

Les Cahiers de droit



Karim BENYEKHFLEF (dir.), *Les cultures du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, 163 p., ISBN 978-2-89400-302-2.

Titine Kouendze

Volume 54, Number 4, December 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1020660ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1020660ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Kouendze, T. (2013). Review of [Karim BENYEKHFLEF (dir.), *Les cultures du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, 163 p., ISBN 978-2-89400-302-2.] *Les Cahiers de droit*, 54(4), 1016–1020. <https://doi.org/10.7202/1020660ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 2013

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

professeur Maurice Tancelin est peut-être là : établir une borne marquant la croisée des chemins pour les juristes contemporains que nous sommes.

Ivan TCHOTOURIAN
Université Laval

Karim BENEYKHLEF (dir.), **Les cultures du droit**, Montréal, Éditions Thémis, 2012, 163 p., ISBN 978-2-89400-302-2.

L'ouvrage dont nous faisons la recension ici est le résultat d'une série de conférences organisée par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Rédigé sous la direction de Karim Beneykhlef, professeur à la Faculté de droit et directeur du Centre de recherche en droit public, l'ouvrage *Les cultures du droit* interroge le rapport entre le droit et la religion. Le point de départ de ce travail de recherche est une définition particulière du droit. Non défini dans cet ouvrage comme un ensemble de règles positives régissant un domaine précis, le droit y est plutôt appréhendé dans son assertion anthropologique comme un artefact culturel. La religion étant une « autre construction culturelle humaine¹ », la question que se posent les auteurs est de savoir quelles sont les fonctions contemporaines du droit dans nos sociétés où les conflits religieux, les revendications identitaires et les changements que nous impose la mondialisation sont plus présents que jamais. Comment le droit parvient-il à réglementer et à régulariser ces nouveaux conflits ? En réponse à ces questions, les hypothèses sont partagées, mais les auteurs s'accordent à penser que le privilège doit être donné à l'évolution des sociétés vers un idéal démocratique commun, sans perdre la quintessence de ce que le sacré offre à chacun. Les problèmes entourant les questions religieuses et identitaires sont nombreux, et les auteurs en font un bel étalage dans cet ouvrage. Ils s'inté-

ressent précisément à la religion musulmane, au droit musulman, au rapport existant entre le droit et le sacré ainsi qu'aux problèmes identitaires, notamment ceux qui sont liés à la citoyenneté et à la naturalisation. Pour faciliter la compréhension de l'ouvrage, nous avons rassemblé les différents textes sous ces thèmes et nous les examinons dans le même ordre.

Les réflexions sur l'islam et le droit musulman occupent plus de la moitié de cet ouvrage. Il est intéressant de lire la construction et l'évolution du droit musulman de même que les problématiques actuelles auxquelles doivent faire face les États « traversés par le fait islamique² ». Ces problématiques ne sont en réalité pas différentes de celles des sociétés occidentales où il y a, à un autre niveau, débat entre la conservation des cultures et des traditions d'antan et l'ouverture parfois trop excessive de la nouvelle démocratie libérale, qui semble entrer dans la phase la plus perverse de son histoire : c'est le débat politique classique entre libéraux et conservateurs. Quatre des huit articles de cet ouvrage tentent de dissiper le flou qui existe dans la conception de la religion musulmane et la confusion sur la définition du droit musulman, ce qui soulève les problèmes identitaires et culturels.

Dans l'article intitulé « Le droit musulman et le statut des femmes : dissiper le malentendu³ », Rim Gtari lève le voile sur les définitions erronées du droit musulman, aujourd'hui symbole de conservatisme et d'oppression. Elle rappelle dans les premières lignes de son texte que, dès son apparition, l'islam était une religion fondamentalement progressiste. Et que, de ce fait, il avait fortement transformé le statut des femmes qui sont très vite passées d'objets à celui de sujets de droits. Cette auteure estime, contrairement à la majorité des chercheurs,

1. Karim BENEYKHLEF, « Préface », dans Karim BENEYKHLEF (dir.), *Les cultures du droit*, Montréal, Thémis, 2012, p. 1, à la page 4.

2. Samia AMOR, « Le droit islamique : qui en est le législateur ? », dans K. BENEYKHLEF, préc., note 1, p. 131, à la page 140.

3. Rim GTARI, « Le droit musulman et le statut des femmes : dissiper le malentendu », dans K. BENEYKHLEF, préc., note 1, p. 111.

qu'il existe une distinction entre l'islam et le droit musulman qui, bien qu'il soit inspiré du Coran et des récits du prophète Mohamet, est le fruit d'un travail d'interprétation des juristes.

Rim Gtari plonge ensuite dans l'histoire pour nous expliquer comment l'esprit humain a façonné et construit le droit musulman actuel. Elle précise que la situation des femmes musulmanes aujourd'hui est le résultat du maintien, par les rédacteurs de la loi, des pratiques coutumières ancestrales distinctes du contenu de la loi du Coran. Elle le démontre à travers le récit de l'évolution de la situation de la femme musulmane, partant de la période postMohamet, à la période de la révélation du Coran puis jusqu'à nos jours. Il ressort de sa comparaison que les inégalités régnantes dans l'Antiquité ont perduré par la volonté des juristes contournant ainsi la loi coranique qui, pourtant, apporte une vision complètement différente de la femme. C'est ainsi que, s'appuyant sur des versets précis du Coran, Rim Gtari clarifie l'apport de la révélation à la situation de la femme musulmane et qu'elle évoque la question du droit à la vie, celle de la procréation de l'homme et de la femme, celle de la personnalité juridique de la femme et des droits qui y sont rattachés, celle de l'égalité entre l'homme et la femme et, finalement, la question cruciale de la polygamie. Cette auteure déplore que ces dispositions ne soient pas respectées dans les pays musulmans, à l'exception de la Tunisie qui, depuis près de 50 ans, a fait des progrès incroyables en ce qui concerne le statut des femmes. En effet, la Tunisie est l'un des rares pays musulmans qui fait une interprétation libérale des textes coraniques se rapportant au statut des femmes. Une place importante est accordée à l'interprétation dans la construction du droit musulman tunisien. Les États musulmans doivent lui emboîter le pas, et ce, pour que la femme musulmane recouvre sa position dans la société. Ce texte est très intéressant, car il aide le profane à se faire une idée sur la réalité du droit musulman et de l'islam. Cependant, il ne nous laisse pas sans inquiétude. La question qui se pose est

celle de savoir si l'interprétation n'est pas le piège dans lequel tombent tous les juristes, législateur comme juge ou encore auteur de doctrine et praticien. Quelle garantie avon-nous de la pertinence ou même de la vérité de notre interprétation, quels référents utilisons-nous pour élaborer nos interprétations ? Avec quel regard ? Quel angle utilisons-nous pour interpréter ? Une étude d'effectivité ou d'efficacité ne serait-elle pas plus pertinente, pour savoir ce qui est adéquat pour nos sociétés ? Toutes les sociétés africaines d'aujourd'hui subissent l'influence de la culture occidentale. Lorsque l'auteure réclame une évolution tenant compte de la réalité de la société actuelle, ne fait-elle pas allusion à la vague de libéralisme qui envahit nos sociétés ? Devons-nous transformer ou, comme elle le suggère, interpréter nos lois en fonction de celles des autres ? C'est là encore la problématique du phénomène des modes. À quelle réalité faut-il se rattacher ? Toute mode véhicule une culture précise. Sommes-nous en train de créer un monde complètement uniforme ?

Le propos de Karine Bates peut être considéré comme une réponse anthropologique à ce type de question. En effet, dans son article intitulé « Réflexions sur la fonction anthropologique du droit⁴ », elle s'intéresse au rôle de l'anthropologie dans la compréhension des phénomènes juridiques et à leur intégration dans les sociétés traditionnelles : c'est le cas de la réception des droits de la personne dans les sociétés non occidentales. Cette auteure l'illustre en commentant le droit de résidence pour les femmes en Inde (*Domestic Violence Act*⁵) : elle découvre que son effectivité est mise à mal par les réalités socioculturelles de l'Inde, qui ont perduré depuis la colonisation. Il semble donc que l'effectivité du droit ne puisse se faire sans une étude de la culture et des pratiques dans les sociétés en cause. La prise en considération du point de vue et

4. Karine BATES, « Réflexions sur la fonction anthropologique du droit », dans K. BENYKHELF, préc., note 1, p. 149.

5. *Protection of Women from Domestic Violence Act*, No. 43 of 2005.

de l'expérience du sujet de droit est importante dans l'élaboration des règles de droit. Tenir compte de la culture, qui est désormais définie comme évolutive, dynamique et vouée au changement sous l'influence de tout genre de phénomène, l'est également.

Samia Amor, quant à elle, va dans le même sens que Rim Gtari : elle expose, dans son article intitulé « Le droit islamique, qui en est le législateur⁶ ? », l'écart qui existe entre le droit islamique originel, c'est-à-dire la révélation, et les réalités des sociétés économiques musulmanes actuelles. Comment le droit islamique parvient-il à s'adapter ? Certains juristes estiment que « la solution est dans le maintien de la pratique de l'imitation du mode de résolution des problèmes de ce dernier et de l'adoption de la méthode analogique⁷ ». Ils établissent ainsi une distinction entre la morale et le juridique. Cette auteure nous raconte également l'histoire de la construction du droit musulman. Elle commence par commenter le sens imprécis qui est donné aux notions de droit musulman et de droit islamique. Elle justifie la confusion dans ces notions par l'histoire du droit islamique lui-même. Elle part ainsi de la révélation du prophète Mahomet jusqu'aux changements dus à l'évolution de la société et de la naissance de nouveaux besoins et va jusqu'à la création des différentes écoles juridiques qui, de plus en plus, s'éloignent des bases du droit islamique. Elle affirme que « [e]n conséquence, le droit islamique classique est loin d'être une surdétermination de l'islam⁸ ». En effet, le droit islamique est une construction humaine et, contrairement à l'idée totalisante que développent certains auteurs, il existait dans les sociétés islamiques d'antan une distinction entre le droit étatique et le droit musulman. Ce dernier, tel qu'il est défini aujourd'hui, est le fruit du travail des juriconsultes qui ont subi fortement l'influence des pratiques coutumières qui régnaient à l'époque postMohamet.

Le droit islamique est sous l'influence, de nos jours, des cultures extérieures et de la modernité. Les discussions actuelles dans le monde des juristes se traduisent par deux principaux courants : le courant libéral, dirigé par Muhammad Abdu et Rachid Ridha, et le courant conservateur, qui prône l'immuabilité du droit islamique. Pour finir, Samia Amor s'interroge sur « la nouvelle donne juridique dans les pays "traversés par le fait islamique"⁹ ». En effet, les sociétés islamiques actuelles sont partagées entre les exigences exogènes liées aux droits de la personne et les exigences internes liées à l'islam.

Les problématiques du rapport entre le droit et le sacré sont développées par Abdelwahad Medded¹⁰, Philippe Chiappini¹¹ et Jean Leclair¹². Le premier aborde ce rapport à travers la question de la séparation du droit, du politique et de la religion et celle de la consubstantialité. Ayant pris pour objet d'étude l'islam, Abdelwahad Medded critique l'idée de consubstantialité qu'évoquent les tenants d'un islam totalisant, qui ne font aucune distinction entre le droit, le politique et le religieux au sein de l'islam. Il démontre dans son texte que la consubstantialité, que proclament certains auteurs, ne se constate pas dans la pratique : bien au contraire, l'idée de religion totalisante s'est changée en idéologie de combat et a transmuté vers le totalitarisme. C'est ce qui explique les actions des islamistes radicaux, tels les attentats du 11 septembre 2001. Cet auteur prône la séparation et donc le renouvellement de l'islam par la marche vers la démocratie, en tenant compte de la réalité mondiale à laquelle même cette religion ne peut échapper. Il salue à cet égard le travail

9. *Id.*, à la page 146.

10. Abdelwahab MEDDED, « Religion et politique (entre la grande séparation et la consubstantialité) », dans K. BENYEKHEF, préc., note 1, p. 17.

11. Philippe CHIAPPINI, « Le droit et le sacré », dans K. BENYEKHEF, préc., note 1, p. 35.

12. Jean LECLAIR, « Le sacré et le droit », dans K. BENYEKHEF, préc., note 1, p. 59.

6. S. AMOR, préc., note 2.

7. *Id.*, à la page 140.

8. *Id.*, à la page 142.

des musulmans de la diaspora qui contribue à l'évolution du droit musulman et à la valorisation de la religion musulmane.

Les textes de Philippe Chiappini et de Jean Leclair portent sur les rapports entre le droit et le sacré : le premier explique l'évolution de ces rapports depuis l'Antiquité jusqu'à l'époque contemporaine ; et le second se demande comment le droit peut sans dommage se couper du sacré. Philippe Chiappini constate qu'à l'origine il n'existait pas de distinction entre le droit et le sacré : ils se trouvaient confondus dans la réalité humaine. L'avènement de l'Église a établi une distinction entre le sacré et le profane, entre ce qui est dans le temple et ce qui est hors du temple, entre Dieu et le cosmos. Ce qui, inéluctablement, a conduit à la dissociation entre le droit et le sacré. Cette dissociation se fait voir avec l'avènement du positivisme comme méthode et ensuite comme philosophie qui met au centre la raison et la volonté. Le droit étant donc un acte de volonté dicté par la raison humaine, il est distinct du sacré ou de la religion. Dans ce sens, Philippe Chiappini constate que, bien qu'ils se distinguent du sacré et qu'ils aient été mis en place par la volonté humaine, les droits de la personne sont devenus toute une religion et peut-être même plus. Il termine son propos en affirmant que « priver le politique et la communauté de leurs référents sacrés, c'est menacer le droit lui-même¹³ ».

Jean Leclair, dans son article, débute par un commentaire détaillé portant sur l'ouvrage de Philippe Chiappini¹⁴. La séparation de la religion et du droit entraîne aujourd'hui une désacralisation de la responsabilité. Par exemple, la raison donne à l'accusé le droit de nier ses fautes et parfois même d'échapper à une juste condamnation¹⁵. L'avènement des droits de la personne a ouvert la porte à de nombreuses problématiques, notamment

celle de l'universalisme qui a été critiquée par les théories relativistes, qui, elles, estiment que, au-delà de la vision universelle, l'être humain est avant tout un être culturel. Il semble donc difficile de séparer cet être culturel de la religion et du sacré qui définissent la communauté à laquelle il appartient. Par ailleurs, bien qu'ils se distinguent du sacré et qu'ils évoluent hors de toute dimension sacrale, le positivisme juridique et les droits de la personne se revendiquent d'une réelle sacralité, ce qui semble, d'après cet auteur, abusif et même illusoire, d'autant plus qu'« on n'a jamais pu durablement sacraliser le social en le privant de ses ouvertures sur l'invisible¹⁶ ». Jean Leclair reconnaît le danger qui existe à écarter le sacré de notre société et de notre droit, mais il estime que « le sacré s'est réfugié dans l'expérience personnelle¹⁷ ».

La critique de l'ouvrage de Philippe Chiappini élaborée par Jean Leclair se fonde essentiellement sur le fait que la société de droit actuelle a complètement écarté le sacré et la religion. Pour sa part, Jean Leclair soutient une vision nuancée de la question : il estime que, même si la distinction est plus claire aujourd'hui, le débat public fait indéniablement intervenir les convictions religieuses ou spirituelles des participants.

L'article d'André Poupart, bien qu'il porte sur l'apostasie et la liberté de conscience¹⁸, se rapproche quelque peu de ce dernier point de vue. En effet, cet auteur fait un parallèle intéressant entre l'apostasie en l'islam et les violations des droits de la personne. Les deux questions qu'il se pose sont les suivantes : comment concilier l'absence de contrainte en religion et l'apostasie ? Comment concilier les droits de la personne et la démocratie ainsi que la liberté de conscience, celle-là même de ne pas être contraint d'y croire ?

13. P. CHIAPPINI, préc., note 11, à la page 58.

14. Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, 2006.

15. Il s'agit ici de ma déduction, Leclair ne donnant pas d'exemple à cet égard.

16. P. CHIAPPINI, préc., note 14, p. 341, cité par J. LECLAIR, préc., note 12, à la page 62.

17. J. LECLAIR, préc., note 12, à la page 74.

18. André POUPART, « Apostasie et liberté de conscience », dans K. BENYKHELF, préc., note 1, p. 29.

Selon André Poupard, les finalités de l'islam et celles des droits de la personne ne sont pas différentes : c'est atteindre le bonheur et le bien-être de l'humanité. L'apostat et le terroriste sont soumis au même sort pour, en réalité, avoir voulu exprimé leur liberté de conscience présente autant en l'islam que dans les droits de la personne. Pour la marche vers une humanité prospère, cet auteur invite les humains au dialogue, à accepter de donner et de recevoir. C'est, semble-t-il, l'obstacle que doivent surmonter autant l'islam et l'apostasie que les droits de la personne. L'ouverture à l'autre est la clé en vue d'un avenir meilleur pour tous.

Si les textes que nous venons de présenter se rapprochent de la question du rapport entre le sacré et le droit, l'article d'Ayelet Shachar¹⁹ offre la particularité de s'intéresser à la question de la citoyenneté, notamment à la place de l'étranger et à la naturalisation par la naissance. Shachar ouvre la porte à un débat d'une pertinence certaine dans le contexte de cet ouvrage, c'est-à-dire celui de la citoyenneté et des droits qui s'y rattachent. Cette auteure fait une analyse critique des principes d'attribution de la citoyenneté qui existent aujourd'hui dans la presque totalité des pays du monde et qui, selon elle, se fondent sur des pratiques culturelles anciennes, datant de l'époque féodale. Elle emploie l'expression « accident de naissance » pour exprimer l'inégalité qui ressort du fait d'hériter ou de bénéficier d'une nationalité quelconque et d'accéder ainsi aux droits civils et politiques d'un pays par le simple fait d'être né au bon moment et au bon endroit. Elle critique cette situation et considère, tout comme certains économistes, que ces principes sont discriminatoires. En effet, il est choquant d'un point de vue tant moral qu'éthique que le simple accident de naissance offre à un individu des droits aussi vastes que les droits civils et politiques. À l'instar de certains économistes qui sont contre l'héritage d'un patrimoine

économique par la filiation, Ayelet Shachar estime que la nationalité doit être une acquisition méritée. Toutefois, cette auteure ne se contente pas seulement de critiquer cette pratique qui, d'ailleurs, a déjà obtenu droit de cité dans nos sociétés au point où personne ne s'interroge désormais sur son effectivité, mais elle termine son propos avec des suggestions. L'essentiel de celles-ci est la mise en place d'une taxe imposable aux personnes à naître sur le territoire de ces États, l'acquisition de la nationalité par la naissance étant entendue comme un privilège. Cette proposition intéressante soulève quand même quelques questions, notamment celle de savoir sur quelle base le montant de cette taxe sera calculé. Comment déterminer le prix d'un privilège tout en tenant compte des aléas de la vie, même dans les sociétés les plus riches où, de plus en plus, est démontrée l'importance du fossé qui se crée entre riches et pauvres, et où l'intérêt pour la vie politique s'amenuise chaque jour chez les jeunes ?

La pertinence de nos cultures dans la construction du droit ressort de la totalité de cet ouvrage. En ce sens, il est impossible d'avancer vers un idéal démocratique, dans ce nouveau monde global, sans dialogue véritable et sans acceptation des différences. Toutefois, selon le principe voulant que le sacré, qui est invisible, précède le droit, qui est visible, comment le droit peut-il parvenir à répondre à l'exigence d'une société ou d'un monde où la culture veut s'imposer de plus en plus ? La séparation entre le droit et le sacré est aujourd'hui remise en cause. Cependant, le sacré qui fait notre particularité, ce en quoi nous croyons, ne saurait être écarté de ce tableau.

Titine KOUENZÉ
Université Laval

19. Ayelet SHACHAR, « The Birthright Lottery, Citizenship and Global Inequality », dans K. BENYEKHELF, préc., note 1, p. 77.