

Codifier la *chari'a*. Réflexions sur quelques points de l'histoire assez récente de la culture juridique islamique

I. En 1938, le professeur à l'École française de droit de Beyrouth et futur président de la Cour de cassation libanaise, Choucri Cardahi, a fait une remarque frappante sur l'évolution de la culture juridique des pays islamiques :

Tout le monde sait qu'aujourd'hui, le Droit occidental tend à se substituer à la loi coranique dans les contrées musulmanes. En dehors de la Turquie qui, elle, a réalisé la laïcisation complète des ses codes, l'Égypte, toutes les colonies et pays de protectorat français : Algérie, Tunisie, Maroc, Sénégal, Soudan, la Syrie, le Liban, les Indes anglaises, la Palestine, etc., sont aujourd'hui régies par les normes européennes¹.

Malgré le fait que cette observation ait été faite lors de la situation coloniale, et donc sous influence de la conjoncture politique particulière, elle correspond parfaitement à l'ensemble des aspects du changement qui affecte la civilisation islamique depuis un siècle et demi. Il s'agit ici du passage de l'application jurisprudentielle de la loi musulmane «classique», la *chari'a*, à l'élaboration des codifications modernes. Or, ce processus qui transforme profondément la physionomie juridique de l'Islam. S'il fallait se convaincre de la justesse de cette opinion, il suffirait de considérer qu'aujourd'hui, soixante-dix ans plus tard, il n'y a presque plus de pays musulmans sans lois, au moins partiellement, codifiées. Certes, le phénomène de codification est situé, par C. Cardahi, dans un contexte plus large : celui qu'on appelle parfois «l'occidentalisation juridique» et qui, d'une part, fait suite à la domination européenne entre le début du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e et, d'autre part, se produit comme un effet de la métamorphose intellectuelle, sociologique et économique du monde islamique. De ce point de vue, l'idée de codifier la *chari'a* n'a pas seulement une valeur historique ; elle s'inscrit aussi dans les domaines où le débat, tant politique que religieux, est toujours intense². En allant encore plus loin, on

¹ C. Cardahi, *Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : le statut personnel musulman*, [in :] *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, 1938, vol. 2, p. 604.

² Cf. p. ex. W. B. Hallaq, *Can the Shari'a Be Restored ?*, [in :] Y. Haddad, B. Freyer Stowasser (dir.), *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, Walnut Creek – New York, 2004, p. 21–53 et, du point de vue musulman : A. Ahsan Islahi, *Islamic Law Concept and Codification*, trad. de l'arabe par S.A. Rauf, Lahore,

peut se demander, comme l'a fait dans son livre récent l'éminent savant soudanais Abdullahi A. An-Na'im³, s'il ne faut pas – face à toutes ces mutations incontestables – réfléchir à nouveau sur la place de la *chari'a* et son prochain rôle au sein des sociétés musulmanes.

Mais l'intérêt de l'historien du droit est, avant tout, de repérer dans telle évolution de la culture juridique islamique, les inflexions majeures, les lignes de rupture, et d'en comprendre les causes. Comme la codification peut sans doute être tenue pour un phénomène commun à la plupart des civilisations⁴, c'est aussi l'occasion de mettre en relation deux histoires : celle universelle, à laquelle appartiennent les représentations mentales de ce processus, et celle contextualisée dont relèvent les événements décisifs pour sa diffusion dans le temps et l'espace. Ainsi, le montre la problématique de plusieurs travaux⁵ du Professeur Waław Uruszczak, auquel je rends hommage grâce à cette courte étude.

II. Avant d'entreprendre une analyse de l'évolution de ce phénomène dans le contexte musulman, un bref rappel de quelques règles régissant le mécanisme de codification s'impose.

La seule notion de «codification» reste assez vaste ; elle recouvre en fait des pratiques diverses à bien des égards, dont les historiens ont noté la variété, tant dans l'élaboration que dans le contenu et l'ampleur. Autrement dit, le procédé de codification peut être variable : celle-ci peut se réaliser par un simple regroupement des règles déjà existantes, sans ambitions réformatrices, à savoir une «consolidation» ou «compilation», et, bien au contraire, être novatrice dans son concept comme une codification «innovatrice», dite aussi «réelle»⁶. Mais, quelle que soit sa forme, chaque oeuvre de ce type est toujours un produit d'une certaine réalité socioculturelle et historique : «En parlant de la langue mathématique, la codification du droit est fonction de la culture générale de la société dépendant de ses composantes comme la tradition, la conscience sociale, le niveau scolaire, etc.», écrit W. Uruszczak⁷.

1979 ; Abdel Rahman al-Chasri, *Taqin al-chari'a bayna al-halâl wa al-harâm* [Codifier la chari'a entre le licite et l'illicite], s.l., 2006.

³ *Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge – London 2008, cf. surtout la conclusion, p. 267–293.

⁴ On trouvera une bonne introduction sur le sujet dans l'étude de J. Gaudemet, *La codification. Ses formes et ses fins*, in *Sociologie historique du droit*, Paris, 2000, p. 121–140.

⁵ Cf. la bibliographie du Professeur Uruszczak publiée au tome I^{er} de ces *Mélanges*, p. XXXIV, et surtout sa thèse de doctorat : *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej polowie XVI wieku. Korektura Praw z 1532 roku* [Essai de codification du droit polonais dans la première moitié du XVI^e siècle. Correctura iurium de 1532], Warszawa 1979.

⁶ Il n'est pas question d'entrer ici dans une discussion approfondie de cette problématique. On peut cependant noter que cette distinction au sein des différentes formes de «codification», largement reconnue par les historiens, a été proposée en 1928 par Mario E. Viora ; cf. son travail *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967³. Le civiliste polonais Stanisław Goław, qui va dans le même sens, écrit : «La codification ne peut pas être une simple compilation» (*Théorie et technique de la codification*, [in:] *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento, 1904–1929*, Modena, 1930, vol. I, p. 296). Comme les critères de distinction entre la simple consolidation des règles et la codification «réelle» ne sont pas toujours très fermes, certains auteurs montrent que cette opposition n'est pas aussi tranchée. Les autres discutent les principes sur lesquels la codification dite «moderne» doit être fondée, tout en développant les idées de Jeremy Bentham esquissées dans son «*A General View of a Complete Code of Laws*» (publié in *The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, William Tait, Edinburgh, 1843, vol. III, p. 155–210).

⁷ Op. cit., p. 6.

De façon plus générale, un tel processus exige deux opérations. L'une formelle : ranger le droit en un certain ordre ; et l'autre matérielle : le présenter en un ensemble harmonieux, sous-tendu par un certain choix idéologique. Cette seconde opération est liée à des préoccupations principalement politiques. Une codification reste, avant tout, un moyen pour l'État de contrôler le procès juridique ; c'est le travail de juristes professionnels et du pouvoir qui les soutient. Mais c'est aussi au cours de telle opération que l'idée de codification, adoptée par l'élite politique et juridique, rencontre les besoins et les attentes de la société⁸.

Enfin, une codification n'est jamais neutre pour le droit lui-même. Elle marque souvent une «ouverture nouvelle»⁹ par rapport aux formes juridiques anciennes. Comme un efficace instrument d'élimination des ambiguïtés liées à la coexistence de multiples régimes ou normes contradictoires, la transition vers un système codifié a également deux conséquences aussi importantes : en passant par le choix des normes, elle pose des principes fondamentaux qu'il est difficile de dépasser, de même qu'elle change le but, les sources et les méthodes dans la recherche juridique ; à partir de ce moment, le code reste au cœur de l'intérêt de la doctrine.

III. Le système juridique musulman a été confronté au besoin de codification relativement tard, au milieu du XIX^e siècle¹⁰. L'époque à laquelle l'opinion dominante fait remonter les «origines» de celle-ci est celle des *Tanzîmât*¹¹, les fameuses réformes proclamées officiellement dans l'Empire ottoman par le sultan Abdülmecit I^{er}, dans le décret du 3 novembre 1839 connu sous le nom de *Hatt-i Chérif de Gülhane* («*rescrit de la Maison des Roses*»)¹². Ce fut également un projet de réorganisation de l'État qui marquait une étape cruciale de l'histoire et de la mentalité des Turcs. Cependant, le regard qu'une certaine historiographie porte sur cette période pose problème, parce que les efforts de modernisation de l'Empire ottoman sont trop souvent envisagés dans la logique d'une simple influence européenne. En effet, les réformes et plus particulièrement ses sources d'inspirations restent fort tributaires de l'analyse orientée vers la question d'une «occidentalisation». C'est encore autour de la question de la loi que les controverses se multiplient.

Il est bien évident que les relations interculturelles entre l'Orient et l'Occident n'étaient pas seulement situées au niveau de la politique et des éléments économiques mais aussi dans le cadre juridique. Elles conduisaient à la reconnaissance et à la prise en compte de

⁸ Sur cet aspect social de codification, voir les observations de J. Gaudemet, op. cit., p. 125 et s.

⁹ A. Watson, *The Making of the Civil law*, Cambridge, 1981, p. 118.

¹⁰ Certes quelques tentatives de codifier la *chari'a* datent déjà des périodes précédentes, dont la première vient, comme on le reconnaît aujourd'hui, d'Abdallah Ibn al-Muqaffa qui invoquait, dans son livre *Risalat as-sahabah* (*La message des amis*) adressé au Calife Al-Mansour (754–775), les contradictions existant dans les décisions juridiques rendues à propos d'une même question. En effet, il lui suggérait de promulguer un genre de «code» contenant des solutions univoques, mais cette proposition ne resta que lettre morte ; cf. Abdel Rahman al-Chasri, op. cit., p. 3.

¹¹ Le mot *tanzîmât*, pluriel arabe de *tanzîm*, correspond à la «réorganisation», mais il indique précisément plutôt le retour à l'ancienne forme ou aux certains anciens principes qu'un ordre de choses nouveau. Sur les réformes des *Tanzîmât*, cf. l'ouvrage classique de R. H. Davison, *Reform in the Ottoman Empire, 1856–1876*, Princeton, 1963.

¹² Il fut publié dans le *Takvim-i Vekayi* [*Journal officiel*], n° 187 du 15 ramadan 1255/22 novembre 1839, dont les fac-similés sont reproduits in *Tanzimat. Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle* [*Tanzîmât. À l'occasion du centième anniversaire*], İstanbul, 1940, vol. I, après p. 48.

la différence de l'autre système. Face à la supériorité de l'Europe, à l'aube du XIX^e siècle, le monde musulman sentit le besoin de se réformer afin de répondre aux problèmes qui se posaient à lui. L'idée qui naquit, à ce moment-là, était que l'Occident peut servir de modèle. On en retrouve les premières traces chez le cheikh égyptien Rifa'a Rafi al-Tahtawi (1801–1873)¹³. Issu de la vénérable Université d'al-Azhar, venu se former en France, il se nourrit de la pensée philosophique des Lumières et s'enthousiasme pour la législation napoléonienne. Cette influence est remarquable dans ses écrits, notamment au travers de l'idée que les lois devaient être changées et adaptées à chaque époque. La tentative du cheikh Tahtawi fut l'exemple de la «voie de l'occidentalisation»¹⁴ sur laquelle l'Empire ottoman s'est engagé lentement, dans le processus des réformes.

Le contexte idéologique des *Tanzîmât* fut cependant beaucoup plus compliqué. Ş. Mar-din souligne que ses idées étaient inspirées non pas uniquement de la pensée occidentale, mais aussi de l'émergence du réformisme ottoman, lequel ne doit pas être vue seulement comme une simple conséquence d'un rapport de force dans la Méditerranée favorable à l'Europe. Il suggère, de plus, que l'héritage du siècle des Lumières fut complètement inconnu en Turquie, au moins jusqu'aux années 1830¹⁵. En tout cas, l'impact de la culture juridique européenne, et notamment française, sur la législation des *Tanzîmât* est incontestable. Si on prend en considération les premiers codes ottomans dont celui du commerce de 1850 (*Ticaret Kanunundan*) et celui du commerce maritime de 1863 (*Deniz Ticaret Kanunu*), on ne peut douter qu'ils soient les actes de réception substantielle du droit napoléonien. Pour les appliquer, les tribunaux laïcs – précédemment inconnus – avaient été créés et placés sous l'autorité du ministre de la Justice¹⁶. Ce phénomène ne doit pas nous surprendre. À partir du XIX^e siècle, la grande dynamique du développement des relations économiques avec l'Europe met au jour le besoin de refléter, dans une forme claire et accessible, les différentes règles du droit. De plus, la création des banques et l'émission des bons du trésor rendaient impossible l'application de préceptes islamiques tels que, par exemple, l'interdiction formelle du prêt à intérêt. Puisque les codifications françaises représentaient, à l'époque, le modèle suprême des législations modernes, c'est donc en toute logique que l'Empire ottoman s'en inspira. Mais il semble que ce processus ne soit que le produit d'une «occidentalisation» uniquement extérieure. Autrement dit, le transfert culturel du modèle du «code», tel qu'il se développe en Europe dès la fin du XVIII^e siècle, porte plus sur l'aspect formel de codification que matériel. Le mécanisme, la rationalisation et la systématisation du droit furent tout d'abord, comme le souligne

¹³ Cf. A. Hourani, *Arabic Thought in the Liberal Age 1798–1939*, Cambridge, 1983², p. 69 et s. Sur son séjour en France, voir : D. L. Newman, *An Imam in Paris: Al-Tahtawi's Visit to France (1826–1831)*, London, 2002.

¹⁴ M. T. Bensaada, *Approche socio-historique des théologies islamiques de la libération*, [in:] *Théologies de la Libération*, Paris, 2000, p. 168.

¹⁵ *The Genesis of Young Ottoman Thought. A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas*, Syracuse 2000², p. 7–8. Selon B. Lewis (*Colloque sur la Sociologie Musulmane. Actes. 11–14 Septembre 1961*, «Correspondance d'Orient» s.d., Bruxelles, n° 5, p. 195–196), l'ouverture de l'Empire ottoman vers l'Occident a débuté déjà à partir du traité de Karlowitz de 1699 ; cependant, l'intensification de ce contact interculturel s'est produit au plus tôt au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles.

¹⁶ Le premier tribunal laïc fut érigé par le Ministère du Commerce (*Ticaret Meclis-i*) à Constantinople, en 1840. Les autres, civils et pénaux, suivirent dans les années 1840 et 1850.

l'historien turc İlber Ortaylı¹⁷, un important moyen pour les réformes destinées à renforcer le centralisme de l'Empire ottoman et le pouvoir du sultan. Le but consistait donc, sur le plan de la politique juridique, à concilier la tradition islamique et le besoin d'édification d'un nouvel ordre calqué sur le droit positif. Cette recherche d'équilibre se situait à deux niveaux : d'une part, pour justifier le rôle essentiel de l'État dans la production du droit et l'aménagement de l'application de la *chari'a* et d'autre part, dans le contenu de la législation nouvelle. L'expérience de la codification fut en même temps le signe et le ferment d'une intégration juridique¹⁸.

Pour comprendre cette complexité des conditions socio-juridiques, il faut revenir à l'évolution antérieure du pouvoir législatif du sultan. À l'aube des *Tanzîmât*, le système juridique ottoman ne fut pas homogène¹⁹. Deux types de sources y coexistaient: celles traditionnelles du *fiqh*, le droit technique englobant la *chari'a* et celles issues des *firman*s²⁰, c'est-à-dire des décrets d'un souverain. Ces derniers créaient les règles du *qânoun* de caractère administratif, fiscal, militaire, commercial, etc. Il s'agissait plus généralement de préciser les questions qui n'étaient pas suffisamment réglées par la *chari'a*. Le droit du souverain d'édicter ces décrets reposait sur le concept de *siyâsa*, littéralement «la politique»²¹. Les *firman*s se devaient donc de ne pas être en contradiction avec les règles de la *chari'a* et, par conséquent, ils ont été considérés comme la législation indépendante du *fiqh*²². Par la revivification de la fonction califale, au cours des XVI^e et XVII^e siècles, le sultan ottoman commença à acquérir de l'influence sur les ulémas et, en effet, à renforcer sa position en tant que législateur. La balance du pouvoir penchait lentement en sa faveur. Ce processus, nommé parfois «le cercle de la justice»²³, s'inspira d'une ancienne maxime qui affirme : «Il n'y a pas de sultans sans soldats, il n'y a pas de soldats sans argent, il n'y a pas d'argent sans bien-être de leurs sujets, et il n'y a pas de bien-être sans justice». On rencontre des références au «cercle de la justice» chez les penseurs ottomans dont un le plus grand *şeyhülislam* du XVI^e siècle, Ebu's-su'ud qui a reconnu le droit discrétionnaire du sultan d'intervenir en matière de *fiqh*, notamment par le choix entre les diverses opinions des écoles juridiction²⁴. Ajoutons encore que cette conception du pouvoir ne reste

¹⁷ Cf. son article : *Le Tanzimat et le modèle français : mimétisme ou adaptation?*, [in:] idem, *Studies on Ottoman Transformation*, coll. «Analecta Isisiana», İstanbul, 1994, vol. 10, p. 99–108.

¹⁸ C'est un phénomène bien connu des sciences politiques. Denys de Béchillon remarque que «l'État ne peut pas ne pas chercher à isoler un objet «Droit» en son sein, parce que l'une des plus grandes ambitions sous-jacentes à l'idée même sur laquelle il est construit consiste en la maîtrise d'un système de règles autonome aux fins d'optimiser le contrôle politique du corps social» (*Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, 1997, p. 140).

¹⁹ Cf. sur cette question G. Akça, H. Hülür, *Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri (Fondements juridiques du droit ottoman et la dynamique socio-politique des réformes à l'époque des Tanzîmât)*, «Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi», 2006, n° 19, p. 299 et s.

²⁰ Le mot «*firman*» (en turc : *ferman*) vient du terme persan «*farmân*» désignant «ordre», «ordonnance» ou «décret».

²¹ Cf. F. M. Najjar, *Siyasa in Islamic Political Philosophy*, [in :] M. Marmura (dir.), *Islamic Theory and Philosophy. Studies in Honor of George F. Hourani*, Albany, 1984, p. 92–111.

²² Sur la relation entre la *chari'a* et le *qânoun*, voir : M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi (Histoire du droit turc)*, İstanbul, 2005, p. 73 et s. ; C. Imber, *Ebu's-su'ud : The Islamic Legal Tradition*, Stanford, 1997, p. 24 et s.

²³ M. Heper, *The State Tradition in Turkey*, Walkington, 1985, p. 25.

²⁴ C. Imber, op. cit., p. 106 et s.

pas sans impact sur la juridiction : les prérogatives des cadis furent réduites, particulièrement en matière de droit pénal. L'un des *firmans* du XVII^e siècle, cité par U. Heyd²⁵, a stipulé qu'ils étaient

chargés d'exécuter les lois de la *chari'a* [...] mais doivent se soumettre, en ce qui concerne l'ordre du Royaume, la protection et la défense des sujets, et ensuite les peines corporelles et capitales, aux gouverneurs du sultan qui sont ses représentants autorisés dans les matières militaires et les graves affaires criminelles.

IV. Une longue transformation du système juridique ottoman permet d'ouvrir des pistes de réflexion qui avaient inspiré les réformateurs de l'ère des *Tanzîmât*. Le code pénal, *Ceza Kanunnamesi*, publié en 1840²⁶, fut le signe précurseur de la nouvelle politique. Il se caractérise par des innovations majeures²⁷. Pour la première fois dans l'histoire, le *qânoun* avait été élaboré sous la forme de «code», avec son contenu divisé en articles. Mais, à part quelques inspirations du droit français, *Ceza Kanunnamesi* se présente comme une sorte de compilation des règles chariatiques²⁸. Par ailleurs, il convient de noter que le code fut aussi novateur dans son principe : il réalise un postulat majeur de *Hatt-i Chérif*, celui de l'égalité de tous les sujets ottomans devant la loi.

V. Parmi les législations qui s'étaient succédé à partir de celle de 1840, aucune n'a plus d'importance que *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, le code civil ottoman (*Osmanlı Medeni Kanunu*). Sa première partie apparut en 1869 et fut complétée en 1876²⁹. La décision de le rédiger provoqua la controverse. Deux projets s'opposaient en ce que l'un voulait simplement traduire et adopter le code Napoléon et l'autre, choisi par le gouvernement, prévoyait de créer un travail fondé sur le *fiqh*. Après des débats passionnés au sein de la Commission présidée par Ahmet Cevdet Paşa (1822–1895), homme d'État et historien d'origine bulgare, il fut finalement décidé que le code serait une oeuvre de compromis réconciliant l'ancien système juridique et les exigences de la modernité. Cette conception s'appuyait sur le programme des Jeunes Turcs, selon lesquels il fallait que les règles du droit islamique soient rassemblées sous forme adaptée aux besoins contemporains de la société ottomane³⁰. Le cours des travaux de la Commission illustre son désir : «codification», ou plus précisément ce qu'on peut nommer en arabe «*taqîn al-madani*», l'effort de codifier la partie du droit musulman concernant les règles et principes qui régissent la vie de l'individu en société au niveau social, économique et financier (*fiqh al-muamalat*). Il est remarquable que les raisons d'une réflexion sur ce processus, invoquées par la Com-

²⁵ *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, p. 209.

²⁶ La traduction française fut publiée par M. Hello, *Code pénal turc*, «Revue de Législation et de jurisprudence», 1840, 2^e série, vol. 12, p. 65–74.

²⁷ G. Akça, H. Hülür, op. cit., p. 309.

²⁸ Cf. p. ex., chap. I, art. 1; chap. IX, art. 3; chap. X, art. 2.

²⁹ La traduction française de *Mecelle*, effectuée par George Young, fut publiée, [in:] *Corps de droit ottoman. Recueil des Codes, Lois, Règlements, Ordonnances et Actes les plus importants du Droit Intérieur; et d'Etudes sur le Droit Coutumier de l'Empire Ottoman*, Oxford, 1906, vol. 6, p. 176 i s. On dispose de quelques commentaires en arabe, dont deux importants: Selim Rustam Baz al-Lubnani, *Sharh al-Majalla (Explication de la Mecelle)*, 2 vols., Beyrouth, 1986 [1887–1888] et Ali Haydar Pasha, *Durar al-Hukkam fi Sharh Majallat al-Ahkam*, 16 vols., Al-Qahira, 1925–1934.

³⁰ Ş. Mardin, op. cit., p. 163–164, 313–319.

mission, furent similaires à celles de Ibn Al-Muqaffa: divergences au sein des *madhab-s*; difficulté de recourir aux textes du *fiqh* qui étaient trop gros, compliqués, et confus; défaut de personnes compétentes en matière de justice et insuffisance des règles existantes pour embrasser tous les problèmes juridiques³¹. Quant à la technique de préparation des diverses parties de *Mecelle*, la Commission prit pour point de départ l'ensemble des règles d'après l'école hanafite, qui jouissait d'un statut officiel dans l'Empire ottoman. «Toutefois, parmi les opinions des jurisconsultes les plus autorisés du rite hanafite, quelques-unes étant moins rigoureuses et plus appropriées aux exigences de l'époque, ce sont celles-là que nous avons adoptées», confirma-t-elle dans son memorandum justificatif³². Le principe de *takhayyur* (*takhyir*) fut donc choisi, c'est-à-dire une sélection parmi des éléments appartenant à une ou plusieurs écoles. Quoique ce processus en lui-même ne conduise pas à la réforme interne de la *chari'a* – dans son cadre, les règles du droit doivent être rangées sans changement du fond – il renforce, par son éclectisme, l'impulsion à la codification. En l'utilisant, la Commission dépassa ainsi les limites du rite officiel et accepta certaines des opinions provenant de juristes non hanafites. On doit du reste ajouter que, au contraire de la méthode classique, le choix d'une règle particulière était fait au-delà du raisonnement juridique et simplement justifié par les besoins des temps modernes.

Dans sa rédaction définitive, la *Mecelle* s'ouvre sur une partie générale composée de deux sections qui définissent le *fiqh* et énoncent ses principes fondamentaux³³. Les seize livres suivants abordent également les contrats, les dommages et la procédure civile³⁴. Comme le code fut mis en pratique dans les tribunaux de la *chari'a*, ainsi que dans les tribunaux laïcs, *Nizamiye Mahkemeleri*, institués en 1869, elle s'appliqua aussi à la population non musulmane en tant que loi étatique. En 1880, cette action codificatrice trouva son prolongement dans l'inauguration de la nouvelle école, *Mekteb-i Hukuk*, qui eut pour mission de former les magistrats de la justice. La *Mecelle* a confirmé sa dimension remarquable par sa survie, au sein du monde musulman³⁵: elle est restée en vigueur jusqu'aux années 1980!

VI. Si la seconde moitié du XIX^e siècle a vu se dérouler les «début» de la codification de la *chari'a*, le XX^e siècle a assisté au mouvement d'uniformisation de ce droit destiné à l'intégration juridique, à l'échelle des États nationaux. Une tendance se dessine très

³¹ G. Aristarchi Bey, *Législation ottomane ou Recueil des lois, règlements, ordonnances, traités, capitulations et autres documents officiels de l'Empire ottoman*, Constantinople, 1881, vol. 6, p. 7 et s.

³² Ibidem, p. 15.

³³ Art. 1 à 100 de la *Mecelle*; cf. aussi une analyse détaillée des principes du *fiqh*, d'après l'école hanafite du cheik Ahmad bin Muhammad al-Zarqa, *Sharh al-qawa'id al-fiqhiya (Explication des principes du fiqh)*, Damas, 1989.

³⁴ Ils traitent plus particulièrement des ventes (*buyu*; art. 101 à 403), de la location (*idjara*; art. 404 à 611), de la garantie (*kafala*; art. 612 à 672), du transfert des dettes (*hawala*; art. 673 à 700), du nantissement (*rahn*; art. 701 à 761), des dépôts (*amanat*; art. 762 à 832), de la donation (*hiba*; art. 833 à 880), de l'usurpation et des dommages causés aux biens (*ghazb wa-iltaf*; art. 881 à 940), de l'interdiction, de la contrainte et de la préemption (*hadjr, ikrah wa-shufa*; art. 941 à 1044), de la copropriété (*sharika*; art. 1045 à 1448), de la représentation (*wakkala*; art. 1449 à 1530), du règlement amiable et de la remise de dettes (*sulh wa-ibra*; art. 1531 à 1571), de l'aveu (*ikrar*; art. 1572 à 1612), des procès (*da'wa*; art. 1613 à 1675), des preuves et des serments (*bayyinat wa-tahlif*; art. 1676 à 1783) et enfin du jugement (*kada*; art. 1784 à 1851).

³⁵ Cf. G. Tedeschi, *Le centenaire de la Mejellé*, «Revue internationale de droit comparé» (ci-après: R.I.D.C.), 1967, vol. 21, n° 1, p. 126–128.

nettement: les efforts d'adaptation du statut personnel aux conditions de la civilisation contemporaine. Le droit islamique de la famille fut et reste toujours l'une des arènes principales dans lesquelles se déroule le processus de réforme. Deux aspects revêtent une importance particulière, à cet égard³⁶. Le premier, c'est la relation entre la tradition et le changement; il touche donc non seulement les matières juridiques, mais aussi les problèmes de la vie sociale, de la morale, de la culture. Le deuxième aspect concerne la méthodologie des réformes utilisées dans le cadre de la politique législative.

Il faut tout d'abord souligner que le concept du statut personnel, «*ahwal shakhsiya*», fut inconnu du droit musulman classique. Introduit à la fin du XIX^e siècle sous la poussée des courants réformistes, il peut être défini, d'après B. Botiveau, comme «le paradigme d'un droit positif produit à partir du *fiqh*»³⁷. En fait, il s'agit d'une notion ambiguë, fruit d'un double héritage, celui islamique et celui colonial. Au contraire du droit d'obligation ou commercial, les pouvoirs coloniaux étaient généralement peu intéressés par l'unification des règles touchant la vie familiale de la population indigène. C'est pendant cette époque que le statut personnel avait encore renforcé son rôle, en devenant le point de référence pour les sociétés musulmanes qui s'étaient tournées vers la tradition, y compris juridique, par réaction à l'occupation occidentale, afin d'affirmer leur identité culturelle. En conséquence, la matière de «*ahwal shakhsiya*» soumettait assez tardivement à la codification.

Les premiers essais de codification du statut personnel remontent au code ottoman de la famille, *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, de 1917 et aux lois égyptiennes de 1920 et 1929. À la même époque, le gouvernement algérien a chargé la commission spéciale d'élaborer un projet de codification du droit musulman, dont deux livres concernant le droit de la famille et de succession qui n'a jamais été promulgué bien qu'achevé et publié en 1916³⁸. Mais c'est à l'époque postcoloniale que ces tentatives sont plus nombreuses. La plupart des pays musulmans se dotent, dans l'euphorie de la souveraineté recouvrée, de codes modernes de statut personnel: la Jordanie (1951), la Syrie (1953), la Tunisie (1956), le Maroc (1957–1958), l'Irak (1959), etc. D'autres ont connu un processus plus chaotique et plus conflictuel comme l'Algérie où le code de la famille, *qânûn al-usra*, a été promul-

³⁶ J. L. Eposito, *Women in Muslim Family Law*, New York, 2001², p. 156.

³⁷ *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris – Aix-En-Provence, 1993, p. 29. L'origine de la notion «*ahwal shakhsiya*» n'est pas certaine, mais il semble qu'elle pourrait provenir de Muhammad Qadri Pacha, qui l'a utilisée pour la première fois dans son recueil «*Al-ahkam al-shar'iyyah fil-ahwal al-shakhsiyah 'ala madhhab al-imam Abi-Hanifah Al-Nu'man*» publié au Caire en 1875. Il s'agit là d'un projet de codification à l'usage des magistrats égyptiens (dont les articles 332 à 647 relatifs au statut personnel) mais il n'a jamais été réalisé; pour une traduction française, cf. *Statut Personnel (textes en vigueur au Liban, rassemblés et traduits par M. Mahmassani)*, Beyrouth, 1970, p. 136-289. Signalons aussi que ce concept n'a pas toujours une signification uniforme. S'il sert également à désigner l'ensemble des règles applicables aux musulmans au cours de leur vie civile et lors de leur décès, il ne recouvre pas les mêmes matières dans tous les pays. En général, la notion «*ahwal shakhsiya*» se rapporte aux lois qui régissent l'état et la capacité des personnes, la formation et dissolution du mariage, la filiation, le régime juridique de la puissance parentale et de la tutelle, l'obligation alimentaire et, enfin, la succession. Mais sur quelques points, dont le plus controversé est le *wakf*, c'est-à-dire les fondations pieuses, les différents pays musulmans ne sont pas d'accord, en le plaçant soit dans le domaine du statut personnel, soit dans celui du droit réel. Cf. C. Cardahi, op. cit., p. 606–607.

³⁸ Aujourd'hui ce projet est connu sous le nom de «Code Morand». Pour le détail, cf. M. Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris – La Haye, 1977, p. 107–113.

gué vingt-deux ans après l'indépendance, en 1984³⁹. Quelques pays se sont dernièrement ralliés à cette entreprise, comme la Mauritanie en 2001, ou se trouvent en discussion au sujet d'une codification.

Sans entrer ici dans une analyse détaillée du contenu de ces codes, on fera remarquer l'essentiel, à savoir la manière dont ils sont préparés. Dans leur majorité, les premières codifications édictées en statut personnel se contentaient seulement de ranger la matière. Or, cette entreprise ne s'accompagnait d'aucun remodelage interne du droit de la famille. Mais sur le plan idéologique, elle détermine une conséquence importante : l'extension du pouvoir étatique. Les prérogatives législatives étaient transférées à une autorité centralisée et séculaire. En conséquence, la nouvelle hiérarchie normative était instituée par ces codes. Les sources juridiques traditionnelles ont été remplacées par le droit positif. C'est seulement à défaut de dispositions législatives que la *chari'a* ou les coutumes pourraient être invoquées. Ce transfert institutionnel est généralement perçu comme un facteur de souveraineté de l'État postcolonial⁴⁰. Néanmoins, les codes du statut personnel n'ont jamais coupé les liens avec le système classique de normativité islamique, auquel, sous des modalités diverses et par des voies multiples, ils ont constamment fait référence⁴¹.

Comme déjà mentionné plus haut, la codification du Statut personnel représente aussi un moment important du processus réformiste. Dans ce contexte, le cas tunisien a marqué un tournant radical, si l'on compare avec les occurrences précédentes, puisque c'était la première fois que le code avait tenté aussi fort d'adapter les principes «*ahwal shakhsiya*» à l'esprit du temps et de répondre au besoin de sécurité juridique de la famille. En Tunisie, l'idée de réforme s'était manifestée de façon récurrente dès la seconde moitié du XIX^e siècle. En ce sens, le processus de la modernisation de l'État inauguré par Habib Bourguiba, le président de la République à partir de 1957, plonge ses racines dans cette tradition du réformisme. Mais le programme qu'il a proposé au peuple tunisien ne fut pas une simple continuation du passé ; il a opéré, bien au contraire, tant par innovation que par rupture⁴². S'inspirant des thèses de Tahir al-Haddad⁴³, Bourguiba décida de supprimer certaines prescriptions de la *chari'a*, telle que la polygamie ou la répudiation. Dans l'allocution prononcée pour présenter le nouveau Code de statut personnel, en 1956, il reconnaissait que «la famille constitue le fondement de la société. Mais cette famille ne peut prospérer que dans la dignité et le respect mutuel. Nous voulons non seulement élever le niveau de la femme, mais également instaurer le respect entre les époux et assurer le bien-être de leurs enfants». Ces innovations législatives et avancées sociales sont présentées comme le fruit d'un *ijtihad*, un effort d'adaptation législative procédant de l'intérieur de l'islam et répondant aux exigences des temps modernes (*ruh al-acr*). La codification du statut personnel en Tunisie était donc l'effet, d'une part, d'une continuation du mouvement de

³⁹ Cf. L. Hamdan, *Les difficultés de codification du droit de la famille algérienne*, R.I.D.C., 1984, vol. 37, n° 4, p. 1001–1015.

⁴⁰ Voir aussi les remarques de J. Gaudemet, op. cit., p. 139.

⁴¹ Cf., p. ex., l'art. 400 du code marocain de 2004, art. 222 du code algérien de 1984, art. 3 de la loi égyptienne de 2001. Notons que les références à l'islam, ou à la *chari'a*, souvent aux deux, sont multiples tant au niveau des dispositions générales des codes que des constitutions.

⁴² Pour la synthèse de la pensée du leader tunisien, cf. B. Mestiri, *La pensée politique et sociale du Président Habib Bourguiba*, Tunis, 2002.

⁴³ Penseur tunisien de l'entre-deux-guerres qui est, notamment, l'auteur du traité «*Imra'atu-na fi l-chari'a wa-l-mugtama*» («*Notre femme dans la loi et dans la société*»), publié à Tunis en 1930.

réformes législatives entreprises dans le monde musulman dès la fin du XIX^e siècle, et d'autre part, d'une approche à la fois critique et créative de l'héritage juridique de l'islam, de l'évolution sociale et de l'esprit des temps modernes.

VII. Un autre champ d'ouverture possible et un potentiel non exploité de réalisation de l'idée de codifier la *chari'a* sont apparus dans la seconde moitié du XX^e siècle : ceux des efforts d'unification du droit musulman à l'échelle internationale. Une étape importante, dans la collaboration et l'unification du droit arabe, a été franchie avec la création, en 1977, du Conseil des Ministres Arabes de la Justice. Le but de cette initiative était de permettre aux agents de la justice

d'accomplir les obligations que leur inspire leur responsabilité en apportant une contribution à l'action arabe commune, en matière législative et judiciaire, particulièrement en ce qui concerne les efforts déployés par la Ligue Arabe pour unifier les législations arabes et les moderniser, ou conclure des conventions de coopération judiciaire entre Etats Arabes⁴⁴.

Diverses tentatives d'unification basées sur la *chari'a* ont été effectuées, dont la plus importante en matière de droit pénal, mais jusqu'à aujourd'hui cette idée reste toujours à l'état de projet. Toutefois, c'est une preuve que le phénomène de codification a conquis, avec le temps, la culture juridique islamique.

SUMMARY

The codification of Shari'ah. Reflections on some points of rather recent history of Islamic legal culture

The paper analyses some aspects of the process of codification of the classical Islamic law (Shari'ah). The idea of the modern code of laws emerged in the Islamic legal culture only in the second half of the 19th century. Its beginnings are connected with the Tanzimat – a period of reformation in the Ottoman Empire. Not only was the codification of Shari'ah the result of the political and cultural contacts with Europe, but also the final result of the long term evolution of the Turkish legal system. As far as the history of law is concerned, there are three significant aspects of the process: proclamation of *Mecelle-i Ahkam-i Adliye* between 1869 and 1876, the first code of laws based on the principles of the classical Islamic law; extending the idea of codification to the personal status; and the attempt to unify the Islamic law on the basis of the codes in the 1970s and 1980s. The phenomena confirm that the idea of the codification of Shari'ah has spread successfully in Islamic legal culture, while there is no Muslim state, where the law system is not codified to some extent at least.

⁴⁴ Fragment du «Manifeste de Rabat»; la version française fut publiée in *Recueil de documents du Conseil*, Rabat, 1987, vol. 1, p. 13 et s.