DROIT ET SOCIOLOGIE DE LA NORME

*Coordonné par Baudoin Dupret**

Où va la sociologie du droit ? Cette question, déjà posée par André-Jean Arnaud au début des années quatre-vingt, semble toujours d'actualité. L'inflation des ouvrages portant sur l'objet juridique masque mal en effet l'existence, non pas d'un malaise, mais d'une difficulté à rapprocher études de droit et études sur le droit dans une démarche prenant en considération ses dimensions, cohérences, logiques, langages d'un point de vue aussi bien interne qu'externe, faisant la part à ses déterminations étatiques sans les y réduire, admettant sa capacité à avoir une incidence sur le social et sur l'action tout en ne prétendant pas qu'il les détermine intégralement. Bref, de sa constitution incertaine au carrefour du droit et de la sociologie, la sociologie du droit continue d'hériter un penchant schizophrénique, qui pousse les juristes à nier une pertinence de la sociologie qui ne serait autre qu'ancillaire et conduit les sociologues, politologues et autres « social scientists » - moins obtus, en dernière instance - à évacuer la dynamique partiellement autonome de la sphère juridique. Il faut rapporter ici cette anecdote d'un professeur responsable de la filière francophone d'enseignement du droit dans une université égyptienne qui, à la question de savoir pourquoi on négligeait d'instruire les étudiants dans le droit du pays, répondit : « Nous les formons au droit », sous-entendant ainsi qu'une connaissance du droit français se trouvait par nature universellement transposable, en dehors de toute inscription contextuelle, c'est-à-dire sociologique.

Dans le contexte français, qu'on ne passera pas systématiquement en revue, un petit ouvrage mérite d'être cité pour le bilan critique qu'il esquisse. Il s'agit de *Sociologie du droit* (La Découverte, 2000) d'Évelyne Serverin. Dans l'univers anglo-saxon, on s'attardera sur l'ouvrage légèrement plus ancien de Brian Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory* (Clarendon, 1997). Ces deux livres ont en commun d'attester d'une prise de conscience de la nécessité de marquer un temps d'arrêt dans l'étude sociologique, anthropologique, critique, philosophique du droit et de jeter un regard réflexif sur l'action entreprise jusqu'à présent.

* Chercheur au CNRS-CEDEJ.

En une centaine de pages, *Sociologie du droit* fait un état des lieux des études sur le droit. L'auteur identifie quatre foyers de la sociologie du droit, produits de la combinaison de deux disciplines – droit et sociologie – et de deux aires culturelles de production – pays de droit écrit et de *common law*. Sur cette base, le livre passe en revue la plupart des courants qui ont constitué, dans toute sa diversité la plus éclectique, la sociologie du droit de ce dernier siècle. On peut regretter, du point de vue de la structure de l'ouvrage, que l'auteur ait simplement reproduit un double lieu commun des études juridiques, à savoir, d'une part, l'opposition entre les systèmes de tradition romano-germanique ou civiliste (orientés pour l'essentiel vers la règle écrite) et les systèmes de tradition anglo-saxonne (essentiellement orientés vers l'activité du juge) et, d'autre part, l'opposition entre visions internaliste (point de vue des juristes) et externaliste (point de vue des sociologues). Il faut toutefois reconnaître la vertu pédagogique de cette présentation.

Évelyne Serverin s'attache par ailleurs à développer, explicitement ou en filigrane, son plaidoyer pour une approche weberienne du droit, qui s'ouvre à une « sociologie explicative de la place du droit dans les régularités sociales et des tendances de son évolution » (p. 69). Cela explique la place relativement plus importante accordée à la présentation de la sociologie compréhensive, qui considère le droit comme un principe d'action sociale (p. 42-49), c'est-à-dire comme l'une des causes « qui contribuent à nourrir les attentes des individus dans leur activité orientée vers autrui » (p. 44). On peut se demander si la qualité de principe régulateur de l'action qui est ici conférée au droit ne surestime pas très largement son homogénéité, d'un côté, et sa capacité à engendrer des conduites, de l'autre. Sur ce point, la critique de Tamanaha (voir *infra*) semble parfaitement fondée et l'on est en droit de douter profondément de la typologie de l'action élaborée en fonction de l'influence exercée par la règle (p. 45-46). L'auteur précise à raison que « s'orienter en fonction d'une règle ne signifie pas se soumettre aux injonctions qu'elle contient » (p. 46), mais elle oublie de souligner que les acteurs sociaux peuvent très bien agir sans aucune orientation normative. Si la règle est un repère conventionnel de l'action, cela ne signifie pas pour autant que l'action ne puisse se développer en dehors de pareil repère. Ceci est particulièrement vrai de la règle de droit, dont la connaissance par l'acteur ordinaire est souvent pour le moins légère, sans que cela ne l'empêche d'agir et sans qu'il ne soit réduit à soit être déterminé par la règle soit la manipuler (p. 47).

Évelyne Serverin est plus convaincante dans sa critique de différents courants en sociologie continentale du droit : le pluralisme juridique de Gurvitch, dont le programme de lutte anti-étatique trouve paradoxalement plus d'échos chez les juristes que chez les sociologues ; la théorie démocratique du droit de Habermas, dont le manque de mise à l'épreuve empirique vient se superposer au caractère idéalisé de la communication et de la négociation ; la théorie systémique de Luhmann et Teubner, qui privilégie la nature purement endogène (autopoïétique) de la production juridique, au détriment de sa dimension sociale et actorielle ; ou encore le pluralisme alternatif, qui, partant du constat de l'ineffectivité du droit, déduit un principe de conformité des pratiques à d'autres ordres juridiques plus ou moins détachés du droit étatique (ce faisant, on préfère la définition du droit par sa fonction de contrainte

sociale à une approche réaliste et pragmatiste qui ouvrirait au champ du droit par le biais d'une sociologie de l'action).

La seconde partie de l'ouvrage traite rapidement de la sociologie du droit dans le monde anglo-saxon. Évelyne Serverin y souligne à juste titre l'attention accrue portée au rôle du juge dans ce contexte. Elle rappelle à cette occasion certains des principes fondamentaux du pragmatisme : apprentissage par le faire (*learning by doing*) et théorie de la connaissance fondée considérant la vérité comme affaire de consensus de la communauté (*matter of community consensus*). Certains des courants principaux sont ensuite passés en revue. On notera que l'auteur adopte une perspective plus descriptive et moins critique dans cette partie, partant sans doute du constat exact de ce que le lectorat du livre est avant tout moins familier de cette tradition scientifique. On renverra donc certains développements critiques à la revue critique de l'ouvrage de B. Tamanaha.

D'abord, la *sociological jurisprudence*, perspective de juristes tentant de prendre en considération le contexte socio-politique de leur travail, qui reconnaît au juge « un pouvoir créateur selon un processus de type adaptatif [...] : le juge intervient dans les espaces laissés ouverts par la législation et le précédent et, dans ces limites, il doit choisir la solution qui convient le mieux au but visé, en se conformant aux standards acceptés par la communauté, les coutumes du temps » (p. 77-78). Le parallèle est établi entre ce courant nord-américain et des tendances comparables en Europe, avec Edouard Lambert et Eugène Ehrlich comme figures principales.

L'auteur aborde ensuite le courant du *legal realism*, qui a profondément affecté le monde américain du droit. Elle n'en parle toutefois pas à la hauteur de l'influence de ce courant et renvoie à plus avant la présentation de ses ramifications, comme les *critical legal studies*, par exemple. Ceci ne se justifie que par la dichotomie entre perspectives internaliste et externaliste, dichotomie dont la pertinence est en l'occurrence pour le moins contestable dès lors que la plupart des représentants de ce courant sont des juristes enseignant dans les *Law Schools* américaines.

C'est ensuite au tour du réalisme scandinave d'être abordé de manière très précise. Évelyne Serverin y souligne leur refus de considérer la force contraignante de la règle comme une propriété empirique. Il s'agit, au contraire, du résultat d'une attitude émotionnelle subjective vis-à-vis de la règle dont le destinataire n'est pas tant le justiciable que le juge lui-même, dont il faut dès lors examiner le travail jurisprudentiel.

Enfin, Évelyne Serverin se tourne vers les différents auteurs ayant en commun d'aborder le jugement comme acte de langage. H.L.A. Hart, d'abord, tenant d'un positivisme juridique modéré, qui refuse de considérer la règle de droit comme un ordre appuyé par la menace contre toute infraction et observe l'existence d'un ensemble d'énoncés prescriptifs, permissifs ou prohibitifs. Ce même auteur est le formulateur de la célèbre distinction entre règles primaires (ou substantielles) et règles secondaires (qui définissent les conditions d'édition de la règle primaire), l'union des deux étant au principe des systèmes juridiques modernes. R. Dworkin, ensuite, qui propose une vision idéaliste du travail du juge, amené à se prononcer de manière intégrale dans le prolongement des précédents formulés par ses prédécesseurs et

dans l'anticipation des évolutions ultérieures de la société, à la manière d'un Hercule capable de discerner l'ensemble des principes fondant la morale sociale et politique à un moment donné. La théorie institutionnaliste de N. Mac Cormick vient compléter le tableau. Il s'agit d'une tentative de développement d'une démarche herméneutique visant à déterminer les critères et les règles de l'argumentation et de la justification propres aux décisions juridiques.

La dernière partie de l'ouvrage d'Évelyne Serverin s'intéresse aux courants sociologiques anglo-saxons : *socio-legal studies* britanniques (visant la réforme sociale), le courant *Law and Social Science* aux États-Unis (qui invite la sociologie comme science ancillaire du droit), le *legal pluralism* (qui radicalise la critique de l'État producteur de droit), le courant *Law and Economics* (qui cherche à évaluer économiquement, c'est-à-dire en termes de satisfaction et de coût, le comportement de l'acteur social et son rapport aux règles), la *sociology of law* britannique (qui délaisse le projet de réforme sociale au profit d'une compréhension théorique du système juridique en tant qu'élément d'une structure sociale plus vaste), le mouvement *Law and Society* aux États-Unis (projet sociologique sur le droit prenant pour thèmes l'accès au droit, l'étude des jurys, le recours et l'accès aux tribunaux), les *Critical Legal Studies* (qui analysent le droit comme pure idéologie et se décompose aujourd'hui en multiples tendances : *Feminist Legal Theory*, *Critical Race Theory*, etc.).

Si l'ouvrage d'Évelyne Serverin présente un tableau intéressant de la sociologie du droit, *Realistic Socio-Legal Theory* de Brian Tamanaha propose une évaluation critique détaillée des études socio-juridiques dans le contexte anglo-saxon. Il s'agit ici d'un livre proposant l'examen systématique des théories sociologiques du droit dans le but explicite d'en refonder l'étude sur une base réaliste et pragmatique.

Dans le contexte d'un postmodernisme secouant toutes les certitudes, l'approche pragmatiste présente l'avantage d'être à la fois « antifondationnaliste » et de ne pas souffrir de cette paralysie affectant les démarches exclusivement critiques. Le pragmatisme est en effet, avant tout, une méthode scientifique vide de contenu, « contrairement à la théorie juridique, qui est normative de part en part et, de ce fait, substantiellement riche » (p. 9). Son ancrage se situe dans l'observation des usages et pratiques d'un contexte social donné. Contrairement à la théorie de la correspondance, pour laquelle un savoir vrai produit des énoncés reproduisant la réalité, le pragmatisme philosophique affirme que, dans un contexte d'actions avant tout gouvernées par l'habitude, de nouvelles vérités peuvent survenir quand de nouvelles expériences fragilisent les anciennes croyances ou nos recettes pratiques pour l'action (p. 30). Cette conception de la vérité est donc ponctuelle et locale, et elle présuppose l'existence d'une communauté linguistique de sens.

Tamanaha entreprend, dans le troisième chapitre, de réconcilier les perspectives behaviouriste et interprétiviste. Le positivisme sociologique, ou behaviourisme, a fait l'objet de critiques majeures en provenance des *Critical Legal Studies* comme du courant interprétiviste. Balayant d'un revers de la main les premières, Tamanaha passe en revue six problèmes identifiés par les secondes : identifier l'objet d'étude de telle manière qu'il corresponde à l'analyse qui en est faite ; dépendance vis-à-vis des données statistiques, alors que

le droit est difficile à quantifier ; refus de considérer le sens donné par les acteurs sociaux à leur action ; élaboration de lois sociales et identification de régularités servant d'explication causale au comportement des acteurs ; définition de lois gouvernant le comportement social ; réification des structures réduisant le comportement humain à sa plus simple expression. Pour l'auteur, cependant, tous ces défauts ne diminuent pas les mérites du behaviourisme, et particulièrement ceux de s'intéresser prioritairement à l'action et de s'attacher à accumuler des données. En outre, il convient de constater que le comportement est plus directement observable que le sens et, plus encore, « la solution des conflits sur le sens (la bonne interprétation) ne peut être atteinte que par l'observation continue du comportement » (p. 70), ce qui rend la question du sens tributaire de l'attention portée au comportement. D'un autre côté, l'interprétivisme a ses propres limites, qui en font la force sans doute, que Tamanaha identifie comme suit : « 1) la thèse de la construction sociale ne peut pas donner aux *critical scholars* ce qu'ils en attendent ; 2) une fois passé le choc initial de sa découverte, la thèse perd de son pouvoir ; 3) la valeur de certains types d'études interprétivistes peut être mise en cause ; 4) il y a un danger accru de biais politique ; 5) de nombreux problèmes sur la question du sens sont toujours sans réponse ; 6) des problèmes restent non résolus concernant le concept d'idéologie » (p. 71). Sur cette base, Tamanaha propose d'utiliser chacune de ces perspectives, en reconnaissant, à l'instar de Weber, qu'on peut accepter certaines explications en termes de causalité et de corrélations statistiques et en même temps accepter les explications qui visent à comprendre les motivations des acteurs.

Le chapitre 4 propose une carte analytique du concept de droit. Il remarque d'abord l'existence de deux catégories fondamentales dans l'appréhension du concept. D'une part, la conception d'Eugen Ehrlich et de Bronislaw Malinowski, pour qui le droit est le corpus des règles qui gouvernent le comportement des membres d'un groupe social, refusant dès lors de conférer un statut particulier au droit positif des codes et tribunaux. D'autre part, la conception selon laquelle le droit est la mise en œuvre d'une norme institutionnalisée, c'est-à-dire d'une norme dont l'observance est sanctionnée et garantie par des moyens coercitifs publics. Le concept de droit est ici constamment tiré vers le modèle du droit étatique. Il convient de noter, cependant, que les deux conceptions partent d'un présupposé fonctionnaliste en vertu duquel le droit vise à maintenir l'ordre. Pour Ehrlich et Malinowski, le droit a pour fonction de maintenir l'ordre social, tandis que pour les tenants du modèle étatique, l'ordre social est mis en œuvre par le droit. Le problème de ces deux thèses, pourtant opposées, est qu'elles partent d'une compréhension fonctionnaliste du droit. Or, il est clair que ce point de départ est à la fois faux et insuffisant. Il suppose en effet que le rôle et la nature du droit soient déterminés *a priori* : « toute tentative visant à localiser les critères constitutifs du droit - du spécifiquement légal - présuppose nécessairement ce qu'est le droit, puisque ce n'est qu'en sachant déjà ce que le droit est qu'on peut en identifier les caractéristiques distinctives » (p. 107). D'où l'impasse dans laquelle se trouvent les études socio-juridiques, tiraillées entre un modèle strictement étatique ou la dilution du droit dans la contrainte sociale, c'est-à-dire dans le magma du tout social et culturel. En gros, deux thèses s'affrontent : d'une part, celle du droit vivant, fait de la conduite régulière des

membres d'une société, de leurs obligations sociales contrôlées de manière endogène et inculquées par la socialisation des individus, qui détermine les conduites futures ; d'autre part, celle du droit sanctionné, qui répond à l'atteinte à la conduite régulière de la société et qui débouche sur une sanction imposée institutionnellement, c'est-à-dire sur un contrôle exogène de la déviance, qui est inculqué par la force et qui répond à une conduite disruptive. Tamanaha s'attache alors à montrer que le droit n'est pas une simple forme de contrôle social : le droit remplit bien d'autres fonctions et il existe d'autres formes de contrôle social. En fait, il n'y a aucune base empirique à l'affirmation d'une confusion des normes sociales et juridiques. Autrement dit, il n'y a pas plus de normes sociales sanctionnées par les institutions juridiques qu'il n'y a de droit définissant les comportements sociaux. Il serait par ailleurs faux de croire que l'inflation juridique observable dans les sociétés occidentales soit synonyme d'un contrôle accru du droit sur celles-ci. Cela traduirait plutôt une tendance à la standardisation des transactions, ce serait plus un processus de rationalisation que de légalisation. Nous sommes dans « l'âge de l'ascendance symbolique du droit » (p. 126). L'auteur conclut ce chapitre sur une proposition à laquelle je souscris entièrement : le droit est, de part en part, un construit social dépourvu de toute nature universelle et essentielle ; en fait, le droit est ce à quoi on attache le label de droit, « c'est un terme appliqué conventionnellement à une multitude de phénomènes aux facettes et aux fonctionnalités multiples » partageant toutefois le trait de tous « prétendre détenir l'autorité légitime et le juste pouvoir » (p. 128).

Brian Tamanaha, après avoir esquissé la carte des études sur le droit, entend de fonder sa théorie sociale du droit, qu'il tient à distinguer aussi bien des différents courants de la sociologie du droit que du positivisme juridique. Il fait tout d'abord remarquer que rien n'oblige à construire cette théorie sur la notion de contrôle social. Jusqu'à présent, on a souvent déguisé des croyances normatives en description du droit. Il convient, au contraire, de proposer une démarche pragmatique dans la ligne de l'interactionnisme symbolique et, plutôt que de confondre des niveaux très différents, de se concentrer sur l'un d'eux, comme celui du droit étatique par exemple. Pour l'auteur, un système juridique existe parce que des acteurs sont engagés dans la production et la reproduction du système juridique, indépendamment de la question de son efficacité. Ce faisant, il récuse la théorie de H.L.A. Hart pour laquelle le droit consiste en règles jouissant d'un certain degré de reconnaissance. Comme le fait remarquer Tamanaha, ce n'est pourtant pas l'obéissance au droit qui conditionne l'existence d'un système juridique. L'auteur poursuit en posant le fondement de sa théorie sociale du droit étatique : « une théorie sociale du droit s'intéresse à la présence sociale du droit » (p. 143), lequel, dans l'appareillage étatique, implique « les activités ayant à voir avec l'articulation, l'effectuation et l'application du droit de ce système étatique » (p. 142). Le droit étatique est, dans cette perspective, une collection d'institutions, chacune consistant elle-même en des complexes distincts et coordonnés d'activités, et on peut l'étudier sociologiquement en s'attachant au fonctionnement interne de chaque institution ou aux points de contact entre les différentes institutions. Il faut ainsi reconnaître que l'homogénéité du droit est plus une projection qu'une réalité et que ce sont avant tout les pratiques et activités propres à chacune des institutions constitutives du droit qui le

caractérisent. D'où la notion fondamentale de « communauté interprétative », c'est-à-dire de groupe de personnes liées par un savoir, un langage ou une terminologie commune et souvent aussi par un corpus de base d'idées, croyances et attitudes » (p. 148). Ces communautés interprétatives du droit sont innombrables. Tamanaha opère une distinction tranchée – excessivement à mon sens – entre acteurs juridiques et non-juridiques. D'une part, « toutes les personnes qui sont passées par le moule de la formation juridique sont membres de la communauté juridique intersubjective, c'est-à-dire de la communauté interprétative des personnes formées au droit d'une tradition juridique donnée). [...] Ils comprennent le langage juridique et communiquent entre eux à propos des règles juridiques sous des formes que les outsiders ne peuvent pas totalement saisir, même s'ils sont en relation avec différentes institutions et participent à des pratiques différentes » (p. 148-149). D'autre part, les acteurs non-juridiques sont ces personnes qui « rencontrent le droit en posture de consommateurs, utilisateurs, sujettes, victimes potentielles, que ce soit volontairement ou non » (p. 150). Tamanaha conclut son chapitre en proposant une définition du droit à laquelle je souscris pleinement : « le droit est ce que les acteurs juridiques disent que le droit est, de la façon déterminée par leur système partagé de sens » (p. 152).

Le sixième chapitre est consacré à la distinction maintenant classique, en théorie du droit, entre points de vue interne et externe. Tamanaha ne cherche pas y dénier que c'est ce que les gens font qui détermine la signification de la norme, réaffirmant de la sorte le principe wittgensteinien de la primauté de la pratique sur la norme. Cela implique que, nécessairement, les normes sont ouvertes au changement. Cela signifie également ce que classiquement on appelle les facteurs internes sont en fait externes, dans la mesure où ils sont toujours déterminés par voie de convention sociale. C'est le principe d'indétermination de la norme. Mais dire que le sens est déterminé conventionnellement ne signifie pas pour autant que la détermination interne du sens de la norme, c'est-à-dire sa spécification par les gens engagés professionnellement dans sa gestion et reproduction, doit être négligée, bien au contraire : il faut prendre le droit au sérieux. Dire que les facteurs internes au droit, tels qu'établis par la communauté de sens des juristes, sont à considérer attentivement n'implique pas l'homogénéité de cette communauté de sens, loin s'en faut, pas plus qu'elle n'entraîne l'homogénéité de leurs pratiques. « Comme les pratiques, les communautés interprétatives sont à l'intérieur hétérogènes et leurs membres se saisissent de différents paquets de sens et se les approprient, bien que tous partagent un fond de connaissances et de croyances ainsi qu'une aisance fondamentale dans le langage et la terminologie qui caractérisent une communauté interprétative donnée » (p. 171). En combinant la notion de pratiques, qui ajoute une dimension d'action traversant les institutions à différents niveaux, et la notion de communauté interprétative, qui ajoute une dimension de sens se situant au-dessus des institutions et des pratiques, Tamanaha entend résoudre l'opposition de l'interne et de l'externe. En fait, cette dernière ne se justifie pas à ses yeux, tant il lui importe d'aussi bien considérer l'activité en perspective de la compréhension qu'en ont ses participants (point de vue interne) que d'examiner les schémas de comportement reflétés dans l'activité en question (point de vue externe).

On s'attardera moins sur les deux derniers chapitres de cet ouvrage. Ceux-ci portent plus directement sur le travail décisionnel du juge en théorie et sur la pratique de juger dans le contexte des États-Unis. Quelques considérations méritent toutefois d'être relevées. Tamanaha développe quelque peu la distinction qui existe entre suivre une règle et formuler une règle. Alors que le fait de suivre une règle s'inscrit dans un schéma routinier de comportement dans lequel les règles ne sont généralement pas articulées, la formulation de la règle implique un espace réflexif entre le comportement et la règle elle-même, cette dernière pouvant être l'objet de « n'importe quel degré de manipulation conventionnellement autorisé dans l'univers de discours normatif particulier » (p. 198). La question est alors de déterminer l'étendue du conventionnellement autorisé. En la matière, Tamanaha n'hésite pas à affirmer qu'elle est moindre que ce que les sciences sociales ont généralement prétendu. L'auteur insiste sur la réduction de l'indétermination et de la marge de fluctuation que la formation commune en droit entraîne. Il souligne ensuite que la clé du problème réside, non pas dans l'analyse des règles elles-mêmes, mais dans l'examen des relations entre le comportement et les règles et dans l'étude des circonstances d'interaction avec ces règles qui conduisent les gens à souhaiter ou à avoir intérêt à exploiter l'indétermination latente propre à toute règle et au langage en général. L'auteur examine ensuite les influences de la communauté sociale et de la communauté juridique sur le travail du juge. Il remarque, s'agissant de la deuxième, qu'elle tient autant aux circonstances immédiates de l'activité qu'à son intégration dans une structure institutionnelle.

En conclusion, Tamanaha propose une formule à laquelle je souscris pleinement. Il faut faire l'hypothèse, dit-il, de la crédibilité des participants à l'activité juridique : les gens savent généralement ce qu'ils font et le résultat d'une action intentionnelle correspond généralement à l'intention de son initiateur, à l'exception des conséquences indirectes que l'action peut avoir et de l'erreur, voire de la fausse conscience, qui ne survient toutefois que dans des circonstances exceptionnelles. En d'autres mots, les analystes doivent cesser de penser qu'ils jouissent d'une position privilégiée, de surplomb, et ils doivent entreprendre d'examiner les pratiques dans leurs propres termes, à part entière. Quant aux relations du juridique et du politique, il convient d'admettre que, dans le contexte d'une société donnée, le droit n'est qu'une ressource parmi d'autres à laquelle les acteurs peuvent recourir pour promouvoir leurs intérêts. Le droit peut donc servir des intérêts politiques, ce qui ne signifie pas pour autant que le droit ne soit que politique.

Entre positivisme juridique et sociologisme radical, l'étude du droit dans les sociétés arabes est, à l'image de la discipline en général, à la recherche d'un certain équilibre. Pour l'heure, le résultat est rarement atteint, loin s'en faut et le champ de ces études est partagé entre une approche strictement légaliste, qui ne s'intéresse qu'à la description de la norme en vigueur, souvent dans un but commercial, et l'approche par le tout social ou politique, qui ne voit dans le droit que le reflet de la société ou de rapports de force. Entre les deux, l'espace est peu occupé, même si des frémissements semblent en agiter la surface plane, ainsi que l'attestent le livre de Léon Buskens ou l'ouvrage collectif sur le pluralisme dans le monde arabe.

Das islamische recht im wandel : riba, zins und wucher in vergangenheit und gegenwart. Par Rüdiger Lohlker. Münster/New York/München/Berlin : Waxmann, 1999, p. 447. DM 59.00. ISBN : 3-89325-684-9.

Rüdiger Lohlker est enseignant et chercheur spécialisé dans les études arabes et islamiques à l'université de Göttingen, où il gère également le fonds documentaire relatif au monde arabo-musulman. Il est l'auteur de *Der Handel im malikitischen Recht (Le commerce en droit malikite)* (Berlin : Klaus Schwarz, 1991) et de *Schari'a und Moderne (Schari'a et modernité)* (Stuttgart : Franz Steiner, 1996). Le premier de ces deux ouvrages, qui est en fait la thèse de doctorat de Lohlker's, porte sur le commerce en droit malikite, à partir de la lecture des chapitres relatifs au commerce du Muwatta de Malik et du Mudawwana de Sahnun. Le second ouvrage est une compilation de trois études relatives aux débats actuels que sont la question de l'avortement, de l'assurance et de l'intérêt en islam et en droit islamique. Ces études, et en particulier celle sur l'intérêt, ont servi de point de départ au présent ouvrage, qui est la thèse d'habilitation de Lohlker.

Le titre, *Das Islamische Recht im Wandel : Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart*, qui peut être rendu par « Le droit islamique en transition : *riba*, intérêt et usure au passé et au présent », est explicite quant au contenu du livre. La *riba*, qui est expressément interdite par le Coran, peut être traduite par « intérêt » ou « usure », sans que l'on ne sache clairement si elle désigne l'un ou l'autre de ces concepts, voire même les deux. Lohlker affirme que sa recherche ne constitue pas une énième étude de la *riba*, ni une tentative de reconstruction d'une certaine particularité du droit islamique, mais qu'il a voulu participer au débat politico-juridique sur la signification de la *riba*, tel qu'il s'est particulièrement développé dernièrement.

La base documentaire de cette étude est tout simplement incroyable. Le livre contient 2 634 notes de bas de page ainsi qu'une bibliographie de 37 pages. Lohlker ne se contente pas de produire des preuves textuelles issues du Coran et de collections de hadiths, mais utilise également des commentaires sur ces deux sources ainsi que des ouvrages anciens ou plus récents de la doctrine islamique. Il se réfère ainsi à des textes et commentaires du droit civil égyptien, de même qu'à divers rapports portant sur la théorie et la pratique du droit bancaire islamique. Lohlker analyse ses sources les unes après les autres, ses chapitres suivant l'ordre chronologique d'apparition des documents analysés.

L'ouvrage comprend trois différents types de chapitres. Six d'entre eux portent sur la *riba*, quatre sont des résumés et conclusions provisoires et les six autres constituent des digressions sur des questions juridiques ou historiques, comme la signification du terme *madhabib*, écoles du droit islamique, ou comme l'histoire de l'Égypte moderne. Ces seize chapitres, qui ne sont pas numérotés, sont précédés d'une introduction et suivis d'une conclusion, de la bibliographie, d'un glossaire de termes arabes et d'un index de citations de hadith.

Étant donné que les chapitres ne sont pas numérotés et que les digressions et résumés interrompent souvent le rythme de la lecture, il est vraiment dommage qu'il n'y ait pas d'index général. Lohlker considère manifestement

que ses digressions sont nécessaires à la bonne compréhension de l'ensemble de l'ouvrage. La référence à des travaux de bonne qualité aurait été plus appropriée et aurait permis au lecteur de ne pas se perdre dans les méandres du texte.

De telles références auraient peut-être également permis à Lohlker d'éviter de faire usage de termes juridiques à mauvais escient et de résumer de façon parfois superficielle des travaux historiques. Lohlker, par exemple, traduit le terme *hiba* comme le fait Geschenk (p. 52), par « cadeau » ou « présent » et non, comme le fait Schenkung, par « donation ». Il donne également la fausse impression que l'Égypte a suivi les Tanzimat, réformes ottomanes du milieu du XIX^e siècle (p. 312).

En résumé, *Das Islamische Recht im Wandel* apparaît comme une collecte de matériau de grande envergure, mais dont le contenu doit encore être organisé. Les grandes lignes du raisonnement par lequel Lohlker essaie de prouver que le droit islamique n'est pas détaché de la réalité mais doit au contraire être considéré comme un système très flexible, n'apparaissent pas clairement dans son livre et ne peuvent être mises à jour qu'avec difficulté. En voulant trop bien faire, l'auteur est peut-être passé à côté de l'essentiel.

Jan GOLDBERG

Eugene COTRAN et Adel Omar SHERIF (eds), *Democracy, the Rule of Law and Islam*, Kluwer Law International, La Haye, Pays-Bas, 1999, CIMEL Book Series, n° 6, 578 p.

Cet ouvrage peut être considéré comme la suite du numéro 5 de la série CIMEL (*The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*), qui fut publié par les mêmes éditeurs en 1997, un an après la première conférence organisée par la Haute Cour constitutionnelle égyptienne. Il réunit une sélection de communications présentées à l'occasion de la 2^e conférence organisée en décembre 1997 au Caire par cette même juridiction suprême.

Le titre de l'ouvrage est quelque peu trompeur : tous les articles ne traitent pas des trois notions qui y figurent (démocratie, État de droit et islam) et, en particulier, de l'islam. En fait, une petite moitié seulement des contributions est consacrée aux pays arabo-musulmans, et toutes n'abordent pas des problèmes directement liés à la religion.

Le volume est divisé en deux parties, l'une consacrée au contexte international, régional et égyptien, l'autre à la thématique de la liberté de religion et de l'islam. La majorité des contributions traitant du monde arabo-musulman est consacrée à l'Égypte et plus particulièrement à la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, à laquelle un volume spécial de la série CIMEL a déjà été dédié (*Human Rights and Democracy : The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, Kevin Boyle et Adel Omar Sherif (eds), 1996) et qui avait par ailleurs fait l'objet de l'attention de nombreux contributeurs - souvent les mêmes - dans le précédent numéro de la série. Parmi les articles les plus originaux, John Murray et Mohamed El-Molla, d'une part, et Frank Vogel, d'autre part, analysent avec des approches différentes les méthodes d'interprétation utilisées par la Haute Cour constitutionnelle pour concilier l'article 2 de la Constitution égyptienne (« Les principes de la shari'a islamique sont la source principale de la législation ») avec les autres

dispositions constitutionnelles. Nathan Brown, en partant également du cas égyptien, s'intéresse de façon plus large ce qu'il appelle le « constitutionnalisme islamique (*Islamic Constitutionalism*) », en prenant également comme point de départ de son analyse le cas iranien. D'autres contributions étudient la relation entre droits de l'homme et islam, en restant cependant souvent enfermées dans une approche un peu trop théorique, que ce soit à travers la présentation du système de protection des droits de l'homme au sein de la ligue arabe (Ibrahim al-Jazy), une démonstration de la compatibilité entre l'islam et les instruments des Nations unies (Mohammed Abdel Haleem), ou les notions de droits politiques et de démocratie en droit islamique (Ibrahim al-Marzouqi). D'autres, enfin, analysent la question des rapports entre l'islam et les droits de l'homme dans un contexte déterminé, comme la Russie (Alexei Vassiliev), la liberté religieuse au Pakistan à travers une décision de la cour suprême (Ann Elizabeth Mayer) ou les droits des femmes en Arabie Saoudite (Mai Yamani). Les autres articles, soit la moitié de l'ouvrage, ne reprennent que les deux premiers termes du titre du volume : démocratie et/ou état de droit et présentent des analyses de ces notions dans des contextes non islamiques.

Certes, on ne peut que louer l'initiative des organisateurs de la conférence et des éditeurs de ce livre qui, en étendant l'analyse des notions de démocratie et d'État de droit à d'autres pays, ont permis de dépasser l'approche traditionnelle qui fait trop souvent du monde arabo-musulman une aire culturelle homogène et distincte des autres régions du monde. Mais on peut regretter toutefois qu'une grande partie des auteurs adopte une approche globalisante en termes d'« islam » et de « droit islamique », sans s'attacher à une étude plus approfondie de l'application effective des principes issus de ce corpus de normes. Le danger, auquel ce volume n'échappe pas, est également que l'ouvrage finisse par ressembler davantage à une juxtaposition d'articles qu'à un ensemble cohérent et uni autour d'un thème commun. De très bons articles risquent de ne pas se voir accorder l'attention qu'ils mériteraient.

Nathalie BERNARD-MAUGIRON

Voyage au pays d'Iznogoud

Frédéric-Jérôme PANSIER, et Karim GUELLATY, 2000. *Le Droit musulman*, Paris, PUF (Que sais-je ?).

La lecture de cet opuscule m'a occasionné, de la première à la dernière page, un fou rire irrésistible. Tous les poncifs, stéréotypes, erreurs, approximations, aberrations, fantasmes possibles et imaginables se trouvent condensés dans les 127 pages de ce qu'on pourrait sans doute appeler le bêtisier du droit musulman. En toutes hypothèses, s'il est vrai que les médias ne véhiculent, du droit musulman, « qu'une image imparfaite et déformée » (p. 4), ce n'est pas ce livre qui parviendra à la redresser.

L'étude du droit musulman est un domaine dans lequel les orientalistes se sont engouffrés depuis belle lurette. Mais il faut au moins porter au crédit de ceux-ci leur érudition, leur rigueur et leur précision. D'un autre côté, les sciences sociales se sont aujourd'hui engagées dans une approche nouvelle du phénomène juridique, qui se reflète en partie dans des travaux récents sur le droit dans les pays de tradition islamique. *Le Droit musulman* est

dépourvu aussi bien des qualités de l'orientalisme juridique classique que de l'originalité de la sociologie du droit. Il suffira de quelques citations pour pouvoir s'en convaincre.

1. *Idjimâ*. – Venu du verbe *actîma*, « être d'accord, s'entendre sur quelque chose », [...] (p. 27). [sans doute s'agit-il de l'*ijmâ'*, du verbe *ajma'a*]

2. Le *qyya*. – Le terme *qyya*, dérivé du verbe *gaya* (comparer), désigne [...] (p. 28). [sans doute s'agit-il du *qiyâs*, du verbe *qayasa*]

1. Notion de rite. – Les écoles de théologie, situées dans les mosquées, ou les prétoires des cadis [sic !], ont donné naissance à des systèmes juridiques, généralement appelés rites, qui en principe ne sont pas des sources de droit et se cantonnent dans la pratique judiciaire [sic !], ou sur des points de détail relatifs à la valeur des témoignages, à la répudiation de la femme par un wali, à la transmission des biens habous [autant de points de détail, bien sûr, auxquels on pourrait en ajouter bien d'autres]. Les principaux rites sont le rite malikite, le rite hanéfite (Izak [sic !] Abou Hanafa [sic !] domine encore la Turquie, aux Indes [orientales, occidentales, néerlandaises ?] et en Chine [ah ! si le pauvre Izak savait]), le rite chaffiste [sans doute s'agit-il du shafi'isme] (califat abbasside, Palestine, Égypte, Hegjuaz [sic ! Le Hijâz sans doute], Afrique orientale et méridionale [faut-il prendre tous les termes sur un même pied ?]), le hanbalisme (Ahmed Ben Hanbal, Arabie [s'agit-il de personnes, de lieux, des deux à la fois ?]) ; les divergences entre eux sont cependant assez limitées (p. 29).

La liste pourrait s'allonger indéfiniment : « mahakma » pour *mabkama* (p. 31), « wafq » (p. 32) ou « walfqs » (p. 58) pour *waqf*, « polices d'État sous l'autorité de pachas » (p. 34), l'« amir plus connu sous le qualificatif d'émir » et l'« amit collecteur des impôts » (p. 35), le « fquih » pour le *fiqh* (p. 76), le « béalisme » pour le bâbisme ou bahâisme (p. 84), « Averrones » alias « Ibn Roëud » pour Averroës alias Ibn Rushd (p. 88). Mais on a surtout droit à des morceaux dignes de la plus édifiante des littératures :

2. Infractions politiques. – Les infractions que nous qualifions de politiques (assassinat de dirigeants de l'État, révolte, rébellion, émeute) étaient fréquentes. L'un des premiers califes, Omar, périt assassiné en 644 ; Ali, cousin et gendre du Prophète, subit le même sort en 661. De nos jours encore, les exemples de révolutions sanglantes ne manquent pas. Il va de soi que les califes et les sultans se réservaient, quand ils n'en étaient pas les victimes, le droit de réprimer à leur convenance les assassins et autres fauteurs de troubles, dont les têtes décapitées étaient suspendues en haut des remparts (p. 36).

7. Les petites infractions. Le pacha. – Le cadi du début de l'Islam connaissait de toutes les infractions, y compris les petits délits, qu'il sanctionnait par une réprimande, ou quelques coups de bâton. Cependant, lorsque les grandes cités atteignirent une taille dépassant les possibilités d'action du cadi, [...] le calife institua une sorte de police locale, en partie armée (*asses*, *aseris* [sic !]), commandée par le gouverneur de la ville, le pacha [ce terme d'origine turc est-il vraiment approprié ?] [...]. Dans les campagnes *extra-muros* [rares sont les campagnes *intra-muros*], le rôle du pacha, en cas de besoin, était assuré par le caïd [au Maroc, auxquels les auteurs semblent faire abondamment référence, le caïd, quoi que recouvre ce terme, pouvait difficilement remplacer le pacha dont l'existence est au-moins liée à la présence turque, qui ne s'est jamais étendue à ce pays], ou le cheikh, de la tribu [voilà une introduction rapide à l'ethnologie marocaine !] (p. 38-39).

Enfin, la famille est soumise à un statut discriminatoire entre hommes et femmes. [...] Cette situation d'infériorité, qui a pu être quelquefois atténuée par le courant moderniste lors des codifications et de l'établissement des *Moudwana* [sic !], met en évidence l'opposition qui se manifeste entre les jeunes générations, influencées par l'Occident, et les traditionalistes, fanatiques et intégristes, intransigeants quant au dogme. Rappelons toutefois que « mariage » en arabe peut se dire aussi *zaouj* [s'agit-il de *zawâj*] (ou *nikâh* [qui signifie pénétration]), signifiant « deux ». Il y a donc reconnaissance, par l'étymologie du mot, de l'existence de la femme en tant qu'unité [...] (p. 60-61).

En principe, la polygamie n'est autorisée qu'en faveur des musulmans et n'est pas permise aux étrangers non musulmans [cela n'a rien à voir avec le « droit musulman », mais avec le droit du statut personnel propre aux différentes communautés religieuses]. Elle est cependant pratiquée dans les communautés judaïques (loi mosaïque) [cqfd] (p. 62).

Il est également impossible, sur le plan des principes, au musulman d'épouser une non-musulmane [totalement faux]. Mais le *Fqih* [sic !] admet un tempérament ; le mariage devient viable et valable si, préalablement à l'union, la future épouse entre dans la communauté musulmane en se convertissant à l'Islam, c'est-à-dire en faisant acte de soumission à Dieu et d'allégeance à la foi (« Dieu seul est Dieu et Mohamed est son unique Prophète »). On lui attribue généralement, à cette occasion, un prénom arabe, substitué à celui qu'elle portait qui se référerait le plus souvent à une autre religion (ainsi, la première femme de Bourguiba, Mathilde, devint Moufida lorsqu'il l'épousa) (p. 62).

5. La civilisation du monde islamique. - Les exposés qui précèdent, quelque peu livresques, risquent de donner un aspect négatif et archaïque à ce qui fut une civilisation dynamique, volontariste, qui, après avoir assumé une transition nécessaire entre les acquis repris des Grecs et des Byzantins, et l'obscurantisme d'un Occident anarchique et régressif, a revêtu jusqu'au XVIII^e siècle, dans presque tous les domaines, un caractère évolué et brillant. L'Islam a réalisé un progrès considérable dans l'algèbre, l'arithmétique, l'astronomie, la chimie, les techniques artisanales, les pratiques florales et horticoles (p. 88).

Que penser par ailleurs de cette incapacité à penser en dehors du cadre juridique français : il est ainsi question d'actes adoulares (p. 32) pour faire le pendant des actes notariés ou de « recevabilité de l'action en nullité du partage » (p. 54). Ou encore de cette tendance à présenter une interprétation vraie, opposée aux errements d'exégèses perverses. On n'abordera même pas la question des sources utilisées pour la rédaction de cet opuscule, qui toutes datent et ne sont pas même correctement exploitées, sauf pour mentionner au passage l'existence d'une revue fondée depuis plus de cinq ans maintenant, *Islamic Law and Society*, dont l'anglophonie ne saurait servir d'alibi à l'ignorance. De plus, il est sans doute abusif d'exploiter aussi systématiquement les deux articles sur les codifications modernes (p. 108-118) du regretté Jacques Lafon, parus dans la revue *Droits*, en n'y faisant mention qu'en bibliographie.

Ce voyage au pays d'Iznogoud ne mérite sans doute pas qu'on s'y attarde très longtemps. D'une histoire caricaturale de l'islam et d'une présentation tronquée du droit musulman, aussi bien dans sa dimension dogmatique que dans ses pratiques historiques et sociales, il n'y a sans doute pas lieu de faire

ses choux gras. Si ce n'est peut-être pour dire qu'il est en soi inadmissible que cette somme d'inepties ait pu passer le barrage de la publication. En ce sens, la faute n'incombe pas tellement aux auteurs, qui avaient très certainement de bonnes intentions, qu'aux éditeurs, qui ont accepté qu'ils n'en pavent la route de l'enfer des études sur le monde musulman. On ne résistera toutefois pas à proposer deux dernières citations, en laissant le lecteur libre de son interprétation :

En effet, Mustapha Kemal a institué, dans ce pays musulman, un régime laïque séparant la religion islamique de l'État. Les mesures les plus symboliques de cette réforme furent (nous ne pouvons les citer toutes) : [...] l'abandon de la langue arabe, dont l'usage est interdit dans l'administration, la presse, l'enseignement, et son remplacement par un « idiome », le turc, qui est construit de toutes pièces [...] (p. 101-102).

La situation n'en est pas moins contrastée sur le plan des sexes. L'adolescente musulmane doit être vierge lors de son mariage, la femme mariée est tenue de se consacrer à son mari et à ses enfants, elle ne peut circuler en public que voilée et revêtue d'une robe longue. Elle doit respecter les obligations de chasteté, de réserve, ne pas travailler à l'extérieur en compagnie d'hommes. Il s'agit d'une amante croisée d'une mère de famille, qui se cantonne dans un rôle interne de maîtresse de maison, sentimental et familial. Rien de commun avec la liberté sexuelle, la possibilité d'user de contraceptifs et de recourir à l'interruption de grossesse, l'absence de toutes contraintes qui sont la règle en Occident (p. 67).

Baudoin DUPRET

Revues

Arab Law Quarterly, vol. 13, 1998.

Ahmed Al-Melhem, « Insider Dealing in the Companies Act of Kuwait n° 15 of 1960 », n° 1, p. 3-22.

Mohamed Abdel-Khalek Omar, « Reasoning in Islamic Law : Part Three », n° 1, p. 23-60.

Hector Farina, Juliette Roggeman, Guillaume Blanc, « Mining Investments in Morocco », n° 1, p. 61-74

« Egypt : the new Law n° 8 of 1997 on Investment Guarantees and Incentives », n° 1, p. 75-82

Muhammad Eid al-Marikhi, « Case Reports from the UAE, n° 1, p. 83-107

John Azzi, « Tax Reform issues in the 1990s : A Case Study of Lebanon And Its Prospects For Long-Term Prosperity », n° 2, p. 107-154.

Mahdi Zahraa, Normi Malek, « The Concept of Custody in Islamic Law », n° 2, p. 155-177.

Ahmed Al-Melhem, « Privatisation and Protection of Investors in Kuwait : Reality and Ambition », n° 2, p. 178-199.

Mohammad Hashim Kamali, « Punishment in Islamic Law : a Critique of The Hudud Bill of Kelantan, Malaysia », n° 3, p. 203-234.

Ahmed A. Al-Ghadyan, « The Judiciary in Saudi Arabia », n° 3, p. 235-251.

Nabil Saleh, « Origins of the Sanctity of Contracts in Islamic Law », n° 3, p. 252-264.

- Mahdi Zahraa, « Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws », n° 3, p. 265-277.
- Mohd. Ma'sum Billah, « Caveat Emptor Versus Khiyar Al-'Aib : A Dichotomy », n° 3, p. 278-299.
- Ibrahim F.I. Shihata, « Some Trends in Banking Law and their Relevance to the GCC States », n° 4, p. 303-335
- Muhammad Wohidul Islam, « Dissolution of Contract in Islamic Law », n° 4, p. 336-368.
- Michael M O'Connor, « Piercing the Corporate Veil : A UAE Perspective », n° 4, p. 369-385.
- Mohd. Masum Billah, « Islamic Insurance : Its Origins and Development », n° 4, p. 386-422.
- Rodney Wilson, « Frank E. Vogel and Samuel L. Hayes, Islamic Law and, Finance : Religion, Risk and Return », n° 4, p. 423-425.
- Arab Law Quarterly*, vol. 14, 1999
- Farouk Faouk-El-Adé, « L'exploitation pétrolière à la lumière du droit islamique : I », n° 1, p. 3-15.
- Michel Lecerf, Guillaume Blanc, « Reform of Moroccan Mining Law », n° 1, p. 16-32.
- Habib Mohd. Sharif Al Mulla, « Conventions of Enforcement of Foreign Judgments in the Arab States », n° 1, p. 33-56.
- Aziz Kurtha, « Limitation of Liability for Maritime Claims in the UAE », n° 1, p. 57-65.
- Majed M. Garoub, « Protection of Trademarks in the Kingdom of Saudi Arabia », n° 1, p. 66-73.
- « Developments in Business Law in the Lower Gulf », n° 1, p. 74-78.
- « Kuwait : Law n° 21 of 1995 Establishing the Public Authority for the Environment », n° 1, p. 79-87.
- Abd El-Mahdi Massadeh, « The Structure of Public Administration in Jordan : A Constitutional and Administrative Law Perspective », n° 2, p. 91-111.
- Rachel Anne Codd, « A Critical Analysis of the Role of Ijtihad in Legal Reforms in the Muslim World », n° 2, p. 112-131.
- Mohammad Abdul Mohsen Al Moqatei, « The Kuwaiti National Assembly and the Targeted Legislation in the Privatisation Process », n° 2, p. 132-147.
- Farouk Faouk-El-Adé, « L'exploitation pétrolière à la lumière du droit islamique : II », n° 2, p. 148-158 ?
- Sayed Sikandar Shah, « Homicide in Islam : Major Legal Themes », n° 2, p. 159-168.
- Jalila Sayed Ahmed, « Enforcement of Foreign Judgments in Some Arab Countries - Legal Provisions and Court Precedents : Focus on Bahrain », n° 2, p. 169-176.
- « Case Reports from the UAE », n° 2, p. 177-183.
- « UAE : Recent Developments », n° 2, p. 184-187.
- Nancy B. Turck, « Richard Price and Essam Tamimi, United Arab Emirates, Court of Cassation Judgments 1989-1997 », n° 2, p. 188-189.
- Saad Al-Harran, « Introduction : Cases in Islamic Finance », n° 3, p. 193-202
- Muhammad Taqi Usmani, « The Concept of Musharakah and its Application as an Islamic Method of Financing », n° 3, p. 203-220
- Badawi B. Osman, « The Experience of the Sudanese Islamic Bank in Partnership, « Musharakah » Financing as a Tool for Rural Development Among Small Farmers in Sudan », n° 3, p. 221-230.
- Ali Yasseri, « The Experience of the Islamic Republic of Iran in Musharakah Financing », n° 3, p. 231-244.

- Kazem Sadr, « The Role of Musharakah Financing in the Agricultural Bank of Iran », n° 3, p. 245-256.
- Mustafa Gamal-Eldin Abdalla, « Partnership (Musharakah) : A New Option for Financing Small Enterprises ? », n° 3, p. 257-267.
- Saad Al-Harran, « New Strategic Alliances Between Islamic Financial Institutions, International University Students and Entrepreneurs to Implement Musharakah Financing to Meet the Challenges of the 21st Century », n° 3, p. 268-281.
- Hossein Mahdavi Najmabadi, « Proposal for a Modified Model of Musharakah Financing, with Emphasis on Iran », n° 3, p. 282-301.
- Guillaume Blanc, « Le cadre juridique de la production du transport et de la distribution de L'eau à Djibouti », n° 4, p. 305-319.
- Essam Al Tamimi, Adil Sinjakli, « Legal Aspects of Setting Up Business in Iraq and Iraqi Company Regulations », n° 4, p. 320-331.
- Ahmed A. Al-Ghadyan, « Insurance : the Islamic Perspective and its Development in Saudi Arabia », n° 4, p. 332-338.
- Mohd Ma'sum Billah, « Quantum of Damages in Takaful « Islamic Insurance » : a Reappraisal of the Possibility of Adopting the Doctrines of Al-Diyah and Al-Daman », n° 4, p. 339-360.
- Muhammad Wohidul Islam, « Al-Mal : the Concept of Property in Islamic Legal Thought », n° 4, p. 361-368.
- « UAE : Recent Developments », n° 4, p. 369-373.
- « Case Reports from the UAE », n° 4, p. 374-382.
- Rodney Wilson, « Baudouin Dupret, Maurits Berger and Laila al-Zwaini (eds.), Legal Pluralism in the Arab World », n° 4, p. 383-386.

Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 1997, vol. 4, Kluwer Law International, 1998.

Articles :

- Foster N. 1997-1998. « Commercial Security over Movables in the UAE : A Comparative Analysis in the Light of English Law, French Law and the Shari'a », p. 3-62
- Gammed S.A. 1997-1998. « Libyan Economic Policy and Joint Venture Investments », p. 63-72.
- Rimmawi (al-) L.M. 1997-1998. « Jordan's Financial Laws : An Introduction to an Arab Model in Securities Regulation », p. 73-98.
- Anbari (al-) A.A. 1997-1998. « The UN Sanctions Regime : The Case of Iraq », p. 99-116.
- Sardar Ali S. 1997-1998. « Women's Human Rights in Islam : Towards a Theoretical Framework », p. 117-152.
- Kamali M.H. 1997-1998. « Islamic Law in Malaysia : Issues and Developments », p. 153-179.
- Pompe S. 1997-1998. « Islamic Law in Indonesia », p. 180-200.
- Lawan Yusufari M.A. 1997-1998. « The Application of Islamic Law in Nigeria », p. 201-209.
- Mallat H. 1997-1998. « Social Security and Social Insurance Law : A Survey of Nine Arab States », p. 210-245.

Country Surveys :

Egypt, Syria, Iraq, Jordan, Palestine, Lebanon, Libya, Sudan, Kuwait, Saudi Arabia, UAE, Bahrain, Qatar, Oman, Yemen, Algeria, Morocco, Tunisia, Pakistan, Turkey

Selected Documents and Legislation :

Resolutions and International Agreements (United Nations-Iraq, European Union-Jordan, United States-Iraq)

Legislation and Documents (Euro-Arab Arbitration System, Egypt, Palestine, Oman, Malaysia)
 Selected Cases (Libya v. United States, Yemen v. Baron, Smith and Omar)
 Book Reviews, Notes and News

Islamic Law and Society, vol. 6, 1999

Rebstock U., « A Qâdî's Errors », n° 1, p. 1-37.

Gleave R., « Marrying Fatimid Women : Legal Theory and Substantive Law in Shi'i Jurisprudence », n° 1, p. 38-68.

Little D.P., « Communal Strife in Late Mamlûk Jerusalem », n° 1, p. 69-96.

Peri O., « Islamic Law and Christian Holy Sites : Jerusalem and its Vicinity in Early Ottoman Times », n° 1, p. 97-111.

Fahmy K. and R. Peters, « The Legal History of Ottoman Egypt », n° 2, p. 129-135.

Cuno K.M., « Ideology and Juridical Discourse in Ottoman Egypt : the Uses of the Concept of Irsâd », n° 2, p. 136-163.

Peters R., « For his Correction and as a Deterrent Example for Others': Mehmed 'Alî's First Criminal Legislation (1829-1830) », n° 2, p. 164-192.

Goldberg J., « On the Origins of Majâlis al-Tujjâr in Mid-Nineteenth Century Egypt », n° 2, p. 193-223.

Fahmy K., « The Anatomy of Justice : Forensic medicine and criminal law in nineteenth-century Egypt », n° 2, p. 224-271.

Motzki H., « The Role of non-Arab Converts in the Development of Early Islamic Law », n° 3, p. 293-317.

Melchert C., « How Hanafism came to originate in Kufa and Traditionalism in Medina », n° 3, p. 318-347.

Maghen Z., « Close Encounters : Some Preliminary Observations on the Transmission of Impurity in Early Sunnî Jurisprudence », n° 3, p. 348-392.

Brockopp J.E., « Literary Genealogies from the Mosque-Library of Kairouan », n° 3, p. 393-402.

Égypte Monde Arabe, nouvelle série, n° 2, 1999, Dupret B. et Bernard-Maugiron (eds.), *Le Prince et son juge : droit et politique en Égypte contemporaine*

Bernard-Maugiron N. et B. Dupret 1999. « Le Prince et son juge : Droit et politique dans l'Égypte contemporaine - introduction », p. 7-15.

Bernard-Maugiron N. 1999. « La Haute cour constitutionnelle, gardienne des libertés publiques », p. 17-53.

Hill E. 1999. « The Supreme Constitutional Court of Egypt on Property », p. 55-91.

Dennerlein B. 1999. « Le social dans le droit : le statut personnel dans la jurisprudence de la Haute cour constitutionnelle égyptienne », p. 93-106.

Abdel Nasser Ibrahim G. 1999. « Une lecture politique de l'expérience constitutionnelle égyptienne », p. 107-125.

Bernard-Maugiron N. et B. Dupret 1999. « Les principes de la sharia sont la source de la législation : la Haute cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique », p. 107-125.

Centre d'études d'al-Ahrâm 1999. « Les dangers d'une limitation du rôle de la Haute cour constitutionnelle », p. 143-152.

Bernard-Maugiron N. 1999. « Glossaire arabe-français de droit constitutionnel égyptien », p. 161-172.

Journal of Law and Religion, vol. XV, n° 1

Articles :

al-Hibri A., « Forword ».

Sa'id J., « Law, Religion and the Prophetic Method of Social Change ».

al-Alwani T., « The Supreme Court Frieze ».

Abdalla A., « Principles of Islamic Interpersonal Conflict Intervention : A Search within Islam and Western Literature ».

Abu-Nimer M., « Nonviolence and Peacebuilding in Islam ».

Moosa E., « Human Rights or Dignity ? The Dilemma of Islamic Rights Schemes ».

Chief Justice Sandra Day O'Connor, « The Legal Status of Women : The Journey Toward Equality ».

al-Hibri A., « Muslim Women's Rights in the Global Village : Opportunities & Challenges ».

The Honorable Akila Jarraya, « Women's Rights Achievements in Tunisian Legislation & Jurisprudence ».

Qaisi G., « A Student Note : Religious Marriage Contract : Judicial Enforcement of MAHR Agreements in American Courts ».

Review Essays :

Dupret B., « Modern Law and Arab Societies in Recent French-Speaking Literature ».

Krüger H., « The Study of Islamic Law in Germany : A Review of Recent Books ».

Serrano Ruano D., « Spanish Research on Islamic Law, 1990-1999 ».

Book Reviews.

Résumé de thèses soutenues en français

Noureddine Ali, *La justice pénale française sous le protectorat. L'exemple du Tribunal de première instance de Sousse (1888-1939)*

La loi du 27 mars 1883, acte fondateur de la justice française dans la Régence de Tunis, établit un ordre juridique nouveau, totalement différent de celui que les populations tunisiennes et européennes avaient connu jusque là. Dans un même cadre territorial, sous la férule d'un système politique, le protectorat, qui avait fermement rejeté l'annexion pure et simple de la Tunisie réclamée à cors et à cris par certains milieux politiques de la métropole, mais également par un puissant lobby français dans la Régence même, des ordres juridiques différents étaient appelés à coexister. D'un côté, l'ordre juridique français, représenté en 1883 par le tribunal de Tunis et par six justices de paix, devenait le représentant unique de toutes les nations européennes après que celles-ci eussent renoncé à leurs justices consulaires au terme de négociations serrées et heurtées avec la France. De l'autre, la justice tunisienne dont le bey était l'émanation et l'unique dépositaire.

Les autorités de la métropole n'avaient pas simplement transposé en Tunisie le modèle judiciaire français pour en faire un instrument de protection des intérêts de leurs ressortissants dans la Régence ; elles se seraient sans doute satisfaites d'un simple, si au lieu d'établir un protectorat, la France avait annexé la Tunisie comme elle l'avait fait pour l'Algérie. Ce ne fut pas le cas. Aussi la puissance protectrice a-t-elle voulu innover et, du même coup, donner à l'institution d'une juridiction française dans la Régence, une portée politique et diplomatique.

L'extension – fortement contestée – de la compétence de la justice française a motivé le pouvoir colonial à offrir à ses rivaux européens, Italie et Angleterre, et à leurs justiciables, un modèle judiciaire qu'elles estimaient supérieur à toutes les autres formes de justice qui existaient dans la Régence ainsi que des serviteurs de cette justice en tous points inattaquables. Ce qui ne pouvait être conquis ni par les armes, par la force ni par la diplomatie devait l'être par d'autres moyens plus consensuels. Les autorités coloniales soutenues et encouragées par la métropole se sont évertuées à traduire et à concrétiser cette supériorité. Aussi, le côté pénal a-t-il fait l'objet de toutes les attentions. La justice pénale a été française par ses magistrats, par ses institutions, ses codes, sa procédure, son organisation ; par contre, elle a été très peu française par la nationalité des prévenus ayant comparu devant ses magistrats et ses assesseurs pour avoir violé les codes et les lois de la puissance protectrice : au correctionnel comme au criminel, l'écrasante majorité des prévenus n'étaient pas de nationalité française : plusieurs milliers de Tunisiens, Italiens, Algériens ou Marocains furent traduits devant les tribunaux correctionnels et criminels français de Sousse au cours de la période 1888-1939. Dans un paysage judiciaire caractérisé par une pluralité de juridictions, il était de bonne guerre pour la puissance protectrice d'opposer sa justice, une justice fonctionnant avec le concours de « l'élément populaire », les assesseurs, et servie par une élite de magistrats, à l'autre système judiciaire qualifié « d'archaïque » de « rétrograde », en l'occurrence, la justice beylicale mais aussi la justice rabbinique.

En introduisant dans la Régence un jury criminel original, les autorités politiques et judiciaires voulurent expérimenter en Tunisie ce qu'elles ne pouvaient pas faire en France même. À l'époque, dans la métropole, l'idée dominante était d'instituer une collaboration plus étroite entre les juges de métier et le jury, de faire des jurés des cours d'assises françaises des adjoints actifs du président de la cour. Pour cela, il fallait remédier à la séparation du fait et du droit, coupure considérée comme le principal obstacle à l'aboutissement de toute réforme du jury criminel. La Régence de Tunis devait être précisément l'une de ces colonies où fut expérimenté ce que l'on a appelé l'assessorat. Pour la population tunisienne, comme pour les populations italiennes ou anglo-maltaises, la présence de citoyens aux côtés de juges professionnels était une nouveauté dans la Régence habituée à d'autres formes de justice. La création de l'assessorat, ainsi que son élargissement à des non français, ont représenté une véritable révolution dans le paysage judiciaire tunisien.

L'assessorat a sans doute été un succès sur un plan purement juridique, puisqu'il a répondu aux attentes de ceux qui voyaient dans l'étroite collaboration entre les juges profanes et les juges de métier, aussi bien dans l'élaboration du verdict que dans le prononcé de la peine, la solution idoine aux problèmes posés par le jury.

Sur le fond cependant, les résultats sont bien plus contrastés, le tissu social, toutes catégories d'assesseurs confondues, était loin d'être représenté, le monde ouvrier et paysan était exclu des listes, les petits métiers sous-représentés. Ceux qui ont comparu devant le tribunal criminel de Sousse ont rarement eu affaire à des assesseurs de la même condition sociale qu'eux. Les commissions de recrutement des assesseurs, désignées par le pouvoir politique, firent preuve d'un profond conservatisme social durant toute la période 1888-1939. La sélection sociale, familiale et professionnelle des

assesseurs n'a pas connu de modifications majeures. D'une génération à l'autre, ce sont les mêmes catégories sociales de négociants de commerçants et de propriétaires principalement, les mêmes familles européennes, italiennes, maltaises et tunisiennes, qui ont fourni à la justice criminelle soussienne, la grande majorité de ses assesseurs.

Pour que les décisions de la justice répressive ne fussent pas contestées, il fallait, aux yeux de la puissance protectrice, que ses magistrats apparaissent comme investis d'une sorte de ministère sacré. La magistrature devait être non seulement le miroir de l'institution judiciaire, mais également du Protectorat. La justice pénale française étant le lieu de rencontre et de confrontation de toutes les nationalités, tunisienne, française et étrangère, la place du magistrat n'en était que plus délicate. Point de mire de la société, il devait être exemplaire à tous points de vue. Les autorités coloniales et les magistrats eux-mêmes ont essayé, non sans succès d'ailleurs, de cultiver l'image d'une magistrature hautement compétente, et sinon indépendante, tout au moins largement autonome. La puissance protectrice ne pouvait que tirer avantage de l'exemplarité de ses magistrats. Les dossiers individuels, les rapports de la chancellerie et de la hiérarchie judiciaire, les appréciations des chefs de cour montrent bien que la justice était tributaire de l'image que les magistrats devaient avoir auprès de l'opinion. Et la Chancellerie était là pour veiller à ce que ces règles intangibles ne fussent jamais transgressées.

À chaque grande période de l'histoire de la justice française à Sousse correspond un profil professionnel et personnel spécifique de magistrats. Chacune de ces périodes, d'une importance inégale et d'une durée variable, a été dominée par un magistrat ou par un groupe de magistrats, ayant orienté la justice répressive dans un sens conforme au contexte politique, diplomatique et social de l'époque, faisant ainsi écho, à leur manière, aux attentes, voire aux exigences de l'autorité supérieure et de l'opinion publique. Le corps judiciaire des années 1890 et celui des années trente n'a pas constitué un bloc uniforme et il serait anachronique de vouloir le traiter comme tel. Si les magistrats sont apparus, à toutes les époques comme les gardiens de l'ordre, de ses fondements, de sa protection et de sa stabilité, il n'ont pas pour autant présenté un profil uniforme. Les premiers temps de la magistrature ont été ceux des pionniers, des juges « missionnaires », des bâtisseurs de l'édifice judiciaire français dans la moitié sud de la Régence. Le magistrat de cette première période devait administrer non seulement les preuves de sa compétence professionnelle, mais, aussi de ses qualités humaines - ou surhumaines - et morales.

Les relations privilégiées avec le pouvoir politique et la place particulière qu'occupait la magistrature, prirent fin au lendemain de la guerre de 1914-1918, lorsque le corps judiciaire se retrouva bien malgré lui, cantonné à la seule fonction judiciaire. Il s'ensuivit alors une lente mais irrésistible perte de pouvoir, de prestige, d'influence d'autorité et d'aisance matérielle. La magistrature des années vingt et trente essaya, sans succès, de retrouver la place privilégiée qui avait été celle de ses aînés. Son image était restée intacte, mais sa fonction avait été profondément érodée.

La décennie trente est celle de la banalisation de l'institution judiciaire, dans la mesure où l'exploitation de la justice criminelle à des fins politiques n'est plus à l'ordre du jour. Corrélativement, les magistrats français ne font plus

figure de personnages exceptionnels, de surhommes. La fonction judiciaire cesse de s'apparenter à un sacerdoce, la justice et ses serviteurs perdent ce caractère mystique, quasi-sacré, qui avait été le leur au début du Protectorat.

Frank E. Vogel and Samuel L. Hayes, *Islamic Law and Finance : Religion, Risk and Return*, The Hague/London/Boston : Kluwer Law International, 1998, 330 and XV p.

Over the last two decades or so, the phenomenon of Islamic banking has provoked a vast body of literature, both programmatic and scholarly, legal and economic, theoretical and applied. Consequently, it has become fairly difficult to make a genuine contribution to the field. In their « cross-disciplinary study of Islamic banking and finance » Vogel and Hayes, nevertheless, succeed to do so.

The book grew out of a research project at Harvard University, joining legal, banking and regional expertise and provides the reader with unique insights into the principles of Islamic contract law underlying Islamic finance as well as their contemporary application by Islamic banks. The book combines an investigation of the current practice of Islamic banks with considerations of how Islamic finance could further develop, paying particular attention to the international level. As banks in Europe and the US have started to enter the Islamic banking market by engaging in Islamic trade finance and setting up Islamic investment funds, such a study is highly desirable (what also is reflected in the sponsors of the Harvard project, including major international banks and financial consultancies). The authors' program can be summarized as follows : (i) Islamic banking is real, i.e. not solely based on subterfuges (the infamous *hiyal*) but deserves to be taken seriously, (ii) Islamic banking is unique, i.e., it differs, both in theory and in practice, from conventional finance, and (iii) Islamic banking represents a challenge, i.e. the revival of Islamic principles in large parts of the Muslim world does not only represent an impediment to the spread of global finance, but also provides new opportunities for banks both on the regional and international level.

Part 1 (Vogel) contains an exposition of the relevant sources of Islamic finance in the Quran and the Sunna as well as their elaboration and consolidation in Islamic legal scholarship. Vogel analyses the rich textual material on Islamic contract law from the perspective of an American common lawyer, trying to systematize cases and to show the logic of certain rules, such as the prohibition of *ribâ* (usury) and *gharar* (speculation). The highly discursive approach, thus, is less textual-historical but rather legal-systematic. This provides the background for an overview of the contractual arrangements used in contemporary Islamic banking which, to some extent, pay tribute to Islamic legal principles (in particular to the *murâbaha* and the *mudâraba*), but, for the rest, conform to the international banking standard. Part 2 (Hayes) examines Islamic banking transactions from the western banker's perspective, paying particular attention to the time value (or opportunity cost) of money and the cost of business capital. Just as part 1 tries to make Islamic law intelligible to the western lawyer, part 2 makes an attempt at categorizing it in the terminology of the western banker. This, in turn, paves the way for an investigation of Islamic financial innovations in part 3 (Vogel/Hayes). Here,

the authors engage in the attempt to show new avenues Islamic transactions could be used in international finance, addressing issues such as Islamic leasing pools or Islamic project finance as well as the establishment of an Islamic clearing house. The last part most clearly reflects the authors' over all approach, being sympathetic to Islamic banking, without, however, appraising it uncritically, aiming at a study of and contribution to contemporary Islamic finance.

The book draws on a large body of sources, including the frequent reference to contractual forms used in contemporary Islamic finance, laying out the microcosm of the contractual practices of Islamic finance which, in this detail, probably is unmatched. The book, nevertheless, is not a practitioner's manual on how to draft an « Islamic loan contract » or alike, but aims at making an *academic* contribution to the *practice* of international banking, showing both opportunities and obstacles. This focus also might provide the explanation why Vogel and Hayes pay only marginal attention to regulatory questions and the adjudication of Islamic financial transactions through secular courts, both issues which – from the practitioner's perspective – might (at least in a Western legal environment) represent the most substantial obstacles to be overcome when implementing Islamic finance schemes. Do Islamic funds comply with relevant security regulations, who might prevent a distribution of investment shares through an appeal to religious sentiment? What are the implications of an international loan contract providing for the « principles of Islamic law » as the proper law of the contract (as opposed to the legal order of a specific state). The insightful and stimulating book of Vogel and Hayes, however, provides the reader both with the factual basis and the intellectual incentive to investigate these issues.

Dr. Kilian BÄLZ, LL.M

Christopher MELCHERT, *The Formation of the Sunni Schools of Law : 9th - 10th Centuries C.E.* Leiden, New York, Köln : Brill, 1997. (Studies in Islamic Law and Society ; 4)

Le livre de Christopher Melchert, version élargie de sa thèse doctorale en histoire soutenue en 1992 à l'université de Pennsylvania, essaie de retracer le développement des écoles sunnites de droit entre les neuvième et dixième siècles. Divisé en neuf chapitres, auxquels s'ajoutent l'introduction et la conclusion, l'ouvrage se fonde sur de nombreuses sources primaires, éditées et non éditées, et particulièrement des dictionnaires biographiques et des textes historiographiques. Un index complète ce travail de 244 pages.

L'auteur commence en clarifiant le terme *madhhab* : celui-ci fut d'abord équivalent à *tariqab*, le chemin que quelqu'un prend. Il signifia ensuite l'opinion particulière d'un juriste ou la collection des opinions juridiques. Finalement, *madhhab* en est arrivé à signifier l'école, l'« école de droit » en particulier. Melchert accepte explicitement la pertinence de la proposition de George Makdisi, pour qui il serait préférable de parler de *guilds* au lieu des *schools of law*. Il décide toutefois d'adopter, par convention et pour d'autres raisons, le terme *school of law*. Il reste difficile de faire l'étude du *madhhab*,

au sens de l'opinion ou de la collection des opinions, en raison du peu de sources arabes éditées.

La question de la formation et du développement des écoles juridiques en Islam au IX^e siècle n'a pas été posée par les auteurs arabes, à l'exception d'Ibn Khaldûn qui lui a consacré un chapitre de sa *Muqaddimah*. Sur la base de ce texte, Joseph Schacht a développé une histoire de la formation des écoles juridiques en Islam. Dans son livre, Melchert essaie d'en donner des détails par une description minutieuse, en prenant appui sur des sources biographiques. En bref, Schacht constate une séparation entre l'Iraq, avec sa tradition du *qiyâs* (analogie) et son utilisation du *ra'y* (opinion) dans la recherche des solutions aux problèmes juridiques, et le Hidjaz, avec sa connaissance de la tradition du prophète (hadîth). L'activité littéraire d'Abû Hanîfa et de ses disciples en Iraq et de Mâlik et des siens au Hedjâz aurait abouti à ce qu'ils soient les seuls survivants parmi les savants de leurs temps et qu'ils s'imposent comme éponymes d'une école de droit. Al-Shâfi'î, pour sa part, aurait synthétisé ces deux écoles en créant la sienne propre. Avec lui, la formation des écoles de droit s'arrête et le *taqlîd* (« speaking with someone else's authority » (p. xviii)) aurait commencé à prévaloir. Pour Schacht, tous les problèmes essentiels ont été résolus à cette époque (900 A.D.) ; pour Ibn Khaldûn, la complexification des termes techniques aurait rendu trop difficile la tâche du *mudjtahid* et les juristes auraient eu peur de suivre des personnes non qualifiées. Les deux soulignent, dit Melchert, les similarités entre les Iraquiens et les Hidjazis par rapport aux *ra'y* et au hadîth, mais ils n'offrent pas d'explication sur le lieu et les modalités d'émergence du mouvement traditionaliste. Même si Schacht donne une date précise pour la formation des quatre écoles de droit (vers 865 A.D.), il se base sur des textes doctrinaux et ignore la question de l'adhésion à une école de droit et de l'établissement des liens constitutifs d'une école. Melchert s'attache à apporter une réponse à ces questions.

Le livre est divisé en deux parties : avant et après la formation des écoles classiques de droit, à partir de la fin du IX^e siècle. Avant, c'est principalement la distinction entre adhérents du *ra'y* et du hadîth qui prévalait. Dans le premier chapitre, Melchert s'occupe donc des juristes traditionalistes les plus durs, ceux d'Iraq, et il analyse leurs critiques par rapport à la jurisprudence rationaliste. Cette dernière a adapté sa pratique en réaction aux critiques des traditionalistes, leur orthodoxie était toujours sujette à caution. Melchert montre que les traditionalistes ont été forcés, eux aussi, de modifier leur système juridique basé sur le hadîth, et ce pour des raisons de praticabilité. Les deuxième et troisième chapitres portent sur les adversaires des traditionalistes, les juristes rationalistes iraqiens. Melchert réussit à confirmer les propos de Schacht concernant les Hanafites. Premièrement, il n'y avait pas d'école hanafite de droit à cette époque. Melchert (chap. 2) identifie deux processus par lesquels les juristes rationalistes en Iraq ont personnalisé leur école : en substituant l'identification à la personne d'Abû Hanîfa au rattachement à la ville de Kûfa ; en absorbant les traditions rationalistes d'autres villes. Dans le Hidjâz, les disciples de Mâlik ont parcouru le même itinéraire. Au chapitre 3, Melchert décrit la réécriture des œuvres d'Abû Hanîfa et de ses disciples et de leur histoire pour leur donner un visage plus traditionaliste et plus proche du hadîth. Melchert souligne l'importance du phénomène d'écriture de commentaires, qui constitue, pour lui, le signe d'une école consciente

d'elle-même. Après un court chapitre (chap. 4) sur al-Shâfi'i et ses positions « semi-rationalistes », entre *ra'y* et *badîth*, Melchert se tourne, au chapitre 5, vers Ibn Suraydj, fondateur de la première école classique du droit, l'école shâfi'ite de Bagdad. L'auteur analyse en détail la pratique et la méthode d'enseignement d'Ibn Suraydj. Il présente également la chaîne des professeurs, qui ont été à sa suite les premiers dirigeants de cette *guild*, et la prolifération de ses disciples et arrières-disciples. Au chapitre 6, l'auteur nous montre que les mêmes phénomènes ont présidé à la formation de l'école hanafite, l'opération culminant dans l'œuvre d'al-Karkhî. Au chapitre 7, il nous administre des preuves de la fondation de l'école classique hanbalite par al-Khallâl. Ces trois écoles se sont formées entre la fin du ix^e et la moitié du x^e siècle. Melchert s'appuie sur l'exemple de régions aussi diverses et variées que l'Égypte, la Transoxiane, Bagdad et le Khurasan. Il souligne toutefois l'importance de Bagdad comme point de départ et comme moteur de ce processus, tout en mentionnant le rôle d'autres villes comme Basra.

Les deux derniers chapitres (chap. 8 et 9) portent sur les « écoles secondaires ». Le chapitre 8 retrace les réactions des juristes malikites occidentaux aux développements du monde musulman oriental. L'auteur montre que, jusqu'à la fin du x^e siècle (limite temporelle de son étude), les Malikites n'ont pas réussi à développer une méthodologie comparable. C'est parce qu'ils étaient protégés par l'État fatimide, qui a bloqué l'avancement des écoles de droit orientales, qu'ils ont survécu. En Orient, la Mâlîkiyah, comme d'autres écoles de droit (comme, par exemple, celles d'al-Tabarî ou de Dâwûd al-Zâhirî), disparaît peu à peu.

Le livre de Christopher Melchert donne pour la première fois des preuves détaillées et bien documentées à différentes hypothèses avancées par des spécialistes de droit islamique au sujet de la formation des écoles de droit dites classiques. Il met toutefois en doute la chronologie conventionnelle de la formation des écoles classiques de droit en utilisant des dictionnaires biographiques pendant longtemps négligés par les chercheurs. Il n'ignore pas les problèmes que pose ce genre littéraire. Les auteurs des biographies, dit Melchert, ont bien sûr rédigé leurs textes pour minimiser les conflits et les changements. Mais l'utilisation extensive de ces sources rend possible pour Melchert une datation et une localisation beaucoup plus précises de la formation des écoles classiques de droit. Il dévoile aussi le rôle joué par l'État dans ce processus et comment le succès d'une école était lié à ses relations et positions socio-économiques et politiques. C'est dans un subtil dosage de traditionalisme (avec son appel aux masses et à la classe moyenne) et de rationalisme (lié à la cour et aux intellectuels) que résidait la clé du succès. C'est pour cette raison que les deux partis étaient forcés de s'accommoder l'un à l'autre. C'est ainsi que l'animosité virulente de la fin du ix^e siècle entre le *abl al-badîth* et le *abl ar-ra'y* se transforma en une reconnaissance mutuelle et prit la forme des quatre écoles classiques de droit qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui.

En conclusion, cet ouvrage mérite d'être lu par toute personne qui s'intéresse à l'histoire du droit islamique. Il est bien documenté et clairement structuré et argumenté. Melchert offre également des pistes de recherche pour l'avenir.

BUSKENS Léon, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999.

Ce livre est le résultat d'une recherche entreprise en 1987 sur le droit de la famille et les relations familiales dans le Maroc contemporain, qui a abouti à la rédaction d'une thèse de doctorat défendue en 1993. Elle se compose de trois parties, deux de nature juridique et la troisième de nature plutôt anthropologique. L'auteur insiste cependant dès l'avant-propos de son livre sur le fait qu'il ne s'agit pas tant de faire une ethnographie de la famille marocaine que de souligner les décalages entre droit et réalité. Cette volonté est d'autant plus marquée que, dans le domaine du droit familial, une réforme importante est intervenue en 1993. Alors que les deux parties consacrées au droit incorporent les changements apportés par la nouvelle loi, il n'en est pas de même pour la partie ethnographique pour laquelle le court terme rendait difficile une appréciation véritable des transformations induites par l'évolution juridique. Livre en deux temps, en quelque sorte, mais cette dichotomie ne dérange toutefois pas la lecture dès lors qu'on garde à l'esprit cette motivation de l'auteur. Ajoutons enfin que l'ouvrage ajoute explicitement au public académique habituel celui des praticiens du droit concernés par les effets du droit marocain dans le système juridique des pays d'immigration et, en l'occurrence, des Pays-Bas.

Le livre peut se lire à deux niveaux. D'une part, il est possible de le considérer comme la constitution d'une connaissance factuelle du droit de la famille, avec les questions qui la sous-tendent. Il peut également, d'autre part, être lu comme une étude sur la place qu'occupe le droit islamique dans la vie juridique d'un État du nord de l'Afrique, que ce soit au niveau de la législation ou à celui de la vie quotidienne des citoyens. Cette dualité d'approche justifie le recours à des méthodes et à des sources éclectiques, juridiques et anthropologiques pour l'essentiel, qui font la richesse de cet ouvrage.

Bien qu'elle en soit l'impulsion, l'étude du droit de la famille des Marocains dans le cadre néerlandais ne constitue pas l'objet du livre qui porte sur le droit de la famille tel que pratiqué au Maroc. Ce droit est consigné dans une loi, la *Mudawwana*, dont les dispositions forment l'objet d'analyse de la première partie (Le droit de la famille en vigueur : la *Mudawwana*). Celle-ci porte plus précisément sur les questions de la conclusion, de la dissolution et des conséquences du mariage (filiation, devoir d'entretien et vie conjugale). Conclusion et dissolution du mariage mettent en scène des acteurs importants, les *'udûl* (sg. *'adl*). Il s'agit de témoins professionnels qui font en marge des actes juridiques des déclarations concernant les opérations juridiques en question. La deuxième partie du livre porte sur l'incorporation de cette institution islamique classique dans le système juridique moderne et sur les règles régissant la conclusion valide de ces actes juridiques. Enfin, la vie familiale quotidienne et le droit vivant, c'est-à-dire la pratique juridique, constituent l'objet de la troisième partie. L'enquête ethnographique est circonscrite ici à l'agglomération des villes de Rabat et Salé dans lesquelles l'auteur a mené une enquête de terrain étalée sur plusieurs séjours. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, cette partie vise à montrer comment les règles juridiques présentées dans les deux premières parties sont à la fois concrétisées et relativisées dans le quotidien des Marocains.

L'auteur le reconnaît, il n'y a ni étude ni utilisation de la jurisprudence des tribunaux marocains dans cet ouvrage. Il s'agit là probablement de sa faiblesse principale, dans la mesure où l'on peut se demander quelle est la

signification des règles codifiées en dehors de l'interprétation qu'en font les tribunaux et praticiens. Cela accentue sans doute le fossé entre les parties juridiques et anthropologiques du livre. L'étude d'un échantillon consistant de l'activité des juges marocains dans le domaine du droit de la famille aurait certainement permis de montrer que c'est à ce niveau qu'interagissent les sens professionnel et profane du droit et que peuvent se refléter les conceptions agissantes des relations familiales. S'il est vrai que l'essentiel de la pratique du droit familial passe par les *'udûl*, comme l'invoque l'auteur pour se justifier de la mise entre parenthèses de la jurisprudence, il n'en reste pas moins que c'est au niveau du tribunal que se règlent - et donc se révèlent - les conflits d'interprétation. Dès lors qu'il s'agissait de montrer le droit en action, pas seulement dans la conclusion ou la dissolution des liens du mariage, mais aussi dans le règlement des litiges portant sur ces actes juridiques, l'étude jurisprudentielle se révélait très utile, sinon indispensable. Ceci étant, il faut admettre que cela ouvre la perspective à des recherches ultérieures plus que cela n'invalide les résultats de celle ici entreprise.

On présentera rapidement la structure des trois parties du livre. La première, consacrée à la *Mudawwana*, traite d'abord de son élaboration et de quelques considérations générales (chap. 2). Le chapitre 3 porte sur la conclusion du mariage, le chapitre 4 sur sa dissolution et le chapitre 5 sur la naissance et ses conséquences. Le premier but de cette partie est d'examiner la façon dont la dimension symbolique du droit de la famille, partie importante de l'identité islamique de l'État marocain, est traduite dans le contexte contemporain. Il s'agit ensuite de considérer dans quelle mesure le droit marocain de la famille représente l'expression de la culture marocaine et le produit des conditions sociales qui prévalent aujourd'hui. Cette partie vise enfin également à faire la part du droit islamique - droit casuistique plutôt que justice du *qâdî* - et de l'influence coloniale dans le droit marocain contemporain.

La deuxième partie traite de l'institution des *'udûl* en droit marocain. Après avoir traité de concepts généraux et de l'histoire de cette institution (chap. 6), elle s'attache au détail des règles édictées par voie de loi et de décret pour la réglementer (chap. 7). Ici également, l'étroite interconnexion du droit islamique et d'un modèle issu de l'influence coloniale se reflète, particulièrement dans l'établissement d'un système administratif et juridique centralisé.

La troisième partie traite pour sa part des formes quotidiennes que le droit de la famille prend parmi les Marocains. Elle s'attache d'abord à décrire les lieux de l'enquête (chap. 8). Suivent ensuite des chapitres consacrés à l'étude, sous l'angle de l'anthropologie, des conditions de conclusion d'un mariage (chap. 9), de la venue d'enfants (chap. 10) et de la survenance, avec toutes ses conséquences, d'une dissolution du mariage (chap. 11). Il ne s'agit pas, selon l'auteur, de décrire ici une réalité, mais plutôt de montrer comment les gens vivent un certain type de relations dans un lieu et un contexte donnés. C'est, en d'autres termes, le contraste entre le droit écrit et le droit vécu qui intéresse l'auteur. Il pense par cela permettre aux juristes travaillant dans un contexte européen d'avoir une idée anthropologique de la façon dont les Marocains traitent de leurs problèmes juridiques.

En conclusion, on soulignera l'énorme qualité documentaire de cet ouvrage, à laquelle il faut ajouter l'évidente ouverture sur le traitement de

problématiques sociologiques et anthropologiques. Il reste à souhaiter qu'il puisse, pour toucher un public plus large, faire l'objet d'une traduction en tout ou en partie. Pour le français, à tout le moins, cette perspective est loin d'être exclue, tant le livre de Léon Buskens répond à un besoin pressant des autorités politiques, juridiques et judiciaires de disposer d'une introduction de qualité à une problématique dont l'actualité est évidente.

Baudouin DUPRET

Legal Pluralism in The Arab World. Édité par Baudouin Dupret, Maurits Berger et Laila al-Zwaini. The Hague/London/Boston : Kluwer Law International, 1999. P. XXIII, 280. \$105.00. ISBN : 90-411-1105-0.

Bien que le pluralisme juridique soit devenu une science à part entière, avec enseignement universitaire et revues scientifiques, aucune définition de ce terme n'existe encore dans les dictionnaires généraux de droit. Ses théories et pratiques semblent trop fluctuantes, ses manifestations et phénomènes trop variés. *Legal Pluralism in the Arab World* confirme cette impression. L'ouvrage affirme constituer la première étude systématique de ce phénomène dans le monde arabe. Par pluralisme juridique, comme il est expliqué dès le début (p. xi) il faut entendre deux choses. D'un point de vue juridique, le pluralisme juridique est la reconnaissance par un État de la multiplicité des sources juridiques qui constituent le fondement de sa législation. Dans une perspective socio-juridique, il s'agit d'une pluralité de champs sociaux qui produisent des normes interactives.

Né d'un séminaire international tenu au Caire fin 1996, cet ouvrage s'ouvre avec une préface de John Griffiths, un des pionniers de l'étude du pluralisme juridique. Le livre est ensuite introduit par ses trois éditeurs et s'achève par une bibliographie et un index. Ses dix-huit contributions sont divisées en trois parties. La première s'intitule « pluralisme juridique, pluralité normative, et le monde arabe ». Les quatre articles qu'elle regroupe sont généraux, en ce qu'ils discutent des résultats de travaux antérieurs ou plus récents sur le pluralisme juridique dans la sociologie du droit, l'anthropologie juridique et le droit. Dans un exposé introductif sur la notion de pluralisme juridique, Gordon Woodman, autre pionnier du domaine, tire les conclusions générales de l'ouvrage : il y a autant de théories du pluralisme juridique que de pluralismes juridiques dans le monde arabe.

La deuxième partie, qui comprend six articles, est intitulée « perspective comparative ».

Marie-Claire Foblets et Baudouin Dupret opèrent une comparaison entre le traitement judiciaire d'affaires de foulard en Belgique et en Égypte. Deux études sur le droit palestinien par Bernard Botiveau et sur le Maroc par Lawrence Rosen sont suivies d'une analyse de la Convention internationale sur les droits de l'enfant par Murielle Paradelle, qui s'interroge sur les effets du pluralisme juridique sur le droit international public. Maurits Berger examine le cas syrien et Hassan Gemei termine par une étude comparative du traitement des clauses léonines dans différents pays arabes.

La troisième partie s'intitule « le pluralisme juridique et l'Égypte », et consiste en huit études de cas portant sur l'Égypte. Ruud Peters présente un cas

de vendetta soumis à une juridiction égyptienne locale au début des années 1860. Sarah Ben Nefissa expose une affaire qui s'est déroulée en Haute Égypte au milieu des années quatre-vingt-dix et fut réglée au moyen d'un *baqq al-arab*, mode de règlement non juridictionnel des conflits. Nabil 'Abd al-Fattah met en garde contre le désordre qui pourrait frapper le système juridique égyptien en cas de confusion entre pluralisme juridique et anarchie juridique. Après l'analyse par Nathalie Bernard-Maugiron de l'affaire d'*al-Mubajir*, procès intenté contre Youssef Chahine en raison du film du même nom, Nagla Nassar s'interroge sur le statut de la femme comme exemple de pluralité juridique. Ziad Bahaa-Eldin opère une distinction entre la pratique financière formelle et informelle, et Ahmed Seif al-Islam Hamad s'inquiète du risque que la pluralité juridique n'entraîne une légitimation des violations des droits de l'homme. Enfin, Kilian Bälz se demande quelle signification il faut donner à des affaires de voile dans des écoles publiques égyptiennes.

Legal Pluralism in the Arab World est le dix-huitième volume de la série « Arab and Islamic Laws » de Kluwer Law International. En tant que tel, il vient à la suite d'ouvrages d'une très grande utilité mais qui, en raison de leur prix élevé, finissent bien souvent par atterrir sur les rayons de grands cabinets d'avocats plutôt qu'entre les mains d'étudiants, ce qui est extrêmement regrettable. Il est vrai que toutes les contributions de cet ouvrage ne traitent pas du pluralisme juridique. Toutefois, ceci mis à part, les articles sont dans l'ensemble de très bonne qualité et sont écrits de façon à ne pas décourager un lectorat plus large. Une interrogation demeure, cependant, quant au grand nombre d'erreurs de frappe et un mystère reste à éclaircir : pourquoi la plus grande partie des références bibliographiques de l'ouvrage sont-elles inexactes, incorrectes ou fausses ?

Jan GOLDBERG

Abdul Hamid EL-AHDAB, *Arbitration with the Arab Countries*, 2nd ed., The Hague/London/Boston : Kluwer Law International, 1999, 985 and xxxvii p.

El-Ahdab's handbook, now presented in its second, substantially amended edition, is both the most comprehensive and up-to-date work on the subject. It is published at a time where arbitration is booming throughout the Middle East. Many Arab states have modernised the relevant legislation over the recent decade and arbitration centres are mushrooming throughout the region. Two factors in particular have fostered these developments : first, the agenda of economic liberalization and structural adjustment has, in many states, triggered economic changes of a pace with which the existing judicial infrastructure cannot keep up with. Thus, there is an increasing demand for private mechanisms of dispute resolution, not primarily dependent on state courts. Second, the appeal of professionalising arbitration and developing it into a « full service private judiciary » seems to have reached the Middle East as well. Arbitration, having a long and at times troublesome history in the region, is increasingly commodified and (to some extent) professionalised, following the global trend.

The book is divided into an introductory part on arbitration under Islamic law followed by country reports covering the Arab jurisdictions of North

Africa and the Arab Peninsula. The Appendix includes translations of relevant pieces of legislation and selected international conventions. While the chapter on Islamic law probably does not add much to the study of judicial organization in Muslim societies, it might well prove helpful for the practitioner not acquainted with the legal history (and rhetoric) of the region. The country reports, which show the author's long-standing experience as arbitrator and his dedication to comparative legal scholarship, provide in-depth information on some 17 (!) jurisdictions, covering judicial organization in general and the rules governing national as well as international arbitration in particular, including subjects such as the agreement to arbitrate, the nomination of arbitrators, proceedings, challenge of arbitral awards, enforcement of foreign awards, state contracts etc. Although such reports will never replace the advice of a lawyer qualified and practising in the particular jurisdiction, they provide excellent preliminary information to whoever is involved in drafting an arbitration clause which might be enforced in one of the jurisdictions or is considering whether to initiate proceedings there.

Although the majority of jurisdictions covered have certain features in common, among them the background of the Islamic legal tradition and modern legislation based on the French model, they also provide a rich (and, at least in detail fairly unexplored) playground for the comparative lawyer : while some states, including, for example, Egypt, have adopted the UNCITRAL Model Law and follow what now is considered the international standard, arbitration legislation in Saudi Arabia, in contrast, to some extent also pays tribute to the tradition of Islamic law by requiring, for instance, the arbitrator to be Muslim and to apply Islamic law (unless there are specific Saudi regulations). In Libya, moreover, one finds elements of so-called « popular justice », empowering the « Popular Committees » to settle minor disputes through conciliation, a kind of lay justice traditionally ascribed to the now faded « Socialist legal family » (problematic as the term may be).

El-Ahdab, therefore, does not only provide an indispensable source of reference for the practitioner concerned with arbitration in North Africa and the Middle East, but also a rich and fascinating work for whoever is interested in the comparative study of arbitration.

Dr KILIAN BÄLZ, LL.M.