier Guide qui a pu remplir toutes ces conditions, a été bien évidemment l'auteur de cette doctrine, l'Ayatollah Khomeiny. Comme le souligne Michel Porocki, « *Il était incontestablement accepté par la très grande majorité du peuple comme le plus qualifié pour exerce le pouvoir* »[653]. A la mort de ce dernier, personne ne remplissait les critères religieux et politiques. Les qualifications nécessaires ont donc été révisées et le poste de Guide

652 Saïd ARJOMAND, *The Shadow of God and the Hidden Imam. Religion, Political Order and Societal Change in Shi'ite Iran from the Beginning to 1890*. Presses des Universités de Chicago, 1984
653 Michel POTOCKI, *Constitution de la République islamique d'Iran*, L'Harmattan, 2004, p.17

suprême n'est plus réservé à une Source d'Imitation, mais il peut être rempli par un religieux de rang moyen.

La suprématie du Guide tient d'une part à ses qualités politiques et religieuses, et d'autre part à son mode de désignation, par un collège élu au suffrage universel direct.

L'article 107 alinéa 1 dispose que « *la désignation du Guide est du ressort des Experts élus par le peuple* ». L'Assemblée des Experts, à qui il revient de désigner le Guide, est une assemblée composé de 86 dignitaires religieux. Ils sont élus au suffrage universel direct pour un mandat de huit ans. Toutefois, seuls les religieux sont autorisés à postuler, et les candidatures sont examinées par le Conseil des Gardiens, dont les membres sont élus par le Guide. L'Assemblée des Experts n'a été amenée à se prononcer qu'une fois depuis 1979. A la mort de Khomeiny en 1989, l'Assemblée a désigné Ali Khameini comme Guide suprême.

Quant à ses compétences, le Guide suprême est la plus haute autorité, tant religieuse que politique du pays. L'article 110 énonce ses compétences et met en évidence qu'il est « *le premier personnage de l'Etat* »[654]. Il détermine et supervise l'exécution des grandes lignes de la politique générale du pays ; il coordonne et chapeaute l'action des trois pouvoirs constitués ; il est à la tête de l'armée et de la justice (il nomme le Procureur général et le Président de la Cour de cassation) ; il peut à tout moment suspendre le fonctionnement des institutions ; il est le seul à pouvoir prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle ; et enfin il contrôle indirectement le pouvoir législatif par l'intermédiaire du Conseil des gardiens dans la mesure où la moitié de ses membres est désignée directement par le Guide. Seule l'Assemblée des Experts peut révoquer le mandat du Guide ; toutefois, cette révocation ne peut intervenir que s'il est dans l'incapacité physique d'accomplir son mandat ou s'il perd les qualités nécessaires pour diriger le pays. Or, est-il nécessaire de rappeler que les membres de l'Assemblée des Experts ont été élus car leur candidature a été validée par le Conseil des gardiens, dont la moitié des membres est

654 Paul BALTA, « La République islamique d'Iran », Juillet 2002, http://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la_republique_islamique_diran.asp,

directement désignée par le Guide, et dont l'autre moitié est élue par les parlementaires, sur une liste proposée par le chef du pouvoir judiciaire, qui est lui-même désigné par le Guide. En somme, le Conseil des gardiens ne dispose d'aucune autonomie.

Le statut et la compétence du Conseil des gardiens

Le Conseil des gardiens de la Constitution est une nouvelle institution en droit constitutionnel iranien. Les rédacteurs de la Constitution de 1979 voulaient établir une institution qui protège les normes constitutionnelles et islamiques. C'est pour cette raison que d'après l'article 93 de la Constitution de 1979, l'Assemblée consultative islamique n'est pas valide sans la formation du Conseil des gardiens.[655]

Les modalités de fonctionnement du Conseil des gardiens sont spécifiques et uniques au sein des Etats de droit musulman. Tout d'abord le Conseil intervient par auto-saisine. L'avantage de ce type de saisine est qu'il évite que des lois inconstitutionnelles échappent au contrôle. Mais l'inconvénient est qu'il donne un pouvoir considérable au Conseil des gardiens et empêche l'opposition parlementaire de jouer un rôle important dans le contrôle de constitutionnalité des lois.

La création d'un conseil chargé de contrôler la compatibilité des lois avec la Constitution est une innovation de la Constitution de 1979. Toutefois les prémices du contrôle de constitutionnalité sont déjà visibles pendant le précédent régime.

L'instauration de ce type de contrôle est la conséquence d'une initiative prétorienne initiée sous la Constitution de 1906-1907. La Constitution de 1906-1907[656] n'a pas prévu d'organe chargé de contrôler la conformité des lois à la Constitution. Sous

[655] Article 93 : *L'Assemblée consultative islamique n'a pas de pouvoir légal tant que le Conseil gardien n'est pas formé, sauf en ce qui concerne la vérification des pouvoirs de ses propres membres et l'élection des six juristes membres du Conseil gardien*

[656] La Constitution de 1906-1907 comporte trois textes : un firmin royal du 5 août 1906, une loi constitutionnelle de décembre 1906 et une loi complémentaire du 7 octobre 1907.

l'influence des Ulémas qui demandent qu'une institution soit chargée de contrôler les lois adoptées par l'Assemblée, une modification est apportée au complément de la Constitution de 1906. Ainsi, d'après les articles 2, 11 et 39 du complément adopté en octobre 1907, deux innovations sont apportées à la procédure législative. D'une part, un conseil de cinq représentants des Ulémas les plus savants est institué avec la mission de « *participer aux délibérations, de discuter minutieusement les règles en contradiction avec les doctrines sacrées et de veiller à ce qu'elles n'acquièrent pas force de loi* ». D'autre part, c'est au juge judiciaire que revient la compétence pour contrôler la compatibilité des lois avec la Constitution. Il ne s'agit donc pas d'instituer une juridiction constitutionnelle à proprement parler, mais il est intéressant de noter que bien avant la Constitution de 1979 qui fait suite à la Révolution islamique, un double contrôle, de constitutionnalité et d'islamité, est organisé.

La Constitution de 1979 innove en ce sens qu'elle institue un Conseil des gardiens de la Constitution dès la rédaction du projet de Constitution. « *Les rédacteurs de la Constitution de 1979 voulaient établir une institution qui protège les principes constitutionnels et les préceptes islamiques* »[657]. Il faut même souligner que dans le projet, les membres jurisconsultes religieux sont minoritaires, le contrôle d'islamité n'est pas la priorité. Il s'agit initialement d'un contrôle de constitutionnalité. Mais après son établissement, l'Assemblée constituante a totalement changé l'orientation du projet constitutionnel sous l'influence du principe de la tutelle de jurisconsulte religieux (Velâyate Faqih). Le changement se traduit par un renforcement du contrôle de l'islamité.[658]

Aucun chapitre de la Constitution n'est expressément consacré au statut et aux compétences du Conseil des gardiens. Les articles qui se réfèrent à cet organe, articles 91 à 100, sont inscrits à la suite de ceux consacrés au pouvoir législatif. En effet originellement le Conseil des gardiens n'est pas un organe indépendant ; le constituant considère que l'Assemblée consultative islamique et le Conseil des gardiens forment un pouvoir unique.

[657] S. J. MADANI, *Droit constitutionnel et les institutions politiques*, Téhéran, Paydar, 2001, p.214,
[658] Voir Mohammad Réza VIJEH, *Le rôle des juridictions constitutionnelles dans la construction d'un Etat de droit (étude de droit constitutionnel franco-iranien)*. Thèse de droit public de l'Université Montesquieu (Bordeaux IV), 2008, 700p.

L'article 91 qui définit la mission du Conseil des gardiens, mentionne « la sauvegarde des commandements de l'islam » avant la sauvegarde de la Constitution.

L'article 91 définit la composition du Conseil qui comprend deux catégories de membres. « *Afin de sauvegarder les commandements de l'islam et la Constitution, et pour que les lois votées par l'Assemblée consultative islamique ne soient pas en contradiction avec eux, un conseil appelé Conseil des Gardiens est constitué comme suit : 1. Six membres choisis parmi les jurisconsultes religieux justes et conscients des nécessités de l'époque et des problèmes d'aujourd'hui, le choix de ces personnes revenant à la haute autorité du Guide. 2. Six juristes de différentes branches du droit, choisis parmi les juristes musulmans, proposés à l'Assemblée consultative islamique par le chef du pouvoir judiciaire, et élus par un vote de l'Assemblée* ». La nomination des six jurisconsultes est donc une prérogative exclusive du Guide ; tandis que la désignation des six juristes, appartient aux parlementaires, qui doivent les élire sur une liste présentée par le Chef du pouvoir judiciaire, qui est lui-même nommé par le Guide suprême. Il faut souligner que dans la pratique, les députés se limitent aux choix proposés par le chef du pouvoir judiciaire, d'autant que l'abstention du Parlement est interdite. En revanche, cette présentation est une obligation constitutionnelle du chef du pouvoir judiciaire et il ne peut pas la refuser. En réalité, le chef du pouvoir judiciaire a donc le pouvoir absolu pour présenter des juristes et par sa marge de manœuvre, le rôle du Parlement dans la composition du Conseil des gardiens n'est qu'une formalité.

En d'autres termes, la composition du Conseil des gardiens est déterminée par le Guide suprême et le chef du pouvoir judiciaire. En raison de la nomination du chef du pouvoir judiciaire par le Guide suprême, les juristes présentés par lui ne peuvent pas être indépendants du Guide suprême. Par ce système de désignation c'est toujours la tendance du Chef du pouvoir judiciaire (et par conséquent la tendance du Guide suprême qui le désigne) qui sera fortement représentée au sein du Conseil. On peut donc affirmer que le Conseil des gardiens ne possède aucune autonomie, or il dispose de nombreuses prérogatives. « *Il n'est pas exagéré d'affirmer que le Conseil gardien soit la plus importante institution après le Guide suprême, dans le système constitutionnel iranien* »[659].

[659] Mohammad Réza VIJEH, *Le rôle des juridictions constitutionnelles dans la construction d'un Etat de droit (étude de droit constitutionnel franco-iranien)*, *op. cit.* p.44

Le Conseil est chargé de contrôler et d'accepter les candidatures à la Présidence de la République, à l'Assemblée des experts, à l'Assemblée consultative islamique. L'acceptation de la candidature est fondée sur la fidélité au régime et au Guide suprême. Le Conseil représente donc un instrument de contrôle du Guide suprême sur les pouvoirs législatif et exécutif. Par ce pouvoir discrétionnaire, « *le Conseil ferme le cercle de la rotation du pouvoir, la limite à certaines personnes, et barre donc la voie au changement* »[660]. Le Conseil des gardiens devient ainsi un instrument au profit du Guide, un instrument que le Guide suprême peut utiliser pour mettre en œuvre sa politique.

Le mandat des membres du Conseil des gardiens est de six ans. Mais le problème de l'indépendance des membres du Conseil est le renouvellement. La Constitution est étrangement silencieuse. Ce silence de la Constitution peut être interprété comme une porte ouverte au renouvellement, et certains membres, après cette période de six ans, sont à nouveau nommés ou élus.

Comme l'explique Mohammad Réza Vijeh qui a examiné le fonctionnement interne du Conseil, le contrôle du Conseil des gardiens se fait en deux temps. Dans un premier temps les six jurisconsultes religieux se prononcent sur la contrariété ou non-contrariété des lois avec les normes islamiques. Dans un second temps, les six juristes se joignent à eux afin d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois. Le contrôle est a priori, abstrait et obligatoire puisqu'il s'applique à toutes les lois votées par le Parlement.

Le contrôle d'islamité qui est effectué par les six jurisconsultes trouve sa source dans l'article 4 de la Constitution aux termes duquel « *Toutes les lois et tous les règlements de droit civil ou pénal et dans les domaines financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques ou autres, devront se fonder sur des critères islamiques. Le présent article gouverne de façon absolue et générale la totalité des articles de la Constitution, des lois et tous les autres articles. L'appréciation de cette matière est du ressort des jurisconsultes religieux membres du Conseil des gardiens ».* Il s'agit donc bien de vérifier la conformité des lois et des règlements aux

[660] *ibid*

préceptes de l'islam. Comme le souligne Nasser-Ali Mansourian, « *la constitutionnalisation des préceptes islamiques est réalisées dans l'institution du Conseil de Surveillance qui assure la permanence du respect et de l'application des commandements de l'Islam à travers toutes les institutions étatiques* »[661]. En effet la conformité à l'islam ne se réduit pas au contrôle d'islamité. Le législateur iranien est également soumis à un effort idéologique et intellectuel pour constitutionnaliser les préceptes islamiques. L'islam est la source de législation, c'est-à-dire que le législateur iranien doit légaliser les concepts chiites, c'est-à-dire les rendre applicables en droit positif.

La prépondérance des opinions des six jurisconsultes islamiques est perceptible dans la création de la loi, rendant d'autant plus inefficace le contrôle de constitutionnalité de la loi. En vertu de l'article 4 de la Constitution, toutes les lois doivent se fonder sur des critères islamiques. De plus, en vertu de l'article 67 de la Constitution, les députés prêtent serment de s' « *engager à protéger la sainteté de l'islam, à être le gardien des acquis de la révolution islamique* … ». On peut noter à ce propos que l'Assemblée consultative islamique est largement composée de juristes musulmans (*fuqâhâ)*. C'est pourquoi, comme le relève Nasser-Ali Mansourian, « *aussi bien au sein des commissions spécialisées du Parlement qu'au cours des débats parlementaires, tous les aspects islamiques des projets et des propositions de lois sont examinés au préalable d'une manière attentive »*[662]. Ainsi, la conformité des lois aux critères islamiques est examinée à plusieurs reprises avant l'adoption de la loi. Cela rend d'autant plus inutile le contrôle de constitutionnalité de la loi que les membres du Conseil des gardiens sont autorisés à assister aux débats parlementaires et au vote définitif en vertu de l'article 97. Bien qu'il s'agisse d'une procédure accélérée, les membres du Conseil ont pris l'habitude d'assister systématiquement aux débats. Leur présence lors du vote définitif les dispense du réexamen des projets ou des propositions de loi ; les lois votées en leur présence deviennent ainsi définitives. Les lois ainsi adoptées portent alors la mention « *En présence du Conseil des gardiens »* ou « *en présence du Conseils des Gardiens et avec son approbation* ». Ainsi, à toutes les étapes de la procédure législative, on est en présence d'une suprématie des règles islamiques sur toute autre disposition. Autrement dit, l'islam est également à la base

[661] Nasser-Ali MANSOURIAN, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en Iran*, Thèse de droit public, Université de Rouen, 1996, p.206
[662] Nasser-Ali MANSOURIAN, *op. cit.,* p. 237

du contrôle de la constitutionnalité. Par conséquent la différence entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle d'islamité n'est pas une différence de nature, mais de procédure. Cela impacte d'autant plus la garantie de la liberté de religion par la jurisprudence constitutionnelle, puisque les deux types de contrôles seront basés sur la conformité aux préceptes de l'islam.

Si le parlement n'accepte pas la décision du Conseil des gardiens et maintient la loi, une autre étape du contrôle existe, la saisine de l'Assemblée de discernement de l'intérêt du régime. Elle est chargée de régler les conflits entre le Conseil des gardiens et l'Assemblée consultative islamique.

Tout comme le constituant tunisien, le constituant iranien distingue deux critères, le contrôle de la compatibilité et le contrôle de la conformité. Par le contrôle constitutionnel iranien, les normes juridiques déclarées non-conformes aux normes constitutionnelles peuvent entrer dans l'ordre juridique. En d'autres termes, les contrôles exercés par le juge constitutionnel iranien sont restreints et il ne censure que l'incompatibilité manifeste et n'accepte pas de censurer les dispositions législatives qui méconnaissent les objectifs constitutionnels. Il semble que, à l'égard des contrôles exercés par le Conseil des gardiens, il faille distinguer les obligations du législateur : dans le domaine du contrôle de l'islamité, la compatibilité des normes contrôlées avec les normes islamiques est suffisante, mais dans le domaine du contrôle de constitutionnalité, les lois doivent être obligatoirement conformes à la Constitution. Quant au contrôle d'islamité, il permet au Conseil des gardiens d'apprécier la compatibilité des décisions de l'Assemblée consultative avec les normes islamiques pour sauvegarder les fondements islamiques de la Constitution. Ce contrôle de vérification de la conformité de toutes les composantes du système juridique aux valeurs majeures apparaît nécessaire, puisque toutes les activités juridiques sont liées à la religion. Toute disposition est donc valable tant qu'elle n'est pas incompatible avec les normes islamiques.

En plus de sa compétence comme juge de la conformité et de la comptabilité des lois à l'islam, le Conseil des gardiens est compétent pour interpréter les articles de la Constitution iranienne. L'article 98 de la Constitution précise que « *l'interprétation de la Constitution est du ressort du Conseil des Gardiens. Elle s'exprime par un vote des trois quarts des membres du Conseil.* » En usant de cette prérogative, le Conseil s'est montré « *comme créateur de nouvelles normes constitutionnelles* »[663].

Le Conseil des gardiens a diverses compétences : contrôle de constitutionnalité et de l'islamité des lois et règlements ; juge électoral ; interprète de la Constitution. Mais l'autorité des décisions du Conseil des gardiens ne fait pas l'objet d'une mention spécifique dans la Constitution. La Constitution ne fait aucune mention de la force qui s'attache aux décisions du Conseil. Il semble même que ses décisions ne disposent pas de la chose jugée puisque si l'Assemblée consultative islamique n'accepte pas la décision du Conseil des gardiens, l'Assemblée de discernement de l'intérêt du régime se réunit. L'article 12 de la Constitution dispose ainsi que « *l'Assemblée de discernement de l'intérêt du régime se réunit sur instruction du Guide suprême en vue de juger ce qui est opportun dans les cas où le Conseil des gardiens considère une loi votée par l'Assemblée consultative islamique incompatible avec les critères de la loi religieuse et/ou à la Constitution et que, tout en prenant en considération l'intérêt du régime, l'Assemblée ne donne pas satisfaction aux observations du Conseil des gardiens* ».

La critique courante contre la justice constitutionnelle est celle de mettre en place un gouvernement des juges. En Iran, cette menace est justifiée par l'extension des normes constitutionnelles non-« écrites » qui est un « *autre signe remarquable de l'existence du gouvernement des juges* »[664] selon l'expression de Michel Troper. Cela est d'autant plus risqué que l'indépendance du Conseil des gardiens vis-à-vis des pouvoirs publics est relative, puisqu'il est bien sous l'autorité du Guide suprême. Toutefois, le Conseil des Gardiens n'a

663 Ali-Akbar GORJI, *Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien*, http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/GORJI.pdf

664 Michel TROPER, « Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in e nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* , Paris, Economica, 2001, p.55

pas le dernier mot en matière législative, puisque l'Assemblée du discernement de l'intérêt du régime tranche en cas de conflit entre le Conseil et l'Assemblée consultative islamique.

Concernant la méthode d'interprétation par le Conseil des gardiens, le contrôle est limité au texte même de la Constitution : le Conseil des gardiens recherche les normes de références dans les 175 articles de la Constitution et n'ajoute aucun texte constitutionnel en tant que source de normes de référence[665]. Mais sa jurisprudence est notablement influencée par les idées politiques. Le Conseil des gardiens utilise également ses propres décisions comme des normes de référence : les décisions interprétatives du Conseil des gardiens sont publiées dans le Journal officiel et elles deviennent alors les normes de référence du Conseil.[666] Les traités internationaux possèdent une valeur juridique identique à celle de la loi et sont donc placés sur le même plan. Les traités ne sont pas supérieurs aux lois, et le Conseil des gardiens n'applique pas le contrôle de conventionalité.

L'institutionnalisation d'une juridiction constitutionnelle conditionne le respect des droits et libertés fondamentaux. Or, la Constitution iranienne est fondée sur les considérations religieuses et comme l'affirme l'article 4 de la Constitution, aucune branche du droit ne peut être en contradiction avec les préceptes religieux. La jurisprudence du Conseil des gardiens, en matière de droits et libertés, est inévitablement liée à la tradition chiite qui a dominé l'esprit du constituant iranien. De nombreux droits sont proclamés par la Constitution iranienne, mais chaque disposition est limitée par les préceptes religieux. Toutes les dispositions qui consacrent les droits et libertés fondamentaux sont accompagnées de la mention « *sous la condition qu'il n'en résulte aucune atteinte aux fondements de l'islam* ».

665 Analyse jurisprudentielle effectuée par Mohammad Réza VIJEH, *op. cit.* P.136

666 F. MOHSEN et M . NADJAFI ASFAD, « Les sources du droit constitutionnel de la République Islamique d'Iran », *R.O.J.* , n°17-18, 2000, p.115

Concernant la liberté de religion, objet de notre étude, il est intéressant de noter que la Constitution iranienne ne fait aucune mention d'une quelconque liberté de religion. L'article 12 dispose que « *la religion officielle de l'Iran est l'Islam selon l'école juridique jaffarite duodécimain. Ce principe ne sera jamais susceptible de modification.* » Si la Constitution ne reconnaît pas la liberté de religion en tant que telle, elle reconnaît néanmoins l'existence de minorités religieuses. L'article 12 continue comme suit « *les autres appartenances islamiques, aussi bien les hanafites, les chaféites, les malékites, les hanbalites et les zaïdites, bénéficient d'un respect intégral et les adeptes de ces écoles sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses selon leur jurisprudence religieuse propre.(…)* ». Quant aux minorités religieuses non-musulmanes, elles sont reconnues à l'article 13, « *les Iraniens zoroastriens, juifs et chrétiens sont les seules minorités religieuses reconnues, qui, dans les limites fixées par la loi, sont libres de célébrer leurs cérémonies religieuses et qui, pour leur statut personnel et l'instruction religieuse, peuvent agir selon leurs règles propres.* » Cette disposition limite la liberté religieuse aux trois communautés religieuses reconnues dans la Constitution. Ainsi, la communauté bahá'íe, religion post-islamique, pourtant fondée en 1844 et qui comprend plus de 300 000 fidèles, n'a aucune reconnaissance constitutionnelle. L'absence de reconnaissance constitutionnelle des bahá'ís en Iran entraîne de nombreuses contraintes.

Dans la mesure où l'article 4 impose que le contrôle de constitutionnalité de toutes les législations et de tous les règlements doit se fonder sur l'islam, toutes les dispositions qui régissent la vie d'un individu en République islamique d'Iran sont régies par l'islam. Les préceptes islamiques ont une valeur supra-constitutionnelle. Ainsi, les minorités non-reconnues par la Constitution, tels les bahá'ís, sont dépourvus de toute existence juridique. Toutes les lois relatives à l'établissement de l'état civil (filiation, mariage etc…) imposent d'appartenir à une des quatre communautés religieuses reconnues, musulmane, zoroastrienne, juive ou chrétienne. A défaut, aucun acte ne peut être établi. De même, la législation relative au travail, à l'éducation, aux statuts personnels, pose la même condition. Depuis la fin des années 1990, et sous la pression internationale, le législateur iranien autorise les bahá'ís à ne pas préciser leur religion sur les documents officiels. Cela ne règle pas le problème de la discrimination, mais cela leur permet au moins d'avoir une existence juridique, tant que le Conseil des gardiens n'est pas saisi de la question.

Le Conseil des gardiens est une juridiction atypique parmi les juridictions constitutionnelles des Etats de droit musulman par le double contrôle qu'il effectue : un contrôle de constitutionnalité de la loi et un contrôle d'islamité de la loi. Mais alors que sa place centrale dans l'ordonnancement juridique lui permettrait d'être un défenseur de l'Etat de droit et des droits et libertés fondamentaux, le Conseil des gardiens « *affaiblit l'Etat de droit* »[667] pour reprendre l'expression de Mohammad Réza Vijeh. En consacrant la valeur supra-constitutionnelle des préceptes religieux, le Conseil des gardiens ne permet pas une évolution de la liberté de religion.

Dans un sens totalement inverse, une autre juridiction se singularise au sein des Etats de droit musulman, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne. A la différence du Conseil des gardiens qui utilise son pouvoir d'interprétation pour conforter la doctrine religieuse officielle, la Haute Cour constitutionnelle d'Egypte s'est distinguée par une action particulièrement active dans la défense des libertés publiques et de l'Etat de droit.

[667]Mohammad Reza VIJEH*, Contribution sur le Conseil gardien de la Constitution iranien et l'Etat de droit*, Vie Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, juin 2005, http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/VIJEH.pdf

Paragraphe 3 :

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne

Le contrôle constitutionnel est inscrit dans la constitution égyptienne de 1971. Dès sa création la Haute Cour constitutionnelle a eu pour mission de protéger les dispositions constitutionnelles contre les atteintes qui pourraient leur être portées par les pouvoirs législatif et exécutif. Comme tout juge constitutionnel, la Haute Cour a donc été amenée à veiller au bon fonctionnement des pouvoirs publics et à protéger les droits fondamentaux garantis par ce même texte contre les abus du pouvoir. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne a affirmé à plusieurs reprises le lien intangible entre la démocratie et la protection des droits fondamentaux, affirmant que la protection des droits fondamentaux est l'objectif de tout régime démocratique et précisant que la Constitution égyptienne entend clairement donner une dimension démocratique au régime institué. La Haute Cour a ainsi affirmé que « *la Constitution a veillé à imposer aux pouvoirs législatif et exécutif les restrictions qu'elle a jugées nécessaires pour la sauvegarde des différents droits et libertés publiques, afin qu'aucun de ces pouvoirs ne puisse empiéter sur le domaine protégé par le droit ou la liberté, ou s'y introduire d'une manière qui empêche leur exercice effectif* »[668].

L'approche adoptée par la Haute Cour constitutionnelle pour donner une valeur effective aux droits fondamentaux est unique au sein des juridictions constitutionnelles des Etats de droit musulman.[669] L'article 2 de la Constitution égyptienne dispose que « *l'islam est la religion d'Etat, l'arabe sa langue officielle et les principes de la sharia islamique la source*

[668] HCC, 6 févier 1993, n°37/11, *Rec.*, vol. n°5, part.1, pp.222-223, cité dans Nathalie BERNARD-MAUGIRON , « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques», *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53

[669] Voir Megan L. MCMILLAN, « Egypt's interpretative incorporation o Human Rights: The Supreme Constitutional Courts use of International Sources and Prospects for Its Article 2 Analysis. », *Transational Law and Contemporary Problems*, Spring 2007, pp. 1090 - 1125

principale de la législation »[670]. Toutefois, la Haute Cour, au travers d'une jurisprudence très audacieuse, va limiter la portée de certaines dispositions de la charia qui auraient pu venir contredire certaines libertés fondamentales. Cette approche l'a donc conduite à promouvoir une vision progressiste et innovante de la Constitution et de la loi islamique. Estimant qu'elle doit évoluer et s'adapter aux transformations de la société, la Haute Cour constitutionnelle a affirmé à plusieurs reprises que la Constitution n'est pas un texte figé dans le temps mais un texte vivant qu'il faut interpréter en fonction de ses objectifs, du contexte social et de l'évolution des idées, des mœurs et des mentalités.

Dans un arrêt de 1992, le juge constitutionnel égyptien affirmait que « *les textes constitutionnels ne doivent pas être examinés à la lumière d'une époque révolue, mais il faut que leur teneur évolue afin de s'adapter aux réalités actuelles*. »[671] Le juge constitutionnel a également affirmé qu' « *il ne faut pas interpréter les textes constitutionnels en les éloignant du but ultime recherché à travers eux, ni les considérer comme des textes creux ou comme des valeurs idéales détachées de l'environnement social. Il faut toujours, au contraire, que les objectifs de ces textes soient interprétés à la lumière de la Constitution, textes progressistes dont les concepts ne font point référence à une époque révolue, mais représentent, au contraire, les règles voulues et formulées par la volonté populaire afin d'amener un changement menant à une évolution vers de plus larges horizons*. »[672] La Haute Cour constitutionnelle a donc une interprétation très progressiste de la Constitution. Cette interprétation novatrice de la Constitution l'a conduite à une jurisprudence atypique au sein des Cours constitutionnelles des Etats de droit musulman. Selon son interprétation de l'article 2 de la Constitution égyptienne, il est possible de distinguer entre les principes absolus de la charia, qui sont figés dans le temps et ne peuvent lieu pas donner à interprétation (*ijtihad*) et les règles relatives dans leur origine ou dans leur signification, qui peuvent évoluer et doivent être interprétées en fonction des transformations de la société.

---

[670] Cette disposition a été modifiée en 1980. Dans la première version de la Constitution de 1971, l'article 2 dispose que « …*la sharia est une source de législation*… » ; par un amendement constitutionnel de 1980, la charia est devenue « *la principale source »* de législation.

[671] HCC., 18 mars 1995, n°23/16e, *Rec.*, vol. 6, p.588, dans Nathalie BERNARD-MAUGIRON , « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques», *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53

[672] HCC, 4 janvier 1992, n°22/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp.112-113, à propos de la rétroactivité des sanctions disciplinaires, dans Nathalie BERNARD-MAUGIRON , « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques», *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53

C'est à l'occasion de sa saisine en 1993, que la Cour établit une distinction entre les principes islamiques absolus et les règles relatives. « *Ceci a pour conséquences l'interdiction pour un texte législatif de contredire les règles de la sharia dont l'origine et la signification sont absolues (al-ahkâm al-shar'iyya al-qat'iyya fî thubûtihâ wa dalâlatihâ), ces règles étant les seules pour lesquelles le raisonnement interprétatif (ijtihâd) n'est pas autorisé. Incarnant les principes fondamentaux (kulliyya) et les fondements fixes de la sharia islamique, elles sont immuables et n'admettent aucune interprétation (ta'wîl). Il est donc inconcevable que leur sens se modifie en fonction du temps et du lieu, dès lors qu'elles défient tout amendement et qu'il n'est pas permis de leur porter atteinte. Quant à la compétence de la Haute Cour constitutionnelle à leur sujet, elle se limite à contrôler qu'elles sont bien respectées et qu'elles l'emportent sur toute disposition juridique qui les contredirait. Cela signifie que l'article 2 de la Constitution fait prévaloir sur ces règles les dispositions de la sharia dans leurs fondements et leurs principes supérieurs.* »

A ces principes absolus, la Haute Cour va opposer des règles de nature relative : « *A l'opposé, l'on trouve les règles relatives (ahkâm zanniyya), dans leur origine, dans leur signification ou dans les deux. Le champ d'application de l'effort d'interprétatif (ijtihâd) se limite à elles et à elles seules. Elles changent en fonction du temps et du lieu, afin de garantir leur souplesse et leur vitalité et de faire face aux évènements quels qu'ils soient, en organisant les affaires des hommes ('ibâd) de manière à satisfaire leurs intérêts considérés comme légitimes, pour autant toutefois que cet effort interprétatif se produise dans le cadre des principes fondamentaux de la sharia islamique, sans les outrepasser.* »[673] Les règles absolues échappent à tout contrôle alors que les règles relatives sont soumises à l'autorité de la Haute Cour constitutionnelle. La Haute réaffirme en 1996 que « *aucun texte législatif ne peut contredire les règles de la shari'a dans la filiation et la signification sont absolues (al-ahkâm al-shar'iyya al-qat'iyya fî thubûtihâ wa dalâlatihâ) dans la mesure où ce sont les seules règles à l'égard desquelles l'ijtihad est interdit.* (…). *Il n'en va pas de même des règles découlant du raisonnement individuel (ahkâm zanniyya) dont soit la filiation soit la signification soit les deux ne sont pas absolues.*»[674].

[673] HCC, 15 mai 1993, n°7/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p.316, cité dans Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Baudoin DUPRET, « « Les principes de la sharia sont la source principale de la législation » », *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.107-126 ; Voir Clark B. Lombardi and Nathan J. BROWN, "Do Constitutions requiring adherence to Shari'a Threaten Human Rights ? How Egypt's Constitutionql Court Reconciles Islamic Law With The Liberal Rule of Law", *American University International Law Review*, 2006, pp. 381-414

[674] HCC, 18 mai 1996, voir Kilian BÄLIZ, « La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le « bataille du voile » dans les écoles publiques », *Droit et Société*, n°3o, 1998, pp. 227-291

Dans une décision du 26 mars 1994, la Haute Cour va préciser les conditions d'exercice de l'*ijtihâd*, l'effort d'interprétation des sources divines, qui permettra d'adapter les règles relatives aux changements socio-temporels. « *L'ijtihâd n'est rien d'autre qu'un effort intellectuel visant à déduire les règles pratiques de la sharia à partir de ses signes circonstanciés (adilli tafsîliyya). Il n'est donc pas possible qu'il se contente d'imiter les prédécesseurs (al-awwalîn), qu'il calomnie Dieu par le mensonge en posant des autorisations ou des interdictions sans fondement ou se détourne de la Révélation pour ce qui concerne les affaires des gens et ce qu'il y a d'honorable dans leurs coutumes. Il s'agit d'utiliser le jugement de la raison (hukm al'aql) lorsqu'il n'existe pas de texte, afin de parvenir à l'établissement des règles pratiques imposées par l'équité et la clémence de Dieu à Ses serviteurs. Cela est dû au fait que ces règles sont contenues dans la sharia islamique, dès lors que celle-ci n'est pas repliée sur elle-même et n'attribue pas de sacralité (qudsiyya) aux propos d'un jurisconsulte quelconque dans l'une ou l'autre des matières la concernant et n'interdit pas qu'on l'interprète, qu'on évalue ou qu'on lui substitue une autre règle. Les opinions interprétatives n'ont pas en elles-mêmes de force obligatoire s'étendant à d'autres que ceux qui les soutiennent. Il n'est donc pas permis de les considérer comme des règles fixes, immuables et incontestables, sinon ce serait nier la réflexion (ta'ammul) et la clairvoyance (tabassur) dans la religion du Dieu Très-Haut et ne pas admettre une vérité qui est que l'erreur est potentielle dans tout ijtihâd .* »[675]

Ainsi, pour la Haute Cour, le fait que les règles de la charia existent depuis longtemps ne justifie pas qu'elles ne puissent pas être interprétées si l'intérêt de la société l'exige. Seules les règles absolues constituent un obstacle à l'interprétation. Les règles relatives doivent évoluer afin de « *refléter la souplesse intrinsèque de la Loi islamique* »[676] tandis que les règles absolues sont le reflet des objectifs divinement ordonnés[677].

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne a eu plusieurs fois l'occasion de réaffirmer sa jurisprudence distinguant les règles absolues des règles relatives. Mais à chaque fois, le principe de la charia qui a été mis en cause a été identifié par la Cour comme un principe relatif. Ce qui autorise la Cour à interpréter le principe. Nathalie Bernard-Maugiron et Baudoin Dupret remarquent que s' « *Il est vrai qu'à l'occasion de*

[675] Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Baudoin DUPRET, « « Les principes de la sharia sont la source principale de la législation » », *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.107-126
[676] Ibid
[677] Voir Megan L. MCMILLAN, « Egypt's interpretative incorporation o Human Rights: The Supreme Constitutional Courts use of International Sources and Prospects for Its Article 2 Analysis. », *Transational Law and Contemporary Problems*, Spring 2007, pp. 1090 - 1125

nombreux arrêts, la Haute Cour a reconnu l'existence de principes absolus, mais c'était toujours à travers des obtiter dicta, remarques incidentes qui n'avaient pas d'influence sur la solution de la question de constitutionnalité. »[678]

L'article 46 de la Constitution égyptienne dispose que « l'Etat garantit la liberté de croyance et la liberté de pratique religieuse. » La Haute Cour constitutionnelle n'a été saisie qu'une seule fois sur la base de l'article 46 où le requérant estimait qu'interdire aux élèves du secondaire de porter le *niqâb* (voile complet) était contraire à la liberté religieuse.

La Cour a réfuté cet argument, en exposant tout d'abord sa conception de la liberté de religion : « *Cette liberté signifie principalement que nul ne peut être forcé d'approuver une religion en laquelle il ne croit pas ou de renoncer à une religion à laquelle il a adhéré ou à la faire connaître, ou de favoriser une religion déterminée au détriment des autres, que ce soit en les niant, en les dénigrant ou en les traitant avec mépris. Toutes les religions doivent se tolérer et se respecter mutuellement. »*[679] La liberté de religion, ajoute la Cour, « *est également inséparable de la liberté de pratiquer les rites de la religion, comme le précise également l'article 46. Ces rites religieux vont permettre d'exprimer une foi cachée et de lui donner une existence vivante. Si la liberté de croyance est absolue, la liberté de pratique religieuse peut, elle, faire l'objet de limitations dans le cadre de son organisation, afin de ne pas porter atteinte à des intérêts supérieures, comme l'ordre public, les valeurs morales et la protection des droits et libertés des tiers*.[680]

[678] Nathalie BERNARD-MAUGIRON et Baudoin DUPRET, « « Les principes de la sharia sont la source principale de la législation » », *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.107-126

[679] HCC, 18 mai 1996, n°8/17e, *Rec.*, vol. 7, p. 677, dans Nathalie BERNARD-MAUGIRON , « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques», *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53

[680] Nathalie BERNARD-MAUGIRON , « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques», *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53

Par son interprétation très libérale de l'article 2 de la Constitution, la Haute Cour constitutionnelle se démarque de ses consœurs. Elle s'en démarque d'autant plus qu'elle est la seule à avoir été saisie d'une question relative à la liberté de religion. Il n'est pas possible de déterminer la position jurisprudentielle de la Haute Cour en matière de liberté de religion à partir d'une seule décision.

Mais cette première décision, associée aux décisions relatives à l'article 2, a plusieurs intérêts pour la garantie de la liberté de religion. Tout d'abord la Haute Cour constitutionnelle reconnait l'existence d'une règle absolue de l'islam quant à la liberté de religion. Deuxièmement, la Haute Cour va à l'encontre de la pratique constitutionnelle des Etats de droit musulman qui pose une hiérarchie au sein des dispositions constitutionnelles. Selon la jurisprudence générale de la Haute cour concernant l'article 2, « *est une norme à l'intérieure – et non au-dessus- de la Constitution* »[681]. La Haute Cour contredit la théorie selon laquelle les normes religieuses formeraient une source informelle du droit, placée au-dessus de la Constitution. Enfin le dernier intérêt de cette jurisprudence est d'élargir l'autorité du législateur. Bien que le législateur soit tenu d'appliquer les règles dites absolues, puisque ces dernières s'imposent à tous, il reste libre dans leur mise en pratique. Le droit positif n'est plus utilisé pour justifier et légitimer l'application d'une règle divine, c'est la règle religieuse qui légitime les règles séculières, ces derniers restants autonomes. « *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) »*[682].

[681] B. JOHASSEN, « Supra-Legislative Norms And Constitutionnal Courts : The Case of France and Egypte », *Proceedings of the International Conference on the Role of the Judiciary in the Protection of Human Rigts*, December 1er-3er 1996, p.199

[682] Jean-Noël FERRIE, « Remarques sur l'islamisation des espaces modernes au Caire », *Monde arabe/ Maghreb-Machrek*, n°151, 1996, p.6 -12

CONCLUSION

Les processus de constitutionnalisation et de sécularisation ont bien été amorcés dans les Etats de droit musulman, mais ils sont confrontés à divers obstacles qui ralentissent leur mise en œuvre. Le principal obstacle est la « visibilité » de l'islam qui se manifeste au travers des mentions de l'islam en tant que religion d'Etat et/ou source de législation, et au travers de l'utilisation de l'islam dans les discours officiels. L'islam est instrumentalisé pour servir des intérêts politiques en posant une condition de religiosité dans la gestion des affaires de la Cité et en entrainant une islamisation du droit. Le droit musulman est inséré dans de nombreuses dispositions. S'il dispose d'une place privilégiée en matière de statuts personnels, il est tout de même présent en droit pénal, en droit des contrats, en droit commercial.

Le constitutionnalisme et la sécularisation tardent à produire les effets escomptés pour la garantie de la liberté de religion, mais l'organisation de la justice constitutionnelle à partir des années 1990 a semblé annoncer un changement. En confiant à une juridiction constitutionnelle le soin de vérifier la conformité des lois à la Constitution, le constituant contraint le législateur à respecter les droits et libertés fondamentaux. Pourtant, vingt ans après l'instauration des premières juridictions constitutionnelles, la liberté de religion est toujours privée d'effectivité dans les Etats de droit musulman. Cela s'explique d'une part par le manque d'autonomie et d'indépendance des juridictions ; d'autre part par la prééminence qui est accordée aux dispositions religieuses dans les Constitutions par l'instauration d'un contrôle d'islamité ; enfin, cela peut aussi être justifié par le manque d'opportunité pour les juridictions indépendantes, de se prononcer sur la liberté de religion. La plus indépendante d'entre elles, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne par exemple, n'a eu qu'une seule fois l'occasion de se prononcer sur une législation qui semblait porter atteinte à la liberté de religion.

Cet état de fait semble perdurer malgré les dernières révoltes qui ont touché les Etats de droit musulman. Aucun projet constitutionnel ne semble modifier les règles relatives à la justice constitutionnelle. Au contraire, les débats tournent autour d'une réislamisation de la Constitution en renforçant les dispositions posant l'islam comme source de législation.

CONCLUSION GENERALE

La liberté de religion, et son corollaire le principe de non-discrimination religieuse, ont acquis une valeur constitutionnelle dans la majorité des Etats de droit musulman. Les constituants ont inscrit soit le principe de la liberté de religion, soit le principe d'égalité basée entre autre sur la religion, soit les deux, dans la norme suprême. A l'exception de l'Arabie Saoudite, du Maroc, de la Libye et de la Mauritanie, la liberté de religion est affirmée dans les Etats de droit musulman. Toutefois, le privilège constitutionnel accordé à l'islam consacré soit comme source de législation, soit comme religion d'Etat, annihile les conséquences de la consécration constitutionnelle de la liberté de religion. Les légitimités charismatique et traditionnelle, fondées sur l'islam, dont se sont prévalues les hommes d'Etats ont empêché les processus de constitutionnalisation et de sécularisation d'aboutir. Ces mouvements ont débuté à la fin du XIXème siècle et au début XXème siècle, en Tunisie, en Egypte et en Iran, et se sont répandus à partir des années 1990 dans l'ensemble des Etats de droit musulman. Pourtant ces régimes n'ont pas su organiser un Etat de droit défenseur et protecteur des libertés fondamentales. *

L'avènement du « printemps arabe » a permis de mettre fin à certain de ces régimes autoritaires. Certains chefs d'Etats ont perdu leur légitimité charismatique, Ben Ali a dû fuir, Moubarak est poursuivi devant les tribunaux, Ali Saleh s'est vu interdire une réélection, quant à Kadhafi, sa fin a été plus tragique ; d'autres ont rapidement cédé à la pression populaire pour éviter de perdre leur pouvoir et ont concédé au peuple une révision constitutionnelle. Le Roi du Maroc a ouvert le bal des révisions constitutionnelles. La nouvelle Constitution amendée doit permettre de renforcer le pluralisme, les droits et libertés fondamentaux, l'indépendance de la justice et le renforcement du rôle des partis politiques. Le président algérien avait promis une révision constitutionnelle en 2008 mais les évènements qui ont bouleversé les Etats de droit musulman ont bousculé le calendrier et accélérer l'installation de la commission chargée

de la révision. Le peuple s'étant battu pour sa liberté, tous ces changements étaient de bon augure pour les droits et libertés fondamentaux, et notamment la liberté de religion. Pourtant, les premières élections qui ont succédées aux révoltes ont anéanti cet espoir.

Le Coran proclame la liberté de religion et le principe de tolérance à l'égard des non-musulmans. « *Dans les rapports avec les non-musulmans, il est cependant conseillé aux croyants de ne pas être intolérants, de ne pas insulter ou critiquer leurs chefs religieux ou leurs saints, de ne rien dire d'offensant pour leur religion, mais de vivre en paix et en bonne amitié. Si les non-musulmans conservent une attitude paisible et conciliante envers les musulmans, ne violent pas leurs frontières ou leurs droits, les musulmans doivent de leur côté garder des relations amicales avec eux et les traiter avec équité.* »[683] Toutefois, l'application de ces principes est exclusivement réservée aux religions consacrées par le Coran, à savoir les religions antérieures à l'islam. Les non-croyants et les adeptes des religions postérieures à l'islam ne bénéficient pas de protection particulière, bien au contraire elles sont soumises à des pratiques liberticides. Le discours ambivalent de l'islam est concrétisé par le contrat juridique de *dhimma* qui est signé entre les autorités musulmanes et les non-musulmans. Le *dhimmi* bénéficie d'une protection des autorités musulmanes tant qu'il se soumet aux strictes règles qui lui sont imposées en matière d'habillement, de transport, de construction d'édifice religieux ou en de pratique de sa religion. Ce statut ne peut bénéficier qu'aux seuls croyants dont la religion a été évoquée dans le Coran ou par le Prophète lors de diverses rencontres. Les fidèles des autres religions ou les polythéistes n'ont aucune reconnaissance juridique et, par conséquent, aucune protection. Ils doivent se convertir à l'islam ou mourir.

Cette dichotomie est présente aujourd'hui dans la législation des Etats de droit musulman. D'une part, la Constitution consacre la liberté de religion et/ ou l'égalité des citoyens sans distinction fondée sur la religion. D'autre part, la législation est organisée sur le système de la personnalité des lois, effectuant de la sorte une distinction entre musulmans et non-musulmans. Cette distinction crée une discrimination à l'égard des

[683] Robert SANTUCCI, « Le regard de l'Islam », Emmanuel HIRSH, *islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des libertés, 1984, pp.165-

non-musulmans et prive ainsi la liberté de religion de toute effectivité. L'attitude contradictoire des Etats de droit musulman est également visible quant à la position qu'ils adoptent à l'égard de la liberté de religion dans les différents instruments internationaux et régionaux. Les Etats de droit musulman ont adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme et sont signataires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui proclament tous deux la liberté de religion. Mais les conventions régionales, élaborées à l'initiative des Etats de droit musulman sont beaucoup plus restrictives concernant la liberté de religion.

Les principales limites à la liberté de religion dans la législation contemporaine des Etats de droit musulman sont de plusieurs ordres. D'une part les règles relatives aux infractions de blasphème, d'hérésie et d'apostasie limitent la liberté de pratique de la religion. Les croyants musulmans sont obligés de respecter l'orthodoxie majoritaire imposée par l'Etat. Lorsqu'ils sont d'une mouvance musulmane minoritaire ou lorsqu'ils désirent quitter la religion musulmane, ils doivent faire attention à ne pas en faire la publicité, au risque d'être sanctionnés pour prosélytisme, et donc de tomber sous le coup d'une des infractions sus-mentionnées. Quant aux croyants d'une religion non-musulmane officiellement reconnue, leur liberté de religion est limitée par le principe de personnalité de la loi. Ainsi les non-musulmans sont régis par leurs lois en matière de statut personnel. Or cela crée une discrimination en faveur des musulmans lorsqu'une situation oppose un musulman à un non-musulman car les tribunaux appliquent le principe de primauté de l'islam. Cette discrimination se révèle également pour l'accès aux postes à responsabilité dans l'administration. De plus, les croyants des religions officiellement reconnues sont parfois également privés du droit de pratiquer librement leur religion dans la mesure où la construction de lieux de culte peut être limitée, l'organisation de manifestation publique peut être prohibée, la diffusion de documents religieux peut être encadrée ; bref, tout ce qui doit permettre une pratique libre de la religion est limité. Enfin, les croyants d'une religion non reconnue par l'Etat ou les non-

croyants ont « *un sort peu enviable. Ils ont des droits réduits et qui ne leur sont reconnus que dans des circonstances particulières* »[684].

En résumé, la liberté de religion et l'égalité de tous sont affirmées dans les Constitutions mais doivent être comprises dans les limites tracées par le droit musulman puisque l'islam est source de législation ou religion d'Etat dans tous les Etats de droit musulman.

Toutefois, ces limites ne doivent pas être comprises comme une volonté de discriminer les non-musulmans, mais plutôt comme une nécessité de protéger la communauté musulmane. Pour préserver la famille, le mariage d'une musulmane avec un non-musulman est prohibé ; pour protéger les biens de la communauté musulmane, les non-musulmans sont exclus de l'héritage ; le calife dirige l'Etat mais il a également une fonction religieuse puisqu'il doit diriger la prière du vendredi, c'est pourquoi cette fonction est réservée aux musulmans (aujourd'hui encore, si les postes à responsabilités de la fonction publique sont exclusivement réservés aux musulmans, cela découle du principe qu'un non-musulman ne peut pas gouverner des musulmans) ; pour encourager les croyants qui se convertissent à l'islam de le faire après mûre réflexion, l'apostasie est interdite dans l'islam. En somme, toutes les mesures qui semblent discriminatoires ont d'abord permis de protéger une communauté religieuse naissante et fragilisée par le manque de règles spécifiques relatives à la succession du Prophète Mahomet. Ces dispositions ont pour vocation de créer l'unité au sein de la communauté musulmane.

*

[684] Mohamed Charfi, p.77-78

Néanmoins, il est légitime de se demander si ces règles ont toujours une raison d'exister dans la législation contemporaine des Etats de droit musulman. Cette interrogation est d'autant plus nécessaire que depuis la moitié du XXème siècle, les Etats de droit musulman ont tous adhéré aux différents Pactes et Conventions internationaux qui proclament la liberté de religion. De plus, depuis les années 1990, tous les Etats de droit musulman ont amorcé les processus de constitutionnalisation et certains ont entamé un processus de sécularisation. Ces processus permettent, traditionnellement, l'instauration d'un Etat de droit qui consacre et respecte les droits et libertés fondamentaux. Pourtant, la consécration constitutionnelle de l'islam a limité les effets de la constitutionnalisation et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman qui se engagés dans ces processus.

Le constitutionnalisme permet la protection des droits et libertés fondamentaux par l'affirmation de la primauté de la constitution au travers de la théorie de la hiérarchie des normes. La Constitution doit énoncer d'une part les dispositions relatives à la dévolution du pouvoirs et d'autre part les droits et libertés fondamentaux dont les individus doivent jouir en toute liberté. Toutefois, c'est l'existence d'un organe constitutionnel qui confère une effectivité à la norme constitutionnelle. Le juge constitutionnel assure le respect de la séparation des pouvoirs et garantit la conformité des lois aux dispositions constitutionnelles. Le constitutionnalisme a bien trouvé écho dans les Etats de droit musulman, puisque tous les Etats de droit musulman sont aujourd'hui dotés d'une Constitution et que la majorité des Etats est dotée d'une Cour ou d'un Conseil constitutionnel.

La sécularisation instaure un double mouvement de sacralisation et d'autonomisation du droit. La sécularisation retire la gestion des affaires de l'Etat du carcan imposé par la religion et la législation est établie selon les règles de droit positif et non selon les préceptes de la religion. Les principaux domaines de législation ont été sécularisés dans les Etats de droit musulman. Ainsi, les règles relatives aux *hudud* en droit

pénal, ou l'interdiction des crédits avec intérêts en matière bancaire, sont très rares dans les législations contemporaines des Etats de droit musulman. Seule la législation en matière de statut personnel conserve une dimension purement religieuse. Les règles du droit musulman relatives à la polygamie, à la filiation, aux successions sont toujours appliquées. Il n'y a que la Tunisie qui a totalement sécularisé ce pan du droit en plus des autres domaines.[685]

Les dispositions législatives doivent alors se conformer à la Constitution mais également aux préceptes de l'islam, et on constate une islamisation du droit. Le dernier obstacle à la constitutionnalisation et à la sécularisation du droit dans les Etats de droit musulman est la nécessité pour les dirigeants d'asseoir leur légitimité sur des éléments charismatiques ou traditionnels. Dans des Etats où la majorité de la population est musulmane et où les classes les plus défavorisées s'attachent à l'islam, les dirigeants développent d'une part leur légitimité charismatique par leur lien avec la famille du Prophète (le Roi du Maroc, le Roi de Jordanie ou le Guide suprême iranien par exemple) ; et d'autre part ils fondent leur légitimité traditionnelle sur leur volonté de protéger la tradition musulmane inaugurée par le Prophète et les premiers Califes, les Compagnons du Prophète.

La vague de décolonisation qui toucha tous les Etats de droit musulman entre les années 1950 et 1970 est accompagnée d'une affirmation de l'identité musulmane de ces Etats. Cette affirmation passe notamment par une organisation politique héritière de la théorie du califat et par une islamisation du droit. Or comme nous l'avons vu, ces techniques sont incompatibles avec la liberté de religion et elles la privent de tout contenu, quand bien même elle est affirmée par la Constitution. L'amorce des processus de constitutionnalisation et de sécularisation n'a pas abouti à la garantie de la liberté de religion car les dirigeants instrumentalisent le référent religieux pour légitimer leur pouvoir et asseoir leur autorité.

[685] Bien qu'un débat ait lieu quant à l'introduction de la charia dans la Constitution, pour l'instant les statuts personnels n'ont pas été modifés.

Les soulèvements populaires que connaissent les Etats de droit musulman depuis 2011 ont permis de mettre fin à des régimes dictatoriaux. Ces révoltes ont deux objectifs, permettre la restauration de la démocratie et la reconnaissance des droits et des libertés et la mise en œuvre d'une politique économique et sociale plus favorable aux classes populaires qui subissent le chômage et vivent dans des conditions difficiles. Ces révoltes ont ébranlé les régimes des Etats de droit musulman et ont créé l'espoir d'une société plus égalitaire. Toutefois, les élections qui ont suivi ces révoltes et les débats qui ont cours autour de la question de la place de la charia dans la Constitution ont de nouveau anéanti tous les espoirs d'une liberté de religion effective dans les Etats de droit musulman.

Mohamed Charfi a écrit que « *certaines discriminations établies par les ulémas subsistent encore aujourd'hui dans certains pays musulmans. Elles seront certainement aggravées considérablement chaque fois qu'un des régimes actuels, qui sont mi-modernes mi-religieux, cédera la place à un régime intégriste. N'oublions pas les malheurs qui ont été infligés aux bahaïs depuis le jour où Khomeiny a pris la place du chah d'Iran* »[686].

Bien que le mouvement du « printemps arabe » a débuté en Tunisie, avant de s'étendre à la Lybie, à l'Egypte, à la Syrie, au Yémen, à l'Algérie, à Bahreïn, et au Maroc, le premier mouvement de contestation contre un le régime de droit musulman a eu lieu en Iran en 2009. Le « mouvement vert » a été l'expression du mécontentement des iraniens suite aux élections « truquées » du 12 juin 2009, mais de façon générale, la révolte a été un moyen pour la jeunesse iranienne d'exprimer son désaccord face à un régime qui prive ses citoyens de leurs droits et libertés. Deux différences distinguent le « mouvement vert » du « printemps arabe ». Tout d'abord la contestation iranienne a été à l'initiative d'un candidat malheureux à la présidentielle, Moussavi ; tandis que les contestations du « printemps arabes » ont été initiées par la jeunesse elle-même. Ensuite, le système constitutionnel iranien est totalement verrouillé par le haut, par le Guide suprême, de sorte qu'aucune sortie de crise n'a été possible ; tandis que les manifestations du

[686] Mohamed CHARFI, *Islam et liberté. Le malentendu historique*. Albin Michel, p.760

« printemps arabe » ont conduit à la déchéance des leaders en place, permettant du même coup l'espoir d'une ère nouvelle.

Il est important de souligner qu'alors que le peuple organise une révolution pour chasser le pouvoir en place, une autre révolution se prépare. Les opposants politiques qui ont été privés du droit de s'organiser en partis politiques et qui ont été de surcroît contraints à l'exil ou emprisonnés, profitent de cette libération politique et investissent la scène publique. Sous les précédents régimes, bien que leur existence soit empêchée sur la scène publique, les opposants s'organisaient en « sous-terrain » et attendaient le moment de pouvoir s'exprimer sur la scène publique. Cette situation n'est pas sans rappeler celle de Khomeiny avant la Révolution iranienne. Ce dernier, exilé en Occident, a su profiter de ces années loin du régime pour préparer son retour triomphal.

Parmi les Etats de droit musulman qui ont été touchés par les révoltes populaires le peuple semble redécouvrir certaines de ses libertés, notamment celle de participer à des élections libres. Alors que le peuple a joué le jeu des élections pendant des années, tout en sachant que le résultat était déjà planifié, les citoyens goûtent de nouveau aux élections libres. Mais le résultat n'est pas celui escompté. Tandis que le peuple s'est battu pour abolir un système qui viole ses droits par l'instrumentalisation de la religion, les vainqueurs des élections ont pour objectif d'instaurer un régime davantage basé sur le droit musulman. Les frères musulmans, vainqueur des élections en Egypte, entendent « *instaurer le règle de la Loi de Dieu. (…). Ainsi le pouvoir exécutif sera-t-il confié à un calife émanant de la communauté (umma)* »[687]. Le parti Ennahda (majoritaire à l'Assemblée constituante en Tunisie) s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur d'une modification de l'article 1er de la Constitution qui dispose que l'islam est la religion de l'Etat. Le parti Ennahda a proposé d'inscrire la charia comme source de législation, avant de se rétracter en mars 2012, suite à une large contestation populaire. Il n'en reste pas moins que les radicaux du parti continuent à se battre pour l'instauration de la charia. Au Maroc, le Roi a pris les devants

[687] Nadine PICAUDOU, « FRÈRES MUSULMANS », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],. URL : http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/freres-musulmans/

dès les premières manifestations et a engagé une révision constitutionnelle le 1er juillet 2011. Le Roi octroi plus de prérogatives au Premier ministre et instaure une nouvelle règle de désignation. Dorénavant le Premier ministre est le leader du parti qui remporte les élections législatives. Or les élections législatives anticipées du 25 novembre 2011 ont permis une large victoire du Parti de la justice et du développement, un parti islamiste

Ces exemples permettent de voir que les vainqueurs des élections qui ont suivies le « printemps arabe » s'inscrivent dans le même schéma que leurs prédécesseurs. Ils s'inscrivent dans une légitimité charismatique et traditionnelle. Les années de prison et d'exil leur ont permis de faire un retour triomphal lorsque le peuple a libéré le pouvoir de ses « dictateurs ». Ces nouveaux hommes politiques tirent ainsi leur légitimité d'une part de leur action politique, parce qu'ils se sont opposés au régime déchu. Mais d'autre part, qu'ils s'agissent des frères musulmans, du parti Ennahda ou du Parti de la justice et du développement, tous tirent leur légitimité de leur discours qui s'inscrit dans la tradition musulmane. Tous ces leaders politiques font l'apologie d'un Etat de droit musulman, dont la charia serait la source de législation. Or nous l'avons vu tout au long des développements, la consécration de l'islam comme source de législation entraîne de nombreuses violations de la liberté de religion.

Les révoltes du « printemps arabe » ont entrouvert une porte vers une meilleure garantie de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman, mais les élections qui ont suivies l'ont refermée. La liberté de religion reste une liberté privée d'effectivité dans les Etats de droit musulman. Certains événements récents permettent tout de même de garder espoir en cette force populaire qui a su faire tomber une première fois des régimes liberticides.

Dans chacun de ces Etats, les élections ont donné une large victoire aux partis politiques les plus radicaux et cela risque d'entraver le processus de libéralisation auquel prétend le peuple. Cette situation rappelle celle qu'a connue le peuple iranien en 1979. Lorsque Khomeiny s'est présenté en grand vainqueur de la lutte contre le Shah, le peuple l'a soutenu. Khomeiny présente alors le régime du Shah comme un régime inégalitaire et

qui prive les citoyens de leurs droits ; il promet de remédier à cette situation par l'instauration d'une République islamique. Nonobstant l'absence de libertés à l'égard des non-musulmans, et particulièrement de la politique répressive à l'encontre des bahá'ìs, la République islamique d'Iran s'est révélée être liberticide, même à l'endroit des musulmans. Ce souvenir est à l'esprit de tous les observateurs du « printemps arabe ».

Néanmoins de récents événements permettent de nuancer le discours alarmiste concernant les Etats de droit musulman et la protection de la liberté de religion. Trois événements en particulier.

Le premier élément encourageant est relatif au discours du groupe Ennahda, parti majoritaire à l'Assemblée constituante, quant à l'article 1er de la Constitution tunisienne. Le parti, dont le nom signifie « la Renaissance » milite pour un retour à la théorie de l'islam englobant, d'un islam politique qui s'impose aux individus mais également à l'Etat. Le président du groupe à l'Assemblé constituante, Sahbi Atig, explique lors d'une séance dans l'hémicycle qu'il n'y a « *rien de sacré dans l'Etat. C'est un contrat social entre le peuple et le gouvernement. Il n'y a pas d'hommes sacrés, contrairement à l'islam chiite. L'idée de séparation du politique et du religieux est étrangère à l'islam. La religion ne relève pas du domaine privé, mais d'un ordre public et d'un mode de vie »*[688]. C'est pourquoi les leaders du parti, dont son président, Rached Ghannouchi, militent pour que la charia soit inscrite comme une source de législation dans la Constitution tunisienne.[689] Cette proposition a suscité la controverse au sein de la classe politique mais surtout une vive polémique au sein du peuple. Ce dernier s'est mobilisé une fois de plus et a organisé plusieurs manifestations pour protester contre la consécration de l'islam comme source de législation dans la Constitution tunisienne. Le désaccord du peuple a été entendu par Ennahda, puisque Rachef Ghannouchi a annoncé en 2012 que le parti ne demandera pas l'inscription de cette disposition dans la nouvelle Constitution. Dans la mesure où le parti dispose de la majorité au sein de l'Assemblée constituante, ce recul est une première victoire pour le peuple, et pour la liberté de religion.

[688] Cité dans *Libération*, le 13 mars 2012

[689] Or l'analyse effectuée dans le titre 1 de la seconde partie de la présente thèse, confirme qu'une telle inscription prive la liberté de religion de toute effectivité

Le deuxième événement marquant est le départ de Mohamed Morsi de la présidence égyptienne. Sans traiter ici de la légitimité d'une telle procédure, si la procédure par laquelle le président Morsi a dû céder le pouvoir est anti-démocratique et peut-être déplorée, on peut s'arrêter sur la raison qui a entraîné cette action. L'Egypte est la scène de constantes manifestations depuis le départ de Hosni Moubarak. Les premières élections libres ont permis au peuple égyptien de se prononcer en faveur du président de son choix ; le résultat des urnes, le 30 juin 2012, a porté au pouvoir un partisan des Frères musulmans. Depuis lors, le peuple égyptien exprime son mécontentement par des manifestations et des sit-in. Ces manifestations ont abouti à sa déchéance de la présidence par l'armée le 3 juillet 2013. Il est intéressant de noter que depuis les premières manifestations qui ont abouties au « printemps arabe », le peuple, qu'il soit tunisien, égyptien ou encore syrien est devenu un véritable contre-pouvoir qui n'hésite plus à manifester son opinion. Cela est d'autant plus pertinent pour le cas de la Tunisie et de l'Egypte, que les derniers soulèvements populaires ont eu comme objectif de faire fléchir les dirigeants politiques quant à leur instrumentalisation de l'islam. Le peuple se bat pour que l'islam ne soit pas instrumentalisé dans la Constitution pour limiter les libertés publiques, et en particulier la liberté de religion.

Le dernier événement marquant, indirectement lié au peuple, a eu lieu en quatre temps. Dans une première étape, suite à la destitution du président Moubarak, des élections parlementaires ont été organisées. Ces élections ont permis une large victoire des islamistes, mais elles ont été contestées. Dans un deuxième temps, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne est intervenue pour invalider ces élections au motif que le parlement n'a pas été élu dans des conditions « constitutionnelles » et par conséquent pour affirmer que la composition de l'Assemblée est entièrement illégale. Dans un troisième temps, le président Morsi s'est opposé à la décision de la Haute instance. Il a adopté un décret qui a annulé un arrêté administratif du Conseil suprême des forces armées considérant l'Assemblée comme dissoute, en application de la décision de la Haute Cour. Enfin, la dernière étape confirme la prééminence de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne. Cette dernière a ordonné la suspension du décret présidentiel.

Tous ces exemples prouvent que malgré un processus démocratique chancelant dans les Etats de droit musulman, le peuple désire être gouverné par des hommes d'Etat respectueux de leurs droits et libertés et qui n'instrumentalisent pas l'islam à des fins personnelles et politiques. Ceci est de bon augure pour la liberté de religion, bien que pour l'instant aucune avancée n'ait été constatée depuis la chute des régimes précédents.

L'effectivité de la liberté de religion demeure réduite dans les Etats de droit musulman car le pouvoir continue d'associer sa légitimité à une légitimité traditionnelle, religieuse. La constitutionnalisation de l'islam, en tant que source de droit et religion d'Etat permet aux titulaires du pouvoir de bénéficier d'une totale liberté d'action, quand bien même ils violeraient une liberté fondamentale..

Bibliographie

REFLEXION GENERALE SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Ouvrages

- BODIN Jean, *Les Six livres de la République*, Livre 1er, Paris, Fayard, 1986
- BOUTET Didier, *Vers l'Etat de droit, la théorie de l'Etat et du droit*, Paris, L'Harmattan, 1991
- CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, - Paeis, Recueil Sirey, 1920
- CARREAU Dominique, *Droit international,* Paris, Pédone,2001
- CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, Paris, Monchrestien, 4e éd., 2003
- CHEVALLIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2004
- DE VILLIERS Michel , *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2005
- EINSENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche,* Paris, Economica
- FAVOREU Louis [sous la direction de], *Droit constitutionnel,* 14ième édition, 2012
- FAVOREU Louis, « Les normes de référence », *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, travaux de l'association française des constitutionnalistes, journées d'études du 13 mars 1987, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988
- HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, LGDJ,, 29ième édition, 2005
- KELSEN Hans, *Théorie Pure du Droit*, Bruylant, L.G.D.J , 1999
- LE POURHIET Anne-Marie, *Drois constitutionnel*, Economica, 4e édition, 2012
- LUKIC Radomir, *La théorie de l'Etat et du droit*, Paris, Dalloz, 1974
- MASSIAS Jean-Pierre, *Justice constitutionnelle et transition démocratiques en Europe de l'Est,* Paris, LGDJ, 1998
- NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, DALLIER Patrick, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, 7ème édition
- QUERMONNE Jean-Louis, *Le gouvernement sous la Vème République*, Paris, Dalloz, 1980
- REDOR Marie-Joëlle, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Paris, Economica, 1992
- ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, t.1

- TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e édition, 2007
- WEBER Max, *Economie et société. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971

Mélanges

- *Mélanges Philippe. Ardant*, LGDJ, 1999
- *Recueil d'Etudes en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Editions Cujas, 1975
- *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001
- *Mélanges Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008,

Articles

- BARBERIS Mauro, « Idéologies de la constitution –Histoire du constitutionnalisme »*, in* TROPER Michel et CHAGNOLLAUD Dominique, *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Dalloz, 2010, pp.113-141
- BEN ACHOUR Yadh, « Jeux et concepts : Etat de droit, société civile, démocratie », in ARSAC Pierre, CHABOT Jean-Luc et PALLARD Henri (dir.), *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp.93-97
- CHEVALLIER Jacques, La mondialisation de l'Etat de droit, *in Mélanges Philippe. Ardant*, LGDJ, 1999
- GUENAIRE Michel, « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale »*, Revue de la reherche juridique, Droit prospectif*, 1987, n°1, p.107 et s.
- KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* 1926, IV
- LEISNER Walter, L'Etat de droit, une contradiction, in *Recueil d'Etudes en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp.65-79
- TROPER Michel, « Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001
- VEDEL Georges, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, décembre 1996

Articles en ligne

- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », http://juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html

PRESENTATION GENERALE DE L'ISLAM

Ouvrages

- ABDERRAZIQ Ali, *L'islam et les fondements du pouvoir*, Editions la Découverte, Paris, 1994
- FERJANI Mohamed-Chérif, *Les voies de l'Islam, approche laïque des faits islamiques*, Franche-Comté, CRDP, 1996
- GAUDREFROY-DEMONBYNES Maurice « L'islam », *L'Islam et la politique contemporaine*, Conférences organisée par la Société des Anciens Elèves et Elèves de l'Ecole libre des Sciences politiques, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927
- Ibn KHALDHOUN*, Muqaddima I*
- LEWIS Bernard, *Islam*, Gallimard, 2005
- MONTGOMERY WATT William, *Mahomet à La Mecque*, Paris, Payot, 1958
- RODINSON Maxime, *Mohomet*, Paris, Seuil, 1961

Articles

- ZARTMAN William, « Pouvoir et Etat dans l'Islam », *Pouvoirs,* 1980, n°12, pp.5-14
- BEN ACHOUR Yadh, « Structure de la pensée politique islamique classique », *Pouvoirs*, 1980, n °12, pp.15-26

CONSTITUTION ET RELIGION DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Ouvrages

- CONAC Gérard (dir.), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Actes du colloque de la Sorbonne, Paris, Economica, 1980
- Driss BASRI, ROUSET M., et VEDEL Georges *(dir.) Trente ans de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris, L.G.D.J, 1993
- BASRI Driss, Georges VEDEL (présenté par), *Edification d'un Etat moderne, le Maroc de Hassan II*, Paris, Albin Michel, 1986
- Jean IMBERT, *Constitutions et Religions,* Actes du colloque de la dixième session de l'Académie internationale de droit constitutionnel (Tunis 1994), Toulouse, Pesses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007
- LAVOREL Sabine, *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les enjeux du pluralisme juridique*, Presses de l'Université du Québec*,* 2005
- POTOCKI Michel, *Constitution de la République islamique d'Iran*, L'Harmattan, 2004
- TOZY Mohamed, « Quand a-t-on recours à la légitimation par la religion pour agir ? » *in* HUNTZINGER Jacques, MOYA Marjorie et ZUBER Valentine, *Laïcités et sociétés en méditérranée*, Lethielleux, 2012, pp.97-99

Ouvrages collectifs, Actes de colloque

- Association Tunisienne de Droit constitutionnel, *Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*
- BASRI D., ROUSET M., et George - VEDEL (dir.) *Trente ans de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris, L.G.D.J, 1993
- CANAL-FORGUES Eric (dir.) *Recueil des Constitution des pays Arabes,* Bruylant, 2000
- *La justice constitutionnelle*, table ronde de l'ATDC (13-16 octobre 1993) Tunis, C.E.R.P, 1995

Articles

- ABDEL HADI Maher, « Constitutionnalisme divin ou positivisme constitutionnel dans les pays arabes ? », *in* Gilles BOLLENOT, *Religions, Eglises et Droit*, Actes des journées d'études du Centre d'études et de recherche d'histoire du droit, Saint-Etienne, Presses Universitaires de Saint-Etienne, 1990
- ARMNJON Constance, « L'instauration de la 'guidance du juriste en Iran'. Les paradoxes de la modernité chiite », *Archives de Sciences sociales des religions*, 2010/1, n°149, pp.211-228
- AMOR Abdelfattah, « Constitutions et religion dans les Etats musulmans », *Constitutions et Religions*, Académie Internationale de Droit constitutionnel, Recueil des cours, Vol. IV, 2007, p.21-88
- AMOR Abdelfattah, « Constitution et religion dans les Etats musulmans », Cours de l'académie internationale de droit constitutionnel, 10ième session, Tunis, 2004, Presse universitaire de la faculté des sciences sociales de Toulouse, p.66
- AMOR Abdelfattah, « La place de l'Islam dans les Constitutions des Etats arabes. Modèle théorique et réalité juridique », in Gérard CONAC et Abdelfattah AMOR (dir.), *Islam et Droits de l'Homme*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1994, p.23
- BEN ACHOUR Yadh, « Droit et environnement politique : le cas de la Tunisie. », *in* actes du colloque « Droit et environnement au Maghreb », Paris, CNRS Editions, 1989
- BEN ACHOUR Yadh, « Droit et changement social : l'exemple tunisien », *RDP*, n°1, 1989, p.194
- BENDOUROU Omar, « Le régime constitutionnel des monarchies et émirats arabes », *R.I.D.C* , n°2, 1988, pp.429- 452
- BEYDOUN Ahmad, « Chiisme et démocratie », *Pouvoirs*, n°104, 2003, pp.33-43
- BIDAR Abdennour, « Mohamed Arkoun et la question des fondements de l'islam », *Esprit*, Février 2011, pp.150-175
- BIDEGARAY Christian, « Le monarque, chef religieux », *Pouvoirs,* n°78, 1996, pp.55-72
- CAMAU Michel, *in* FLORY Maurice et alii, *Les Régimes politiques arabes*, Paris, PUF, « Thémis », 1990, p.377 et s.
- DUPONT Anne-Laure et de GAYFFIER-BONNEVILLE Anne-Claire, « Un discours islamique officiel en Egypte », *Egypte, monde arabe*, n°29, 1997, pp.37-81
- DUPRET Baudoin, « Violence juridique et dualité normative dans le monde arabe », *Les Cahiers du Monde arabe,* n°110, 1994, pp.7 et s.
- GODINEC Pierre-François, « Constitutionnalismes africains », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1996, p.36 et s.

- IMBERT Jean, « Conférence inaugurale », *Constitution et religions*, Académie Internationale de Droit constitutionnel, Recueil des cours, Vol. IV, 200
- LAVROFF Dimitri-Georges, « La constitutionnalisation des régimes militaires en Afrique noire », *in* Jean-Louis SEURIN (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui,* Paris, Economica, 1984, pp.204 et s.

- MARTIN Pierre, « L'Etat islamique et la 'Marja'iyya' », *Cahiers de l'Orient*, n°8-9, 1987-1988, pp.158-163
- MOHSEN F. et NADJAFI ASFAD M ., « Les sources du droit constitutionnel de la République Islamique d'Iran », *R.O.J.* , n°17-18, 2000, p.115
- PAPI Stéphane, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'année du Maghreb*, 2004, pp.429-431
- RODINSON Maxime, « Islam, facteur de conservatisme ou de progrès ? », *Pouvoirs,* 1980, n°12, pp.27-32
- SALAME Ghassan, « Sur la causalité d'un manque : pourquoi le monde arabe n'est-il pas démocratique ? », *RFSP,* n°41, juin 1991, p.307
- SLIM Habib, présentation de la Constitution tunisienne, CANAL-FORGUES Eric (dir.) *Recueil des Constitution des pays Arabes,* Bruylant, 2000, pp.463-472
- SOURDEL Dominique, « Droit musulman et codification », *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°26, 1998, pp.33-50
- RYCX Jean-François et BLANCHI Gilles, « Références à l'Islam dans le droit public positif en pays arabes », *Pouvoirs*, 1980, n°12

Articles en ligne

- BALTA Paul, « La République islamique d'Iran », Juillet 2002, http://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la_republique_islamique_diran.asp,-

- BOUMEDIENE Malik, **«** Le Renouveau constitutionnel en Égypte et la démocratie
Les apports de la constitution du 26 décembre 2012 », *La Revue des Droits de l'Homme,* n°3, juin 2013 htp://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7-le-renouveau-constitutionnel-en-egypte1.pdf

ISLAM ET DROIT

Ouvrages

- ABU SAHLIEH Sami A. A., *Introduction à la société musulmane*, Paris, Eyrolles, 2006
- AHMED AN-NA'IM Abdullahi, *Islam and the Secular State*, *Negotiating the Future of Shari'a*, Havard-University Press, 2009
- BELAID Sadok, *Islam et Droit, une nouvelle lecture des « versets prescriptifs » du Coran*, Tunis, Centre de Publication universitaire, 2000
- BEN ACHOUR Yadh, *Introduction générale au droit*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2005
- BEN ACHOUR Yadh , Norme, foi et loi, Tunis, Cerès production, 1993
- BLEUCHOT Hervé, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983,
- GOLDRIHER Ignaz, *Le dogme et la loi dans l'Islam*, Paris, Librarie orientaliste Paul Geythner, 2005
- MALLAT Chibli, *The Renewal of Islamic Law Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf and the Shi'I International*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993
- MILLIOT Louis et BLANC Fançois-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001
- PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, L'Harmattan, 2009
- SCHACHT Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1983
- VOORHOEVE Maaike, *Family Law in Islam, Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, London-New-York, I.B. TAURIS, 2012

Articles

- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., « Rapports entre droit et religion dans le monde arabo-musulman – Influence du droit musulman en Suisse », *Etudes Suisses de Droit Comparé*, n°6, 2007
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., « La religion et le droit des pays arabes », *Revue internationale de Droit comparé*, n°2, 2007, pp.259-283
- BEN JEMIA Monia, « Liberté de religion et statut personnel », *Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 2009, n°9, pp.91-106

- CONAC Gérard, « La vie du droit en Afrique », *in* CONAC Gérard (dir.), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Actes du colloque de la Sorbonne, Paris, Economica, 1980
- FERRIE Jean-Noël, « Remarques sur l'islamisation des espaces modernes au Caire », *Monde arabe/ Maghreb-Machrek*, n°151, 1996, pp.6 -12
- MAHIOU Ahmed, « L'Etat de droit dans le monde arabe. Rapport introductif », *in* MAHIOU Ahmed (dir.) *L'Etat de droit dans le monde arabe*. Paris, CNRS Editions, 1997
- TORELLI Maurice, « Le pouvoir royal dans la Constitution », *in* BASRI D., ROUSET M., et George - VEDEL (dir.) *Trente ans de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris, L.G.D.J, 1993, pp.107-158

Thèses ou mémoires :

- AZDEM Mériem, *Prosélytisme et liberté de religion dans le droit privé marocain*, Mémoire de Droit privé, Université Hassan II de Mohammedia, 2006-2007

ISLAM ET POLITIQUE DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN CONTEMPORAINS

Ouvrages

- AGNOUCHE Abdelatif, *Histoire politique du Maroc*, Casablanca, Afrique Orient, 1987
- ARJOMAND Saïd, *The Shadow of God and the Hidden Imam. Religion, Political Order and Societal Change in Shi'ite Iran from the Beginning to 1890*. Presses des Universités de Chicago, 1984
- AVERY Peter, *Modern Iran,* Ernest Benn, London, 1967- BADIE Bertrand, *Les deux Etats. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*. Fayard, 1997
- BENSAADA Mohamed Tahar, *Le régime politique algérien. De la légitimité historique à la légitimité constitutionnelle*. Paris, Editions Anfass, 1989, Alger, ENAL, 1992
- CLARET DE FLEURIEU Marie, *L'Etat musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, L.G.D.J, 2010
- CORBIN Henry, *En islam iranien, aspects spirituels et philosophiques. 1. Le shî'isme duodécimain*, Gallimard, 1971
- DEMOMBYNES-GAUDEFROY, Maurice, « L'islam », *L'Islam et la Politique contemporaine*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927
- DIDHA BEN HAMMED Mohamed, *Le pouvoir exécutif dans les pays du Maghreb*, Tunis, Centre d'études, de recherches et de publications de l'Université de Tunis, 1995
- GHALIOUN Burhan, *Islam et politique. La modernité trahie*, Paris, La découverte, 1997
- KHOSROKHAVAR Farhad et ROY Olivier, *Iran: comment sortir d'une révolution religieuse*, Paris, Seuil, 1999
- MERVIN Sabrine, *Les mondes chiites et l'Iran,* Paris, Karthala, 2007
- MOTTAHADEH Roy, *The Mantle of the Prophet: Religion and Politics in Iran*, Oxford, Oneworld Publications, 2000
- RUHOLLAH Khomeiny, *Pour un gouvernement islamique*, Paris, Fayolle, 1970
- ZEGHAL Malika, « Appropriation étatiques et dérégulations de l'islam. Autoritarismes, ouvertures politiques et religion en Tunisie et au Maroc »*, in* Sémih VANER, Daniel

Thèses

- FREGOSI Franck, *Les rapports de l'Etat et de la religion au Maghreb (Algérie – Tunisie)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la Direction de Bruno Etienne, Aix-en-Provence, 1994

Articles

- BELHAJ Abdessamad, « L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le cas du Maroc », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, n°37-2, 2006, pp.121-139
- GHAFFARI-FARHANGI Sétareh, « L'islam politique en Iran », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le onde turco-iranien (CEMOTI)*, janvier-décembre 2005, n°39-40, p.125
- KHATCHADOURIAN Anaïs – Trissa, « Etude du discours des dirigeants de la République Islamique d'iran », *Les cahiers de l'Orient*, n°102, Printemps 2011, pp.107-123
- LAHOUARI Addi, « Pluralisme politique et islam dans le monde arabe », *Pouvoirs*, n°104, 2003/1, pp. 85-95
- TOZY Mohamed, « Le Roi, Commandeur des croyants », in Georges VEDEL, *Edification d'un Etat moderne. Le Maric de Hassan II*, Paris, Albin Michel, 1986

LES COURS ET CONSEILS CONSTITUTIONNELS DANS LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Ouvrages

- CONAC Gérard, *Les Cour suprêmes en Afrique*, *Actes du colloque sur les Cours Suprêmes en Afrique, Paris, 8-13 janvier 1987*, Paris, Economica, 1988
- M'DHAFFER Zouheir, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1997

Thèses

VIJEH Mohammad Réza, *Le rôle des juridictions constitutionnelles dans la construction d'un Etat de droit (étude de droit constitutionnel franco-iranien)*. Thèse de droit public, de l'Université Montesquieu (Bordeaux IV), 2008, 700p.2008

Articles

- BEN ACHOUR Rafâa, « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois et son évolution à la fin de 1987 », *Revue Tunisienne de Droit*, 1988, p.13 et s.
- BEN ACHOUR Rafâa, « Les protection et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en Tunisie », *Revue tunisienne de Droit*, 1989, p.85 et s.
- BEN ACHOUR Rafâa, « Le Conseil constitutionnel tunisien », *in Regards croisés sur les constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire,* colloque d Tunis, 2- 4 décembre 1999, Paris, Publication de la Sorbonne, 2003n p.163 et s
- BEN ACHOUR Rafâa, « Le contrôle consultatif de la constitutionnalité des lois par le Conseil Constitutionnel tunisien », *in Mélanges Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p.21 et s.
- BEN HASSEN Issam, « Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité des lois », *in* Association Tunisienne de Droit constitutionnel, *Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*
- BEN MRAD Hédi, « Commentaire du décret instituant le Conseil Constitutionnel de la République », *Actualité juridique tunisienne*, n°1-2, 1989, p.92 et s.

- BERNARD-MAUGIRON Nathalie, « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne, gardienne des libertés publiques », *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.17-53
- BERNARD-MAUGIRON Nathalie et DUPRET Baudoin, « Les principes de la sharia sont la source principale de la législation », *Egypte/Monde arabe*, Deuxième série, Le Prince et son juge, 1999, pp.107-126
- GHERAIRI Ghazi, « De certains aspects de l'Etat de droit dans les avis du conseil constitutionnel », in *Constitution et Etat de droit*, *Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la constitution tunisienne du 1er juin 1959*
- JOHASSEN B., « Supra-Legislative Norms And Constitutionnal Courts : The Case of France and Egypt », *Proceedings of the International Conference on the Role of the Judiciary in the Protection of Human Rigts*, December 1er-3er 1996, p.199
- LAGHMANI Slim, « Justice constitutionnelle et droits fondamentaux », *in La justice constitutionnelle*, table ronde de l'ATDC (13-16 octobre 1993) Tunis, C.E.R.P, 1995
- LOMBARDI Clark B. and BROWN Nathan J., "Do Constitutions requiring adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law With The Liberal Rule of Law", *American University International Law Review*, 2006, pp. 381-414
- MCMILLAN Megan L., « Egypt's interpretative incorporation of Human Rights: The Supreme Constitutional Courts use of International Sources and Prospects for Its Article 2 Analysis. », *Transational Law and Contemporary Problems*, Spring 2007, pp. 1090 – 1125
- NICAISE Médé, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophones », *Annuaire International de justice constitutionnelle*, XXIII, 2007, pp.45-66
- OULD BOUBOUTT Ahmed Salem, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux. », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVII, 1997, pp.31-45

Articles en ligne

- GORJI, Ali-Akbar *Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien*, http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/GORJI.pdf
- Mohammad Reza VIJEH, *Contribution sur le Conseil gardien de la Constitution iranien et l'Etat de droit*, Vie Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, juin 2005, http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/VIJEH.pdf

Thèses ou mémoires :

- MANSOURIAN Nasser-Ali, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en Iran*, Thèse de droit public, Université de Rouen, 1996

Jurisprudence

- Avis n°35-2006 du Conseil sur un projet de loi modifiant et complétant quelques dispositions du code de commerce, Journal Officiel République Tunisienne, n°45 du 5 juin 2007
- HCC, 4 janvier 1992, n°22/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, pp.112-113
- HCC, 6 février 1993, n°37/11, *Rec.*, vol. n°5, part.1, pp.222-223
- HCC, 15 mai 1993, n°7/8e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p.316
- HCC, 18 mai 1996, n°8/17e, *Rec.*, vol. 7, p. 677
- HCC., 18 mars 1995, n°23/16e, *Rec.*, vol. 6, p.588
- Tribunal cantonal de Tunis, jugement n°2272 du 26 décembre 1974, *Recueil tunisienne de droit,* 1975, n°2, p.117, note K. Meziou
- Tribunal de première instance de Tunis, 26 juin 2000, n°34256
- Tribunal de première instance de Tunis, jugement du 18 mai 2000, n°7602*,*
- Tribunal de première instance de Casablanca, affaire n0915 du 21 février 1984
- Tribunal correctionnel de Casablanca, affaire n0919/95 du 29 octobre 1993
- Cour d'appel Tunis, arrêt n°52105 du 19 janvier 2000
- Cour d'appel Tunis, Ch. Cvi, 6 janvier 2004, n°120
- Cour d'appel de Casablanca, Chambre correctionnelle, affaire n°1448/84, du 13 août 1984
- Cour de cassation, arrêt du 20 décembre 2004, n°383
- Cour cassation Tunis, Civ, 28 avril 2000, n°99-76621
- Cour cassation Tunis, arrêt n°9658.2005 du 8 juin 2006
- Cour cassation Tunis, arrêt n°4487.2006, du 16 janvier 2007

REFLEXION GENERALE SUR LA SECULARISATION

Ouvrages

- BERGER Peter Ludwig, *La religion dans la conscience moderne*, Paris, Centurion, 1971
- BLUMENBEGR Hans, *La légitimité des Temps modernes,* Editions Gallimard, 1999
- CASANOVA José, *Public Religions in the Modern World*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1994
- DURHAM Cole, *Law and religion*, *National, International, and Comparative perspectives*, Aspen Publishers, 2010
- MAT Michèle, *Sécularisation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1984
- REMOND René, *Religions et société en Europe*, Editions du Seuil, 1998
- RODE F., « Sécularisation et sécularisme », Paul POUPARD (dir.), *Dictionnaire des religions*, Paris, PUF, 1984
- VATTIMO Gianni, *La sécularisation de la pensée*, Paris, Le Seuil, 1988
- WEBER Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964

Ouvrages collectifs

- *L'indifférence religieuse,* ouvrage collectif, Beauchenes, Pairs, 1983
- CAULIER Brigitte (dir.), *Religion, sécularisation, modernité, les expériences francophones en Amériques du Nord,* les Presses de l'Université de Laval
- FOESSEL Michaël, KEREGAN Jean-François et REVAULT D'ALLONNES Myriam (dir.), *Modernité et sécularisation, Hans Blumemberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, Paris, CNRS Editions, 2007
- POUPARD Paul (dir.), *Dictionnaire des religions*, Paris, PUF, 1984

Articles

- ABEL Olivier, « La Turquie, l'Europe et la sécularisation », *Esprit,* janvier 2003, pp.42-47
- BAUDOUIN Bernard, « La modernité séculière a-t-elle besoin d'une théologie politique », *Esprit, Février 2011, pp.125*

- BIELEFELDT Heiner, « La liberté religieuse : le critère ultime ? », *Esprit*, Mars-avril 2007, p.126-135
- BOESPFLUG François, « La crucifixion déportée : sur la 'sécularisation' en Occident, un thème majeur de l'art chrétien », *in* HUSSER Jean-Marie (dir.), *Religions et modernité*, Versailles, SCEREN, 2004, pp. 141- 161
- BRAGUE Rémi , « La sécularisation est-elle moderne ? », *in* FOESSEL Michaël, KEREGAN Jean-François et REVAULT D'ALLONNES Myriam (dir.), *Modernité et sécularisation, Hans Blumemberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, Paris, CNRS Editions, 2007
- DE ROSA Giuseppe, « Indifférence religieuse et sécularisation », *in, L'indifférence religieuse,* ouvrage collectif, Beauchenes, Pairs, 1983
- HERVIEU-LEGER Danièle, « Productions religieuses de la modernité : les phénomènes du croire dans les sociétés modernes », *in* Brigitte CAULIER (dir.), *Religion, sécularisation, modernité, les expériences francophones en Amériques du Nord,* les Presses de l'Université de Laval, pp.37-45
- REVAULT D'ALLONNES Myriam, « Que disent les modernes. 'Sécularité' ou 'sécularisme' ? », *in* FOESSEL Michaël, KEREGAN Jean-François et REVAULT D'ALLONNES Myriam (dir.), *Modernité et sécularisation, Hans Blumemberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, Paris, CNRS Editions, 2007, pp.45-55

LA SECULARISATION ET LES ETATS DE DROIT MUSULMAN

Ouvrages

- BENCHEIKH Ghaleb, *La laïcité au regard du Coran,* Presses de la Renaissance, 2005
- Olivier CARRE, *L'islam laïque, ou le retour à la Grande Tradition*, Armand Colin, 1993
- FATTAL Antoine, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1958,
- FERJANI Mohamed-Chérif, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, L'Harmattan, 1991
- M'RAD Hatem, *Libéralisme et liberté dans le monde arabo-musulman. De l'autoritarisme à la Révolution*, Paris, Editions du Cygne, 2011
- KHOURY Paul, *L'Islam et l'Occident. Islam et Sécularité.* Deux mondes, 1998
HERADSTVEIT, Ali KAZANCIGIL, *Sécularisation et démocratisation dans les sociétés musulmanes*, Bruxelles, 2008
- HUNTZINGER Jacques, MOYA Marjorie et ZUBER Valentine, *Laïcités et sociétés en méditérranée*, Lethielleux, 2012,
- RONDOT Pierre., *Islam et musulmans aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 1958
- SIMPSON John and SHUBART Tira, *Lifting the veil: life in revolutionary Iran*, London, Hodder and Stoughton, 2005
- SOURDERL Dominique, *in*, Ibn TAYMIYYA, *Traité sur le Hisba*, publié et traduit par Henri LAOUST, Librairie orientaliste Paul Geuthner, 1994
- Ibn TAYMIYYA, *Traité sur le Hisba*, publié et traduit par Henri LAOUST, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1994

Articles

- DEBBABI MISSAOUI Sihem, « Islam et sécularisation », *in* HUNTZINGER Jacques, MOYA Marjorie et ZUBER Valentine, *Laïcités et sociétés en méditérranée*, Lethielleux, 2012
- FREGOSI Franck, « Une sécularisation problématique : la discussion contemporaine sur le rapport Etat-religion (Algérie – Tunisie) », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1994
- Kilian BÄLIZ, « La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le « bataille du voile » dans les écoles publiques », *Droit et Société*, n°3o, 1998, pp. 227-291

DROITS DE L'HOMME

Ouvrages

- CAPOTORTI Francesco, *Etudes des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Genève, Centre pour les droits de l'homme, Nations Unies, 1991
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-1998*, Paris, La Documentation française, 1999
- JOHNSON Glen et SYMONIDES Janusz, *La Déclaration universelle des droits de l'homme : 40ième anniversaire, 1948-1998*, Paris, L'Harmattan, 1990
- *Les droits de l'homme : 1948-1988,* Nations-Unis, 1988,
- VERDOOT Albert, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, Editions Nauwelaerts, ARTICLES

Articles

- DECAUX Emmanuel, « Présentation de la thématique su colloque », COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-1998*, Paris, La Documentation française, 1999, pp.10-11
- PINTO Monica, « L'écriture de la Déclaration universelle : les lacunes et les compromis », COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'h omme, 1948-1998*, Paris, La Documentation française, 1999, pp.183-189

DROITS DE L'HOMME ET ETATS DE DROIT MUSULMAN

Ouvrages

- AFSHARI Reza, *Human rights in Iran: the abuse of cultural relativism*, University of Pennsylvania Press, 2001
- ALDEEB-SAHLIEH Sami A., La liberté religieuse dans un pays musulman : cas de l'Egypte, *in, La liberté religieuse dans le judaïsme, le christianisme et l'islam*, Paris, Les Editions du Cerf, 1981
- AMIRMOKRI Vida, *L'islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique,* Québec, Presses de l'Université de Laval, 2004
- BENZAKOUR Abdelaziz et BOUAB Taibi, *L'Islam et la liberté de culte*, Casablanca, Edition Al Ofok, 1992
- BLEUCHOT Hervé, *La liberté religieuse au Soudan : du système moderne au système antique*, in *L'Etat de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS Editions, 1997
- CAMERON Geoffrey and DANESH Tahirih, *A Revolution Without Rights?,* London, The Foreign Policy Centre, 2008
- CHARFI Mohamed, *Islam et liberté, le malentendu historique*, Albin Michel, 1998
- CHEHABI H.E, *Anatomy of Prejudice: Reflexions on secular anti-Baha'ism in Iran*, in, PARVIZ Dominic and FAZEL Seena B., *The Baha'is of Iran: Socio-Historical Studies*, London, Routledg, 2008
- GHANEA Nazila, *Human Rights, the UN and the Baha'is in Iran*, George Ronald, Oxford, 2002
- HASHEMI Kamran, *Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008
- MAYER Anne Elizabeth, *Islam and Human Rights*, Oxford, Boulder, 2007
- Marguerite ROLLINDE, *Le mouvement marocain des droits de l'homme : entre consensus et engagement citoyen*. Karthala, 2002
- SANASARIAN Eliz, *Religious Minorities in Iran*, Cambridge, Cambridge University Press

Ouvrages collectifs

- Emmanuel HIRSH, *Islam et droits de l'homme*, Librairie des libertés, Paris, 1984

Articles

- ABU SAHLIEH Sami A. A., « Le délit d'apostasie aujourd'hui et ses conséquences en droit musulmans », *La revue de l'Institut pontifical des études arabes et islamiques, Islamochristiana*, Rome, n°20, 1994, p.95
- AL-MAFREGY Ihsan Hamid, L'islam et les droits de l'homme, *in* Emmanuel HIRSH, *Islam et droits de l'homme*, Librairie des libertés, Paris, 1984, p.23 et s.
- AL-MIDANI Mohamed, « Les Etats islamiques et la Déclaration universelle des Droits de l'Homme », *Le Courrier du* GERI, volume I, n°3, octobre 1998, pp.179-191
Khabar-i-junub, « Religious Magistrate of Shiraz": *I want the Baha'is to come to the Bosom of Islam*", 3 Mars 1983
- BLANC François-Paul, « Le blasphème en droit musulmans malékite », *in, Religions, Eglises et Droit,* Textes réunis et publiés par Gilles BOLLENOT, Publications de l'université de Saint Etienne, 1990, p.243 et s.
- IBRAHIMI Najjar, « Formation et évolution des droits successoraux au Proche-Orient (Aperçu introductif) », *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 31 n°4, Octobre-décembre 1979
- KAZEMZADEH Firuz, "The Baha'is in Iran, Twenty Years of Repression", *Social Research*, 2000, n°67 (2)
- KENT BROWN II Scott, "The Coptic Church in Egypt: A Comment on Protecting Religious Minorities from Non-State Discrimination", *Brigham Young University Law Review*, 1049, 2000
- LANTERO Caroline, « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *Revue de du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, 2001, n°3, p.817
- LTAIEF Wassila, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : 'Cachez moi cette différence que je ne saurais voir' », *Revue internationale des sciences sociales,* 2005/2 (n°184), p.236
- WALKATE J.A, "The Right of Everyone to Change His Religion or Belief", *Netherlands International Law Review*, volume 30, Issue 02, August 1983, pp.146-160

Rapports

- Doc. UN. A/51/542/Add.2
- Doc. UN. A/68/503
- Doc. UN. A/HRC/7/10/Add.1
- Doc. UN. CCPR.C.101.Add.1, 18 mai 1998
- Doc. UN. CCPR/C/SR.1629
- Doc. UN. CCPR/C/EGY/2001/3
- Doc. UN. CCPR/C/YEM/2001/3
- Doc UN. CCPR/C/SR.1629
- Doc. UN. CCPR/C/MAR/2004/5
- Doc. UN. CCPR/C/120/Add.1
- Doc. UN. E/CN.4/1996/95/Add.2
- Doc. UN E/CN.4/1991/56
- Doc. UN. E/CN.4/2005/61/Add.1
- Doc. UN. E/CN.4/1997/91
- Rapport département américain pour la démocratie, les droits humains et le travail, 2011

Iran Human Rights Documentation Center, *A Faith Denied : The Persecution of the Bqhq'is in Iran*, 2006

- Bahá'ì International Community, *The Bahá'ìs in Iran: A report on the persecution of a religious minority*. New-York, BIC, 1982
- Rapport de la Communauté Internationale Bahá'ìe, 1999
- Baha'i International Community, 2006, *Closed Doors : Iran's Campaign to Deny Higher Education to Baha'is*. New York: BIC

CONSTITUTIONS

- Constitution de la République Algérienne démocratique et populaire, adoptée le 28 novembre 1996, révisée par la loi n°02-03 du 10 avril 2002 et par la loi du n°08-09 du 15 novembre 2008
- Statut fondamental du Gouvernement du Royaume d'Arabie Saoudite du 1er mars 1992
- Constitution de l'Etat de Bahreïn du 14 février 2002
- Constitution de la République Arabe d'Egypte du 11 septembre 1971, révisée par les référendums des 22 mai 1980, 25 mai 2005, 26 mars 2007
- Constitution de la Seconde République d'Egypte, adoptée en 2012, suspendue en 2013
- Constitution de l'Etat des Emirats Arabes Unis, du 2 décembre 1971 avec un statut provisoire, devenue permanente en 1996
- Constitution de l'Irak du 15 octobre 2005
- Constitution de la République islamique d'Iran du 1er avril 1979, révisée en 1989
- Constitution du Royaume Hachémite de Jordanie du 8 janvier 1952
- Constitution de l'Etat du Koweït du 11 novembre 1962
- Constitution du Royaume du Maroc du 7 octobre 1996
- Constitution du Royaume du Maroc du 1er juillet 2011
- Constitution de la République islamique de Mauritanie du 20 juillet 1991, révisée en 2006 et 2012
- Statut fondamental du Sultanat d'Oman du 6 novembre 1996
- Statut fondamental de l'Etat du Qatar du 9 juin 2004
- Constitutions de la République arabe syrienne du 13 mars 1973 et du 26 février 2012
- Constitution de la République tunisienne du 1er juin 1959, révisée notamment en 1976, 1997, 2002.
- Projet de Constitution de la République tunisienne du 22 avril 2013
- Constitution de la République du Yémen du 16 mai 1991, révisée en 1994 et 2001

CODES, LOIS ET ACTES REGLEMENTAIRES

- Loi n°31-2006 relative au statut légal des catholiques de Syrie
- Loi n°63-278 du 20 juillet 1963 relative aux congés des nationaux algériens
- Loi n°462/1955 du 21 septembre 1955 portant unification des jridictions
-- Ordonnance n°06-03 du 28 février 2006, *Journal Officiel de la République Algérienne*, n°12, 1er mars 2006, pp.23-24
- Décret n°07-135 du 19 mai 2007 fixant les conditions et modalités de déroulement religieuses des cultes autres que musulmans, *Journal Officiel de la République Algérienne*, n°33, 20 mai 2007, p.4
- Code pénal : Mauritanie, Maroc, Qatar, Iran, Yémen, Soudan
- Code la famille ou des statuts personnels : Algérie, Yémen, Koweït, Tunisie, Syrie, Maroc, Mauritanie, Iran, Jordanie, Irak, Oman
- Code civil : Algérie et Irak
- Code de procédure civile : Syrie

INSTRUMENTS DE DROIT INTERNATIONAL ET REGIONAL

- Déclaration universelle des droits de l'homme
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques
- Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discriminations fondées sur la religion ou la conviction
- Convention américaine relative aux droits de l'homme
- Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
- Convention européenne des Droits de l'Homme
- Charte de la ligue des Etats arabes
- Déclaration islamique universelle des Droits de l'Homme
- Déclaration des droits de l'Homme en Islam

TEXTES RELIGIEUX

- *Le Coran*, traduction de Jacques BERQUE, Paris, Albin Michel, 1995
- *Le Coran*, traduction de Régis BLACHERE, Paris, Maisonneuve et Laros, 2005
- *Le Coran*, traduction et notes de Muhammad HAMIDULLAH, avec la collaboration de Michel LETURMY, 1982, Tomes, I, II et III
- *Le Coran*, traduction de Denise MASSON, Paris, Gallimard, 1967

Introduction,…….....1

Partie I :

L'effectivité de la liberté de religion atténuée par une interprétation restrictive du droit musulman classique……..…….....21

<u>Titre I</u> :

Une reconnaissance textuelle de la liberté de religion dans la législation des Etats de droit

musulman……...……...26

Chapitre 1 :

La liberté de religion dans les Etats de droit musulman, un droit fondamental à valeur constitutionnelle…….29

Paragraphe 1 : L'inscription de la liberté de religion et du principe e non-discrimination dans les Constitutions des Etats de droit musulman. ……...32

1. La liberté de religion, une liberté publique à valeur constitutionnelle……....32
2. La genèse de la liberté de religion et du principe de non-discrimination en droit musulman …...36

Paragraphe 2 : Les revendications identitaires des Etats de droit musulman lors de l'élaboration des conventions internationales et régionales……..44

1. L'influence des Etats de droit musulman lors de la rédaction de la liberté de religion dans les Conventions internationales……45
   a. La Déclaration universelle des droits de l'homme……45
   b. Le Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques……..52
   c La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction ……..……...……....55
2. La liberté de religion et les Conventions régionales des droits de l'homme des Etats de droit musulman……....57
   a. La Charte arabe des droits de l'homme…….58
   b. La Déclaration des droits de l'Homme en Islam de l'Organisation de la coopération islamique……...61
      1. L'Organisation de la coopération islamique……..61
      2. L'élaboration d'une Déclaration des droits de l'Homme en Islam……62

Chapitre 2

La reconnaissance des minorités religieuses dans les Etats de droit musulman, corollaire à la liberté de religion…….66

Paragraphe 1 : La reconnaissance constitutionnelle des minorités religieuses officielles : l'acceptation des 'gens du Livre »……68

1. La notion historique de minorité religieuse en droit musulman, les *dhimmis*…….68
2. Les minorités religieuses dans les Etats de droit musulman contemporain……..72

Paragraphe 2 : Les droits reconnus aux minorités religieuses dans les Etats de droit musulman ……...77

1. Une reconnaissance parlementaire liée à une reconnaissance juridique……....77
2. La reconnaissance officielle des minorités religieuses et l'organisation d'un système juridique basé sur la personnalité des lois……...79
   a. Les origines de la personnalité des lois dans le droit musulman…….79
   b. Les législations contemporaines en matières de statut personnel……..81

Conclusion……..84

Titre 2

Les atteintes à la pratique de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman……..87

Chapitre 1

Les restrictions à la liberté de religion des musulmans……..90

Paragraphe 1 : La liberté de religion des musulmans limitée dans un Etat de droit musulman par les délits de blasphème, d'hérésie et d'apostasie……92

1. Le blasphème et l'hérésie, des outils de protection de l'ordre public musulman…….93
2. Les théories classiques de la conversion d'un musulman, dite apostasie ……96

Paragraphe 2 : Les législations contemporaines ……..101

1. Les législations contemporaines du blasphème et de l'hérésie……101
2. La législation contemporaine des Etats de droit musulman en matière de conversion……103
   a. Les restrictions à la liberté de religion par une condamnation pénale de l'apostasie…….104
   b. Les restrictions à la liberté de religion par la perte des droits civils et civiques…….113

Chapitre 2 :

L'encadrement de la liberté de religion des non-musulmans……..116

Paragraphe 1 : Les atteintes à la liberté de religion des « gens du Livre »…….119

1. La liberté de religion des non-musulmans privée d'application par le non-respect du principe de non-discrimination……120
   a. Une discrimination constitutionnellement organisée quant à la question de l'éligibilité au poste de chef de l'Etat……120
   b. Une discrimination fondée sur la primauté de l'islam en matière de statut personnel……...123
2. Les restrictions au droit des « gens du Livre » à pratiquer librement leur religion……...125

Paragraphe 2 : L'inexistence de la liberté de religion des bahá'ís……..131
1. La situation des bahá'ís en République islamique d'Iran ……...…….132
   a. Les restrictions à la liberté de religion des bahá'ís en Iran sous le régime Pahlavi……....132
   b. La détérioration de la liberté de religion des bahá'ís avec l'instauration de la République islamique d'Iran …….133
2. La liberté de religion des bahá'ís en Egypte ……...142

Conclusion ……150

Partie II :
L'impact des processus de constitutionnalisation et de sécularisation sur la protection de la liberté de religion dans les Etats de droit musulman ……..146

Titre I
La compatibilité des principes de constitutionnalisation et de sécularisation avec la théorie politique musulmane mis en place par les Etats de droit musulman ……152

Chapitre I :
La protection de la liberté de religion par les processus de constitutionnalisation et de sécularisation ……..156

Paragraphe 1 : La protection des libertés individuelles par la Constitution …….159
1. La Constitution comme garant des libertés individuelles ……...163
2. Le contrôle de constitutionnalité : l'étape essentielle à la protection des libertés individuelles…167

Paragraphe 2 : L'avènement de la théorie individualiste par le processus de sécularisation …….172
1. Une première utilisation canonique du concept de sécularisation ……..174
2. L'évolution du concept de sécularisation avec la Révolution française ……..176
3. L'acquisition du sens moderne de la sécularisation à partir des XIXème et XXème siècles ….....177

Chapitre II
L'impact des sources religieuses du droit sur la conception du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman ……...…….....180

Paragraphe 1 : L'instrumentalisation de la Constitution et de la sécularisation au profit des règles religieuses ……..184
1. La Constitution comme un instrument au profit du pouvoir : la référence à la religion permet de légitimer le pouvoir ……..184
2. Les théories de l'islam englobant et de l'islam politique : les fondements de l'instrumentalisation de l'islam ……..192

Paragraphe 2 :L'utilisation de l'islam pour une lecture opportuniste de la Constitution : servir les intérêts du leader……196
1. La personnification du pouvoir par le texte constitutionnel……...196
   a. L'exemple du Guide suprême iranien, « source d'imitation » en Iran……...197

b. L'exemple du Roi du Maroc, « Commandeur des croyants »……..…..204
2. La Constitution : un instrument de légitimation au profit de l'idéologie du chef ……...207
3. Les différentes attitudes juridiques du constituant musulman…….....209
4. Le principe de la séparation des pouvoirs instrumentalisé au profit d'une lecture opportuniste de la Constitution ……..210

Conclusion ……215

Titre II
L'atteinte à la liberté de religion par une pratique partielle du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman …….218

Chapitre 1 :
La lente mise en place du constitutionnalisme et de la sécularisation dans les Etats de droit musulman : un échec pour la liberté de religion …….220

Paragraphe 1 :Les obstacles aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation dans les Etats de droit musulman …….224
1. L'omniprésence des références à l'islam dans les Constitutions des Etats de droit musulman ..226
   a. Les mentions de l'islam dans les Constitutions ……...226
   b. La portée de l'islam religion d'Etat……..229
   c. La portée des dispositions constitutionnelles indiquant que l'islam est source de législation.....234
2. L'utilisation de l'islam dans les discours officiels ……...237

Paragraphe 2 : Les conséquences pratiques des obstacles aux processus de constitutionnalisation et de sécularisation …….238
1. La condition de religiosité pour la gestion des affaires de la communauté …….240
2. L'islamisation du droit ……..242

Chapitre 2
Les signes d'un changement pour la liberté de religion : le contrôle de constitutionnalité dans les Etats de droit musulman ……..246

Paragraphe 1 : Une justice constitutionnelle « embryonnaire » dans les Etats de droit musulman ……...249

Paragraphe 2 : Le Conseil constitutionnel tunisien et le Conseil des gardiens iranien et la liberté de religion……...256
1. Le Conseil constitutionnel tunisien……256
2. Le Conseil des gardiens en Iran ……265

Paragraphe 3 : La Haute Cour constitutionnelle égyptienne ……...278

Conclusion…….284

Conclusion générale……...285
Bibliographie ……..…..297

Le système juridique des Etats de droit musulman est composé de règles et de principes hétérogènes. A côté du droit positif codifié, les règles religieuses constituent une source de référence pour le législateur et pour le juge. La constitutionnalisation de l'islam comme religion officielle et comme source de législation dans les Etats de droit musulman, développe ce pluralisme juridique. La coexistence des différentes sources de droit, positive et religieuse, est accentuée par le système de personnalité des lois. Dans ce contexte, l'effectivité de la liberté de religion proclamée par la Constitution des Etats de droit musulman est remise en cause. Le principe d'égalité sans discrimination fondée sur la religion, la liberté de pratiquer librement sa religion ou encore le droit de changer de religion sont encadrés par la législation ou par la jurisprudence. Bien que tous les Etats aient amorcé le processus de constitutionnalisation, les juges constitutionnels peinent à affirmer leur autonomie par rapport au pouvoir exécutif. Le droit musulman est instrumentalisé par les pouvoirs politiques pour asseoir leur autorité sur une légitimité religieuse. Toutefois, la jurisprudence avant-gardiste de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne qui a affirmé son indépendance et la jurisprudence civile des tribunaux tunisiens qui ont interprété l'article 1er de la Constitution tunisienne, sont le signe encourageant d'un changement possible.

The legal system in states governed by Islamic law is comprised of a set of heterogeneous rules and principles. Alongside its codified, positive law, religious laws serve as a referential source for the legislature and judiciary. The constitutionalization of Islam as both an official religion and a legislative source in Islamic law states nurtures this legal plurality. The coexistence of these different sources of law, positive and religious respectively, is further accentuated by the subjective variability of law. In this context, the existence of freedom of religion, as enshrined in the constitutions of these Islamic law states, is called into question. The principle of equality without discrimination on grounds of religion; the liberty to freely practice one's religion; or, indeed, the right to change one's religion, are framed by legislation or jurisprudence. Although all states have begun the process of constitutionalization, constitutional judges still struggle to assert their autonomy over the executive branch. Islamic law is being exploited by political powers wishing to anchor their authority in religious legitimacy. Nonetheless, encouraging signs of change are evident in the forward-thinking jurisprudence of certain jurisdictions.

DROIT PUBLIC

Liberté de religion – Droit musulman – Etats de droit musulman- Constitutionnalisme – Sécularisation- Minorités religieuses -

---

Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID). Unité mixte de recherche CNRS
Faculté de droit. Université Jean Monnet
2, rue Tréfilerie
42023 Saint-Étienne cedex 2