

## Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans\*

Selim JAHEL \*\*

Droit naturel, droits de l'Homme, droits fondamentaux, on parlera, peut-être, demain de droits essentiels, de droits universels, un lien de filiation court entre ces qualificatifs. L'apparition du concept droits fondamentaux, déjà visé par la loi allemande du 23 novembre 1947, est en France relativement récente. Son émergence est liée au phénomène de la « constitutionnalisation » du droit<sup>1</sup> qu'on observe depuis quelques années, qui se manifeste par l'emprise sur toutes les branches du droit des principes dégagés par le Conseil Constitutionnel ou par la Cour Européenne des Droits de l'homme, visant à établir un régime de protection approprié pour certains droits qualifiés de fondamentaux ; leur particularité, c'est qu'ils s'imposent aux trois pouvoirs, au législatif, aux organes de l'exécutif et à toutes les juridictions, c'est l'Etat dans son ensemble qui en est le sujet passif.

Quelle place occupe un tel concept dans les systèmes des pays arabo-musulmans et quelle en serait la genèse ? Pour y répondre, il convient d'abord de se faire une idée suffisamment précise de son contenu. Quel droit mérite-t-il la qualification de fondamental ? S'agit-il seulement de droits qui sont qualifiés tels par des textes juridiques, lois, constitutions, pactes ou conventions internationales, ou par la jurisprudence, celle du Conseil constitutionnel pour la France, et celle de la Cour Européenne des Droits de l'homme ? Il ne semble pas. La liste qu'on pourrait tenter d'établir sur base de ces textes est purement énonciative.

Ce qui est certain, c'est qu'il s'agit là d'un concept qui s'ajoute à celui des libertés publiques et des droits de l'homme, s'y intègre, tout en étant relativement indépendant. Pour le concrétiser, on dit qu'il s'agit là de droits « de nature transcendante<sup>2</sup> » ou de droits qui sont « consubstantiels à l'homme<sup>3</sup> », « constitutifs de son identité » ou que « le qualificatif fondamental repose sur la nature des choses<sup>4</sup> ». L'on peut aller dès lors jusqu'à considérer que les droits fondamentaux existent par eux-mêmes, sans besoin qu'ils soient proclamés par une loi ou reconnus par un jugement. Ni le législateur, ni le juge ne les créent, ils ne font que les révéler<sup>5</sup>. Ainsi la liste des droits fondamentaux reste-t-elle ouverte.

---

\* Ce texte a été établi à partir d'un rapport présenté par l'auteur au colloque « *Les droit fondamentaux : inventaire et théorie générale* » tenu à l'Université Saint Joseph de Beyrouth les 6 et 7 novembre 2003.

\*\* Professeur émérite à l'Université Panthéon Assas Paris II

<sup>1</sup> Nicolas Molfessis, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 2003, p 69 et s ; Véronique Champeil – Desplats, La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français, *D.* 1995, p. 228-329.

<sup>2</sup> Marie-Luce Pavia, Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, *Les Petites affiches*, 6 mai 1994 n° 54

<sup>3</sup> V. Champeil – Desplats, *op. cit.*, p 325

<sup>4</sup> *Ibid* p 328

<sup>5</sup> Bernard Beignier, La protection de la vie privée, in *Libertés et Droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 163

Arrêtons-nous pour l'instant à celle qu'on pourrait établir à partir des décisions rendues par le Conseil Constitutionnel ou la Cour Européenne des Droits de l'homme : la liberté d'aller et de venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale, le droit d'asile ; l'on ajoutera ceux que proclame la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dans ces articles 20 à 51, notamment, le droit à la vie, à la dignité, à l'égalité, à la liberté d'expression et d'information, de pensée de conscience et de religion, le droit à la liberté d'association, les droits des personnes âgées, des enfants, les droits aux prestations de sécurité sociale, etc. « La définition des droits et libertés fondamentales, écrit un auteur est une création continue<sup>6</sup> ». A vrai dire, chaque droit en génère d'autres. La dignité de la personne humaine se décline en respect de la personne, inviolabilité et intégrité du corps humain, par le caractère non patrimonial de ses éléments et produits, la protection du patrimoine génétique du mari, le droit à un logement décent ... On peut se demander si le droit au mariage peut bénéficier aux transsexuels et aux homosexuels, certains pays du Nord de l'Europe l'admettent. La Cour Européenne des Droits de l'homme serait tentée, semble t-il de considérer le droit de la femme à l'avortement comme un Droit de l'homme<sup>7</sup>. Y a-t-il un droit fondamental à choisir l'heure de sa mort ? ... On voit à quels vertiges peut conduire l'idéologie des droits de l'homme.

Cet échantillonnage révèle suffisamment toute la difficulté qu'il y a à tenter de transposer la même conception qu'on a en Europe des droits fondamentaux dans des pays qui relèvent d'une autre aire de civilisation.

Cela est vrai, plus particulièrement des pays qui, comme ceux du monde musulman, font une large part dans l'ordre juridique à des concepts, des normes et des valeurs d'essence religieuse. C'est à l'aune de ces concepts, normes et valeurs spécifiques aux pays musulmans que peut être précisé le sens qui s'attache dans ces pays aux libertés et droits fondamentaux et la place qu'ils occupent dans leur système juridique. A cet effet, on regardera d'abord les sources proprement islamiques : la Chari'a et les multiples déclarations islamiques universelles des droits de l'homme ou modèles constitutionnels établis au cours de ces dernières années par divers organismes inter-étatiques conformément à ses prescriptions et à son esprit (I). Cependant, l'on ne peut négliger la part qui revient à la pénétration dans les systèmes juridiques des pays musulmans de valeurs et normes de source occidentale, particulièrement celles incarnées dans les instruments internationaux, Déclaration Universelle des Droits de l'homme de 1948, Pactes de 1966 auxquels ont adhéré la plupart de ces pays (II).

## **I. Sources islamiques**

Les sources islamiques sont capitales dès lors que dans la plupart des pays arabomusulmans l'Islam est religion d'Etat et la Chari'a, Loi de Dieu, est regardée tantôt comme Loi fondamentale de l'Etat et système juridique de droit commun par les pays

---

<sup>6</sup> Marie-Luce Pavia, *op. cit.* n° 54 - 7

<sup>7</sup> Frédéric Sudre, La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux, in *Libertés et Droits fondamentaux*, Dalloz 2003, p. 42, n° 81

qui se disent Etats islamiques, comme l'Arabie Saoudite, le Pakistan, le Soudan par exemple, tantôt considérée comme l'une des sources du droit, sinon la principale source du droit dans la plupart des autres pays arabes( comme notamment l'Egypte). Aujourd'hui, pour mieux comprendre le sens que recouvre la notion de droits fondamentaux dans le système musulman, il faut se référer principalement aux diverses Déclarations Islamiques des Droits de l'homme qui se sont succédées au cours de ces dernières décennies pour tenter de faire contrepoids à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. On s'attachera en particulier au modèle constitutionnel élaboré par la Conseil islamique pour l'Europe en 1983, à la déclaration qui a été proclamée à Paris à l'UNESCO, par le même Conseil en 1981 et à celle adoptée au Caire en 1990 par l'Organisation de la Conférence islamique lors de la 19<sup>ème</sup> session des ministres des affaires étrangères. Reprenant point par point les principes énoncés par la Déclaration Universelle de 1948 et par les pactes de 1966, tous ces textes s'efforcent de marquer la primauté des prescriptions de la Chari'a sur ces principes.

Les rapports de la Chari'a avec les droits de l'homme ont fait l'objet d'une abondante littérature qui, de manière générale, conclut à leur incompatibilité<sup>8</sup>. La Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l'homme le dit en termes tranchants dans une décision rendue le 13 février 2003 dans l'affaire qui opposait le Refah Partisi à la Turquie : «Il est difficile, affirme-t-elle, de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la Chari'a, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment, eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique, et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses »<sup>9</sup>.

Les plus sceptiques sont souvent des juristes et penseurs musulmans. Certains d'entre eux se demandent, comme le rapporte un auteur, si la Déclaration de 1948 a réellement un caractère universel englobant le monde musulman ou si elle est propre seulement à l'Occident «toujours hégémonique»<sup>10</sup>. De l'Islam traditionaliste, fait remarquer un autre, aucune théorie des droits de l'homme ne peut dériver pour la simple raison que l'homme en est absent<sup>11</sup>. On s'attachera surtout à cette réflexion du grand penseur Mohamed Akroun : «La perception des droits de l'homme dans la pensée occidentale réduite au seul rationalisme positif, écrit-il, renforce son malentendu avec l'Islam qui a, pensé ces droits de l'homme dans le cadre plus large des droits de Dieu, définis par la métaphore de l'olivier»<sup>12</sup>.

Le droit musulman a bien rencontré les droits fondamentaux. Mais la conception qu'il en a est très éloignée de celle qui prévaut aujourd'hui dans le monde occidental. Ceux retenus dans la Chari'a dès le VII<sup>o</sup> siècle de notre ère sont déjà substantiels : respect de la

---

<sup>8</sup> Sami Abou-Sahlieh, « La définition internationale des droits de l'homme et l'islam », *Rev. Gen. Dr. inter. Public* 1985, p. 62 et s. ; du même auteur : *les musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum 1994 ; Paul Tavernier, « les Etats arabes, l'Onu et les droits de l'homme », *Les cahiers de l'Orient* 1990 n° 19, p s. . G. Cognac et A. Amor, *Islam et droits de l'homme*, Economica 1994 ; Mohamed Charfi, *Islam et liberté*, (Albin Michel, 1998) ; Joseph Maïla, les droits de l'homme sont-ils mesurables dans le monde arabe, *La revue Esprit/Cahiers de l'Orient*, Juin 1991, p. 332 et s ; Elisabeth Mayer, *Islam and human right* (1991)

<sup>9</sup> Pour un commentaire de cette décision, cf. notre article «Chari'a et Convention européenne des Droits de l'homme », in *Mélanges dédiés à André Decocq*, Litec 2004.

<sup>10</sup> Ahmed Ben Othman, « Le mouvement des droits de l'homme », *les cahiers de l'Orient* 1990 n° 19 p. 206.

<sup>11</sup> Slim Laghamani, *Islam et Droits de l'homme*, éd. Economica, p 55.

<sup>12</sup> Le Monde du 15 mai 1989.

vie, du corps humain<sup>13</sup>, dignité de l'homme, tolérance, rejet de la contrainte en religion («point de contrainte en religion»), égalité absolue ; dans les droits et les devoirs des hommes quelles que soient leurs origines ou leurs fortunes, à quoi s'ajoute l'impératif de justice maintes fois affirmé dans le Coran, et quelques pointes de démocratie : élection (bay'a) du prince (calife) par les notables représentant la communauté, obligation faite à ce dernier de consulter (shawra) autour de lui avant de prendre une décision. «Sur tous ces points, fait observer Joseph Maïla, l'Islam fut novateur, non pas dans la mise en avant des principes sur lesquels sont fondés les droits et principes qui sont en réalité des vérités premières de la Révélation, mais sur leur formulation en autant d'impératifs juridiques »<sup>14</sup>.

A ces droits essentiels consacrés par la Chari'a, les Déclarations islamiques ajoutent une foule de droits fondamentaux, la plupart inspirés de la Déclaration Universelle de 1948 ou d'autres documents internationaux qui ne sont pas incompatibles avec les premiers. Ces textes affirment à leur tour le droit à la liberté, le droit à l'asile, le droit de participer à la conduite et à la gestion des affaires publiques, le droit à la liberté religieuse, les droits de la femme mariée, le droit à l'éducation, le droit de chacun à la protection de sa vie privée, les droits et devoirs des travailleurs, etc. Mais, et c'est là que réside toute la différence avec la conception occidentale, chacun de ces droits est soigneusement défini par référence aux prescriptions de la Chari'a, Loi de Dieu et son exercice limité au cadre qu'elles lui assignent<sup>15</sup>.

C'est qu'en fait, dans le système islamique, les droits fondamentaux ne sont pas conçus comme étant inhérents à la nature de l'homme, être raisonnable et libre, à même de connaître ses droits, de les saisir, de les organiser à sa convenance, ils sont perçus comme purs dons de Dieu émanant de Sa volonté souveraine, octroyés à l'homme en pure gratuité<sup>16</sup>. C'est ce que précise la déclaration faite par l'Organisation de la Conférence Islamique du 31 juillet 1990 : « Ces droits et libertés nous sont parvenus par le dernier Livre révélé ainsi que par l'Envoyé de Dieu pour accomplir les précédents messages ». « Ces droits ont été définis par le Créateur » précise la déclaration du 11 septembre 1981. Or Dieu ne donne à l'homme que ce qu'il juge bon pour lui. Il n'est pas bon qu'un musulman abandonne sa religion, que la femme ait les mêmes droits successoraux que l'homme, qu'un non-musulman puisse épouser une musulmane ou succéder à un musulman. Certes la femme a des droits que Dieu lui a accordés, de même le non-musulman, mais ces droits sont contenus, déterminés, fixés par la Loi de Dieu. « Le fondement des droits de l'homme en Islam, écrit Joseph Maïla, repose sur le texte de la Révélation. Le socle des droits est la loi religieuse. Les droits de l'homme ne sont pensables que dans le sillage de la Loi<sup>17</sup> ». C'est ce qu'énoncent expressément d'ailleurs certaines Déclarations Islamiques des Droits de l'homme : ainsi, suivant les dispositions de l'article 24 de la déclaration de 1990 faite par l'Organisation de la Conférence islamique : « Tous les droits et libertés énoncés dans ce document sont subordonnés à la Loi islamique ».

---

<sup>13</sup> Suivant le verset 105 de la Sourate V du Coran «... Dormez, car votre corps a un droit sur vous ».

<sup>14</sup> J. Maïla, les droits de l'homme sont-ils "impensables" dans le monde arabe, esprit, *Les cahiers de l'Orient*, juin 1991, p. 337.

<sup>15</sup> Mohamed Charfi, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *Rec. Des Cours de la Haye* 1987, p. 340 et s

<sup>16</sup> Joseph Maïla, *op. cit* p. 337; Slim Laghmani, *op. cit* p. 53 et s

<sup>17</sup> Joseph Maïla, *op. cit.* p. 336

Il faut savoir, en effet, que la Chari'a avant d'être un registre des droits fondamentaux est d'abord et essentiellement un système de devoirs, des devoirs de nature diverse, d'ordre culturel, religieux, moral et qui bien souvent comportent des effets juridiques. La Déclaration Islamique du 19 septembre 1981 prend soin de le souligner dans son préambule : « Nous musulmans qui croyons qu'aux termes de notre alliance avec Dieu, nos devoirs et obligations ont priorité sur nos droits ». Ainsi, les droits fondamentaux sont-ils dans le système musulman toujours contrebalancés par l'idée de devoirs envers Dieu qui a des droits sur l'homme ( huquq Allah) : ils n'apparaissent en définitive, que comme un reliquat.

C'est pour cela que certains droits fondamentaux reconnus dans la Chari'a, la Loi islamique, vont, par l'effet de ses dispositions qui fixent les limites de leur exercice, être largement vidés de leur contenu. Trois exemples le montrent :

- L'article 12 de la Déclaration de 1981 proclame la liberté de conscience de pensée et de parole, mais ajoute subrepticement dans un paragraphe(a) que « toute personne a le droit d'exprimer ses pensées et ses convictions dans la mesure où elles restent dans les limites prescrites par la Loi ». La répression de l'apostasie est donc implicitement maintenue.
- L'article 1<sup>er</sup> de l'organisation de la Conférence Islamique de 1990 déclare de son côté que « tous les hommes sont égaux dans la dignité humaine, dans l'accomplissement des devoirs et des responsabilités sans aucune discrimination de race, de couleur, de langue, de sexe, etc ». Mais il ne mentionne pas cependant la discrimination pour cause de religion. Il ajoute que ce droit à l'égalité sans discrimination fondée, notamment, sur le sexe reste soumis « aux dispositions de la Loi islamique » ; or cette loi comme on sait, consacre un système inégalitaire entre l'homme et la femme.
- Le dernier exemple est tiré du modèle constitutionnel élaboré par le Conseil Islamique pour l'Europe en 1983. Ici la restriction à l'exercice du droit est énoncée dans le texte même qui l'instaure, l'article 80 : « la liberté et la véracité de la parole, constituent les deux piliers de la société islamique. La liberté des moyens de diffusion et d'information, la publication des journaux et des revues, tout cela est garanti (dans les limites) des principes et des valeurs de l'Islam ».

Tous ces droits que consacrent ces documents sont intégrés dans l'ordre juridique des pays arabo-musulmans contemporains. Cependant la plupart des pays sont aujourd'hui ouverts à l'idéologie des droits de l'homme dans l'acception qui lui est donnée dans le monde occidental du fait de leur adhésion aux instruments internationaux qui les consacrent.

## **II- L'apport occidental**

L'ouverture de manière générale de la plupart des pays arabo-musulmans contemporains au droit occidental s'est faite, d'abord, tout le long du XX<sup>e</sup> siècle, par l'alignement de la plupart des branches du droit qui ne sont pas traités d'une manière directe et exhaustive par la Chari'a, sur les systèmes européens, et, s'agissant particulièrement des droits fondamentaux, par l'adhésion explicite de la plupart de ces pays aux instruments internationaux, Déclaration Universelle des Droits de l'homme de 1948 et pactes de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'aux droits civils et politiques.

L'Arabie Saoudite a été le seul Etat musulman à s'être abstenu de voter le texte de la Déclaration, le Yémen s'est pour sa part absenté. Son attitude aurait été notamment dictée par le refus d'admettre la liberté de religion qui a été acceptée par les Etats musulmans. Dans l'ordre juridique, cela se traduit encore aujourd'hui par la répression en Arabie Saoudite de l'apostasie et par le devoir imparté à « l'Ordre qui commande le bien et interdit le mal » de traquer toute forme de manifestation par des non-musulmans de leur religion sur le territoire saoudien et l'emploi de symboles spécifiques à leur croyance<sup>18</sup>.

S'agissant des Pactes adoptés par l'Assemblée générale à l'unanimité le 16 décembre 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'aux droits civils et politiques, les pays arabo-musulmans qui y ont adhéré ont exprimé des réserves sur la nécessité de devoir tenir compte des dispositions de la Chari'a qui pourraient être incompatibles avec certains principes exprimés par ces textes. Les principales dispositions du pacte qui posent problème sont l'article 18 à propos du droit de changer de religion et l'article 23 à propos de l'égalité des époux. C'est encore pour cela que très peu de pays arabo-musulmans ont adhéré à la Convention de 1979 sur l'élimination de la discrimination envers les femmes<sup>19</sup>.

Cependant même les Etats arabo-musulmans qui ont adhéré à la Charte et aux pactes de 1966 ne sont pas encore parvenus à accorder leur système juridique aux principes établis dans ces documents. L'obstacle tient pour ces Etats, toujours rattachés par leur constitution à la religion islamique à la nécessité de rester en étroite symbiose avec le système juridico-religieux de la Chari'a. Ce qui les conduit à maintenir dans des codifications toutes récentes les règles discriminatoires que comporte ce système en matière de statut personnel : inégalité entre l'homme et la femme en matière successorale, et dans une mesure aujourd'hui plus limitée, relativement à l'autorité parentale, polygamie et répudiation ; discrimination entre musulmans et non musulmans concernant l'interdiction faite à ces derniers d'épouser une musulmane, d'hériter d'un musulman, d'exercer la tutelle ou d'administrer les biens d'un musulman frappé d'incapacité. Le droit fondamental à l'égalité entre l'homme et la femme, le principe de non-discrimination pour cause de religion demeurent inappliqués.

---

<sup>18</sup> En vertu d'un décret royal n°37 du 26-10-1400 H

<sup>19</sup> Voir sur la question, Paul Tavernier, *op. cit.*

La plupart de ces Etat achoppent, en outre, sur le principe de la liberté d'expression, voire même sur celui de la liberté de conscience. Mohamed Charfi rapporte à cet égard un exemple qui a pour cadre l'Egypte, pays qui a longtemps joué un rôle d'avant-garde dans la modernisation du droit : un écrivain accusé d'apostasie en raison de ses écrits fut à la demande de militants islamistes divorcé de son épouse par un arrêt de la Cour d'appel du Caire du 15 juin 1995 au motif, qu'étant apostat il ne pouvait continuer à être marié à une femme musulmane<sup>20</sup>.

L'on sait surtout que ce qui caractérise les droits fondamentaux c'est la forte positivité dont ils sont dotés obligeant l'Etat à leur assurer une protection tous azimuts même si cela doit le porter jusqu'à modifier les lois et même la constitution toutes les fois « qu'il apparaît, comme l'écrit Léna Gannagé<sup>21</sup>, que les droits religieux qui s'appliquent dans certaines matières à titre exclusif, sont eux-mêmes contraires à des droits fondamentaux engageant l'Etat ». C'est le cas comme l'on a vu de nombreuses prescriptions du système juridico-religieux de la Chari'a. Il est bien certain que tant que les législateurs des pays arabo-musulmans n'auront pas entrepris de s'en défaire, et s'agissant ici du non-respect de droits aussi essentiels que les droits à l'égalité, à la liberté de conscience et à la liberté d'expression, la place faite aux droits fondamentaux dans ces pays reste extrêmement réduite.

## CONCLUSION :

Nous concluons sur un premier point qui a trait à la nature du rapport religion, droits fondamentaux. Il serait excessif de parler ici d'antinomie, alors qu'il pourrait même y avoir une sorte de complémentarité. On ne peut nier le fait que « les droits de l'homme résultent historiquement d'une conception chrétienne de la personne même s'ils peuvent s'en détacher ultérieurement.<sup>22</sup> » En fait, ils existent à l'état latent dans toutes les religions. Il restait à les conceptualiser et à les protéger. Longtemps, l'Eglise a manifesté une farouche opposition à leur égard. C'est après avoir renoncé à toute forme d'interférence dans l'ordre du temporel qu'elle a fini par les reconnaître et les adopter.

Il n'en est pas encore de même dans le monde musulman, où le système juridico-religieux de la Chari'a continue d'occuper une place prépondérante dans l'ordre juridique. Le caractère stable et invariable de ses prescriptions et de ses normes va faire obstacle, comme dit la Cour européenne des droits de l'homme, à « l'évolution nécessaire, des libertés publiques.<sup>23</sup> »

Un second point mérite d'être souligné, il a trait au rapport qui existe indubitablement entre le respect et la protection des droits fondamentaux et le développement économique

---

<sup>20</sup> Mohamed Charfi, *Islam et liberté* (Le Seuil) L. 86

<sup>21</sup> Léna Gannagé, « Religion et Droits fondamentaux dans le droit libanais de la famille », in *Droit et religion* (Bruylant 2003) p.522

<sup>22</sup> René Sève, « Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie » in *Libertés et Droits fondamentaux* (Daloz 2003) p. 23

<sup>23</sup> C,E,D,H, Grande Chambre, Refah Partisi/république de Turquie du 13 février 2003, § 123

et culturel des pays concernés. A cet égard, je terminerai par cette réflexion d'un auteur, dont on aime qu'elle soit prise en compte par les sociétés arabes : « les droits de l'homme seraient donc justifiés, parce qu'outre des raisons morales, ils présenteraient pour les sociétés qui les adoptent des avantages économiques et politiques démontrés directement et a contrario par la comparaison avec les régimes inégalitaires, voire totalitaires. En d'autres termes les sociétés fondées sur les droits de l'homme seraient plus justes, plus prospères et plus stables, au moins en général.<sup>24</sup> »

---

<sup>24</sup> René Sève, *op. cit.* p. 25 n° 48