



ROYAUME DU MAROC
Ministère de la fonction publique
et de la modernisation
de l'Administration



Strasbourg, le 16 décembre 2015

CDL-UD(2015)008
Or. fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec

**LE MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA
MODERNISATION DE L'ADMINISTRATION DU ROYAUME DU MAROC**

**Séminaire régional pour les hauts cadres de l'administration
UniDem**

“DROITS DE L'HOMME ET SERVICE PUBLIC”

**Centre d'Accueil et de Conférences
Avenue Essanouabar, HAY RIAD, Rabat, Maroc**

14-17 septembre 2015

**LIBERTE DE CONSCIENCE ET DE RELIGION (art 9 CEDH, art 18 PIDCP),
LIBERTE D'EXPRESSION (art 10 CEDH, art 19 PIDCP)**

par

M. Mohamed MOUAQUIT (Professeur, Université Hassan II, Casablanca, Maroc)

L'objet de ma communication porte sur la liberté de conscience en contexte musulman. Dans le contexte musulman, ce qui s'impose à l'observation, c'est le caractère problématique de cette liberté. Ce caractère problématique ressort de l'actualité des sociétés musulmanes d'aujourd'hui sous deux aspects :

1- un aspect qui lie le caractère problématique de la liberté de conscience au développement d'un extrémisme islamiste propice au « takfirisme » qui, à la faveur d'une conjoncture de guerre civile ou de déstabilisation politique dans laquelle se trouvent certains Etats dans la région du Proche-orient, tend à exacerber les divisions politiques par des divisions communautaires et confessionnelles qui mettent en danger les minorités religieuses et la vie des individus qui s'y rattachent ;

2- un aspect qui lie le caractère problématique de la liberté de conscience à une évolution en profondeur des sociétés dans le monde musulman, une évolution qui s'analyse comme un processus qui consiste dans la tendance à la mise en valeur de l'individu et de l'individualité. Une série de faits au Maroc témoigne de cette évolution : Abdellalil ; Bahais ; Les antiramadan ; les convertis au shi'isme ; etc.

C'est cette évolution en profondeur qui va faire de plus en plus de la liberté de conscience un enjeu fondamental dans les sociétés musulmanes, et c'est par rapport à elle que se détermine l'enjeu de la liberté de conscience.

En quoi consiste cet enjeu ? Il s'agit d'un profond changement de société. Dans les sociétés d'avant ce qu'on appelle la modernité, les questions religieuses de sens étaient étroitement imbriquées dans les structures collectives de l'institution du social et du politique. L'avènement de la modernité a consisté précisément à ne plus situer les besoins religieux de sens au niveau des besoins de structuration collective du social et du politique. En entrant dans un processus de modernisation, les sociétés musulmanes sont désormais confrontées au besoin de ne plus faire dépendre les questions de sens religieux ou existentiels des structures collectives, mais de la seule conscience des individus.

Ce qui rend problématique la liberté de conscience en contexte musulman

Les sociétés musulmanes contemporaines sont adossées à une configuration sociale et culturelle « holiste ». Dans un tel cadre, le Tout, la communauté ou le groupe, doit primer sur la partie, l'individu. La liberté de conscience comme droit individuel n'est pas donc pensable, ou tout au moins facile à admettre.

Ce qu'un tel cadre rend possible, c'est tout au plus une forme de tolérance communautaire. Ce modèle de « tolérance communautaire » est connu dans l'histoire dans diverses aires culturelles. Les configurations « holistes » ont pu en effet dans le passé illustrer une forme de « tolérance communautaire » (Rome impériale ; Edit de Constantin ; Edit de Milan...). Ce modèle profite à la communauté et ne profite à l'individu qu'indirectement et dans la mesure où il est intégré à une communauté. Il n'est pas individualiste, car à l'intérieur de sa communauté l'individu peut être nié dans sa liberté de s'autodéterminer dans sa conscience.

Mais même dans un modèle de type holiste, il y a toujours un certain degré de reconnaissance de l'individualité. On pourrait le reconnaître dans une certaine forme d'« intolérance limitée » dans laquelle, tout en étant sacrifié au collectif et au communautaire, l'individu peut échapper dans une certaine mesure à son étau. On peut le reconnaître même dans la pensée politique moderne dans ses premières formulations individualistes. L'individualisme de Hobbes trouve ses limites dans la subordination de l'individu au primat de la sécurité collective dont le Léviathan est en charge. L'individu doit, par ses actes, se soumettre aux décrets du Léviathan, le représentant de la collectivité des citoyens, y compris lorsque celui-ci impose des dogmes en matière d'opinion. C'est ce que Spinoza cherchera à dépasser et c'est ce qui fait passer Hobbes chez les libéraux pour le promoteur d'une souveraineté « totalitaire », et non seulement absolue comme le voulait Hobbes. On oublie cependant que la tutelle de l'Etat sur les individus en matière de pensée et d'opinion, notamment religieuse, s'arrête chez Hobbes aux actes qui manifestent la loyauté des individus à l'égard du souverain. Quant au for interne, l'Etat n'a pas à pousser son contrôle jusqu'à lui. Par rapport à la pratique de contrôle qui s'étend jusqu'au for interne, comme cela fut le cas dans les temps inquisitoriaux de l'Eglise, on peut considérer que le point de vue de Hobbes était relativement libéral et était destiné à contrer la pratique inquisitoriale de l'Eglise. Pour l'institution ecclésiastique, le for interne de l'individu était irrémédiablement perverti et son âme définitivement perdue.

L'héritage de l'islam peut être caractérisé comme un « modèle » « holiste » de tolérance communautaire. Celle-ci est le produit de la reconnaissance par l'islam aux communautés confessionnelles appartenant aux religions du Livre de leur droit à exister, c'est-à-dire à s'adonner à leur propre culte et à être régies par leur propre loi religieuse. La liberté de conscience n'est pas admise dans ce cadre théologico-politique où la souveraineté est celle de Dieu exercé par la lieutenance du calife. L'apostat encourt la peine de mort s'il se maintient dans son apostasie. L'individu apostat doit exprimer sa repentance et manifester par l'acte son retour à la situation originelle de son statut de membre de la communauté musulmane. Mais dans ce cadre aussi, une forme d'« intolérance limitée » de l'individualité existe. Il n'y pas lieu, parce que cela n'est de toute façon pas possible, de contrôler le for interne de l'apostat. Cela signifie que ce qui est problématique dans le cas de l'apostat, c'est le fait qu'il est à l'égard de sa communauté un renégat. Il est coupable de « trahison ». Le souci dans ce cadre est sécuritaire dans la mesure où l'écart à l'égard de la communauté que constitue l'apostasie est perçu comme une « trahison » du groupe. C'est une trahison plus politique que religieuse, puisque le religieux individuel peut être sauvegardé en tant que for interne et échapper au contrôle communautaire. La solution revient évidemment à tolérer et à encourager la « taqiyya ». C'est ce type de solution que l'école shaf'ite a favorisé.

L'évolution et ses potentialités

C'est par la rupture avec ce modèle holiste que la modernité prend sens. L'avènement de la modernité a consisté précisément à ne plus situer les besoins religieux de sens au niveau des besoins de structuration collective du social et du politique.

Le processus qui a conduit à cette transformation est lié à la désidentification du pouvoir politique à une forme d'orthodoxie religieuse. Cette désidentification n'a pas nécessairement, au terme actuel de ce processus, pris partout la forme de la laïcité, c'est-à-dire de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Certains Etats européens sont restés jusqu'à récemment ou restent encore confessionnels (certains pays nordiques), mais sont désormais acquis au système de valeurs des droits humains, notamment à la liberté de conscience. Cela signifie que la confessionnalité de ces Etats est de l'ordre identitaire ou d'un reliquat culturel historique. Cela signifie aussi que la confessionnalité de ces Etats n'a pas empêché une profonde sécularisation des structures d'institution et de fondation du social et du politique.

Par rapport au fond historico-culturel décrit plus haut, la situation dans les pays musulmans est en phase d'évolution/transformation. Ces pays se trouvent à la fois dans un rapport de rupture et dans un rapport de continuité avec ce fond historico-culturel. La rupture et la continuité ont pour cadre commun la réalité de l'Etat positiviste national. L'Etat positiviste assure certainement une continuité avec le passé, mais il porte aussi la contrainte de la modernisation et se donne la capacité de déterminer la portée et les limites de la continuité.

L'islamité d'Etat symbolise la continuité, et se traduit aussi sur le plan de la législation civile, principalement en matière de statut personnel. Cela a directement des conséquences sur la liberté de conscience. Un non-musulman ne peut contracter mariage avec une musulmane que s'il fait acte de conversion à l'islam, c'est-à-dire s'il abjure la religion à laquelle il adhère éventuellement. Il n'y a pas de vocation successorale entre un musulman et un non musulman.

Sur d'autres plans cependant, l'islamité d'Etat a un moindre effet normatif. L'intégration du juridique positif comme forme dominante du normatif a permis et permet encore de faire glisser les sociétés musulmanes en dehors du normatif religieux. Cette intégration du juridique comme forme dominante du normatif fait que la normativité du religieux, ne s'exerce que dans la mesure où elle est relayée par la normativité du juridique. En conditionnant la normativité du religieux, le juridique peut soit avoir pour effet de neutraliser les effets du religieux, soit opérer une substitution de normativité. Cette évolution conduit à **sortir du cadre de la tolérance qui était celui du passé et à entrer dans celui de la liberté de conscience.** L'évolution en question a pour conséquence :

- **d'une part, un glissement du modèle communautariste de la tolérance au modèle individualiste de la liberté.** Le cadre juridico-politique est désormais régi par la catégorie de la citoyenneté comme déterminant des relations de l'Etat national à l'égard de sa population. Au Maroc, et ailleurs aussi (Tunisie et Algérie par exemple), les constitutions adoptées depuis les indépendances ont établi le principe d'égalité des citoyens. Le legs du passé a été délesté de l'asymétrie statutaire de la dhimma qui était fondé sur la discrimination confessionnelle. Certes, le

statut de la dhimma persiste à travers la confessionnalité des statuts personnels et et des juges compétents, mais il est désormais caduque quant à ses autres aspects. C'est ainsi que les partis politiques marocains doivent être ouverts à tous les sujets sans discrimination de confession (article 17, al. 1 du dahir de novembre 1958 réglementant le droit d'association).

Tout en privilégiant évidemment l'islam, qui est la religion de l'Etat, l'Etat marocain accorde des avantages fiscaux, des terrains et des bâtiments, ainsi que des subventions et des exemptions de droits de douane sur les importations nécessaires à l'exercice des activités religieuses. Le budget annuel de l'Etat consacré à l'éducation finance l'enseignement de l'islam dans toutes les écoles publiques et celui du judaïsme dans certaines écoles publiques. L'Etat finance l'étude de la culture juive et de son héritage artistique, littéraire et scientifique dans certaines universités. Des mesures d'autorisation sont cependant exigées pour certaines actions. L'Etat oblige les groupes religieux à s'inscrire pour pouvoir entreprendre des transactions financières et autres démarches, comme la création d'associations privées et d'entités légales. Parmi les églises et associations inscrites figurent des églises catholiques, russes orthodoxes, grecques orthodoxes, protestantes françaises, protestantes anglaises et anglicanes.

- d'autre part, le positivisme juridique porte, au moins potentiellement, une extension de la possibilité de la liberté dans le domaine des pratiques religieuses. L'énoncé de la constitutionnalisation de la liberté des cultes a une portée générale, de sorte que la liberté de cultes n'est pas limitée dans cet énoncé aux cultes traditionnels en terre marocaine, à savoir le judaïsme et le christianisme. Le fait que la liberté de culte soit juridiquement (constitutionnellement) consacrée sans l'avoir été explicitement en faveur seulement des cultes reconnus par l'islam classique, comme cela est le cas au Maroc, peut, si le juge s'en tient à une logique positiviste, donner une portée plus étendue à ce principe.

Cela a eu un effet en particulier sur le statut du christianisme en terre marocaine. Le culte chrétien n'a pas été au Maroc dans un même état statutaire que le culte judaïque. Celui-ci est considéré au Maroc comme une composante de la réalité historique locale et s'intègre dans le système juridique à ce titre. Le culte chrétien apparaît davantage comme une donnée externe à la réalité locale, notamment en raison du fait que la présence du culte chrétien sur le sol marocain est liée au fait colonial et du fait que ce culte se confond principalement avec une composante non nationale constituée des résidents étrangers au Maroc. Si la législation marocaine, en particulier la législation pénale, a entériné la réalité de cette présence (le code pénal protégeant les cultes non-musulmans, il protège aussi les cultes chrétiens), c'est néanmoins de façon très récente, dans le cadre des rapports entre le Maroc et le Vatican, que s'est inscrite la reconnaissance d'un statut officiel de la présence de l'Eglise catholique sur le sol marocain¹, statut qu'une loi devait par la suite établir selon les dispositions du droit interne.

D'autres cultes entrent formellement dans le cadre de la « liberté des cultes »², ce qui est de nature à modifier juridiquement le statut social de certaines pratiques culturelles dont l'existence a relevé longtemps de la tradition plutôt que de la licéité (la légalité religieuse). Des pratiques culturelles locales, comme le culte des saints, héritées des formes religieuses antéislamiques ou extra-islamiques trouvent désormais une base juridique à leur existence jusque là réduite à un état de fait toléré. Sachant que ces pratiques culturelles ont constitué et constituent pour l'orthodoxie islamique un héritage païen qui les rend condamnables, ce n'est pas sans importance symbolique que la législation positive rende l'orthodoxie islamique sans effectivité juridique

¹ C'est à la suite d'une lettre adressée le 30 décembre 1983 par le Roi Hassan II du Maroc au Pape Jean-Paul II que fut annoncée la décision royale d'octroyer un statut à l'Eglise catholique au Maroc. Dans sa réponse datée du 5 février 1984, le Pape déclara accepter les normes fixées par le souverain chérifien. Cet échange de lettres a été précédé de négociations engagées dès 1983 avec le Saint-Siège, ce qui signifie que le statut de l'Eglise catholique au Maroc est le résultat d'un accord diplomatique. L'accord précise que l'action de l'Eglise catholique au Maroc concerne exclusivement les résidents étrangers de confession catholique, à l'exclusion de quiconque serait de confession musulmane, marocain ou non. Voir : Bertrand Binnendijk. L'Eglise catholique au Maroc. Séminaire de rentrée de la faculté de droit canonique du 20 septembre 2013 : www.icp.fr/.../13-09-20+L'Eglise+Catholique+au+Maroc+-+B+Binnendijk

² Il existe au Maroc une communauté indienne (concentrée à Casablanca), mais il n'existe pas pour elle de lieu public de pratique culturelle.

³ Le wahabisme saoudite en tant que mouvement est historiquement fondamentalement un mouvement d'éradication des formes « païennes » de culte. Le salafisme réformiste du marocain Allâl Al-fâssî illustre dans la période contemporaine la persistance de l'opposition à ces formes de culte. Le salafisme jihadiste actuel matérialise avec violence l'opposition de l'orthodoxie islamique les formes religieuses extra-islamiques perpétuées par la religiosité populaire.

négative sur les cultes extra-islamiques. Ces pratiques sont formellement couvertes par la législation régissant la liberté des cultes. 4

- **L'évolution du système juridique ne se limite pas à ces aspects. Un changement plus significatif permet d'établir que l'on est entré dans l'axiologie de la liberté de conscience.** En pratique, les libertés de changer de religion ou de ne pas croire sont encore largement problématiques, mais d'un point de vue strictement formel, ces deux aspects de la liberté de conscience se trouvent couverts par la législation positive existante. L'entrée dans l'axiologie de la liberté de conscience s'opère par deux voies. La première est la voie du droit interne. Celle-ci n'opère cependant que d'une manière négative. Elle n'affirme pas le principe de la liberté de conscience, mais d'une part elle rend le droit sans prise coercitive sur la dissidence individuelle au nom de la liberté de conscience, d'autre part elle fait de la positivité juridique un cadre suffisamment autonome pour neutraliser les effets de la normativité du religieux. En effet, la liberté de changer de religion trouve le fondement de sa possibilité juridique dans la non incrimination par la loi pénale de l'apostasie. L'apostasie n'est pas en effet un fait incriminé. Il en est de même de la liberté de ne pas croire, la loi pénale n'incriminant pas la profession d'athéisme. La liberté de changer de religion et la liberté de ne pas croire n'en ont pas moins une valeur juridique sur la base du principe général de légalité. Le code pénal affirme ce principe en énonçant, dans son article 3, que « Nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées ». Ce principe a une valeur constitutionnelle (« Nul ne peut être arrêté, détenu ou puni que dans les cas et les formes prévus par la loi »). Cette base juridique est relativement suffisante pour neutraliser la normativité du religieux sur le plan de la liberté de conscience.

Cependant, le manque de/ ou la fragilité du/ fondement juridique de la liberté de conscience en droit interne rend le droit international une voie par laquelle le principe de la liberté de conscience s'explique et s'introduit davantage dans l'axiologie interne, se formule plus substantiellement et se donne un fondement juridique plus solide. Du fait de la ratification des instruments juridiques internationaux, la liberté de conscience est en effet entrée dans le droit interne. L'état actuel du système juridique marocain et des systèmes juridiques des pays musulmans est une combinaison d'une normativité interne et d'une normativité internationale dont la teneur problématise au moins l'actualisation dans ces systèmes de la normativité islamique classique en matière d'apostasie. Le Maroc s'y insère, avec la Tunisie et l'Algérie, d'une manière la plus favorable, ou la moins défavorable, à la liberté de conscience. Le tableau suivant donne une vision globale de l'état actuel de la situation juridique de certains pays musulmans en matière de liberté de conscience :

Tableau comparatif de la situation juridique

<p>→ Etats et systèmes juridiques</p> <p>↓ Disposition à l'égard de la liberté de conscience</p>	Normativité interne	Normativité internationale	Pays	Rapport Islam/Eta t
--	------------------------	-------------------------------	------	---------------------------

4 Les zaouias sont, dans ce cadre, des associations de droit privé. Elles sont soumises à la tutelle du ministère des Habous et des affaires islamiques. L'administration générale des habous exerce un droit de surveillance sur les habous de zaouïa (article 74 du Dahir du 19 rejab 1333 fixant la législation applicable aux immeubles immatriculés (B.O. 7 juin 1915).

- Non-reconnaissance - Condamnation à mort de l'apostat	Non-reconnaissance type 1 :	- Islamité classique : normativité exclusive ou dominante de la chari'a ;	Opposition à la normativité internationale ;	Arabie Saoudite	Etat islamique
	Non-reconnaissance type 2 :	- Légalité positive ;	obstacle à la normativité internationale, soit par non ratification du PIDCP, soit par réserves) ;	Mauritanie Soudan	Islam Religion de l'Etat ou d'Etat ;
Non- incrimination de l'apostasie		- légalité positive avec une faible normativité interne de chari'a,	sans reconnaissance du principe de la primauté de la norme internationale sur la norme interne	Maroc avant constitution 2011	Islam Religion de l'Etat ou d'Etat ;
			Avec reconnaissance du principe de la primauté de la norme internationale sur la norme interne	Maroc après constitution 2011	
Reconnaissance 1		- légalité positive avec une normativité interne de chari'a,	sans reconnaissance du principe de la primauté de la norme internationale sur la norme interne	Egypte	Islam Religion de l'Etat ou d'Etat ;
			Avec reconnaissance du principe de la primauté de la norme internationale sur la norme interne	Tunisie Algérie	
Reconnaissance 2		- légalité positive ;	une normativité internationale pleine (PIDCP ratifié sans réserves ; reconnaissance du principe de la primauté de la norme internationale sur la norme interne).	Turquie	Etat laïque

Liberté de conscience et islamité d'Etat

Comme on le constate, l'ordre juridico-politique en contexte musulman est marqué par l'islamité d'Etat. L'islamité d'Etat, affirmée constitutionnellement, peut-être d'ordre symbolique/identitaire. Elle peut au contraire avoir un effet de normativité plus pesant. Cela se manifeste de diverses manières:

- L'islamité d'Etat peut favoriser un ordre de référence parallèle qui peut toujours déployer sa normativité propre en ignorant ou en concurrençant la normativité de l'ordre positif.

La référentialité parallèle s'est illustrée à plusieurs reprises dans le passé et dans le présent, notamment à propos de la question de la liberté de conscience. L'islamité d'Etat a eu, bien avant le contexte de l'islamisme politique, à jouer très tôt contre la liberté de conscience. Dans les années soixante du siècle dernier, le nationalisme istiqlalien, fortement identifié à l'idéologie salafiste (un salafisme réformiste issu de la Nahda qui entend asseoir la modernisation sur la légitimité de l'ancestral), l'islamité d'Etat avait été la bannière sous laquelle la liberté de conscience avait été contrariée en son principe. Dans l'affaire des Bahaïs, le parti istiqlalien se réclama de la charia en matière d'apostasie. L'opinion du leader istiqlalien ne faisait que répercuter dans l'ordre juridico-politique de l'Etat national la « jurisprudence » fiq'histe classique.

Celle-ci s'est illustrée récemment par une fatwa du Conseil des oulémas, un organe officiel qui officie sous l'autorité de la « Commanderie des croyants ». A la faveur d'un processus consultatif qui a conduit à référer à l'autorité du Conseil des oulémas, celui-ci a émis une fatwa dans laquelle l'apostasie est considérée comme une « trahison » de la communauté punissable de mort. Sollicité en 2012 par le ministère des affaires islamiques, lequel avait, dans le cadre de la préparation par la Délégation interministérielle des Droits de l'Homme d'un rapport national et de la consultation par celle-ci des divers départements ministériels, à fournir ses observations et points de vue sur les questions qui relèvent de son secteur, le Conseil des oulémas fit part d'une fatwa émise en 2004 que le ministère des affaires islamiques incorpora à ses observations. La « jurisprudence » du fiq'h classique dont fait état la fatwa du Conseil des oulémas est exclusive du principe de « liberté de conscience ». Les musulmans et les non-musulmans sont à cet égard sur le même plan, mais évidemment avec des conséquences en droits et obligations différentes. Les non-musulmans adeptes des religions du Livre (« ahl al-kitâb ») ne sont pas inquiétés dans leur conviction et dans leurs pratiques religieuses. Mais le « droit » des non-musulmans à avoir leur propre foi et à pratiquer leur religion n'est pas établi sur le principe de la liberté de conscience, mais sur le défaut de consignes contraires du Coran : « Pour les non-musulmans, les gens du Livre et les autres religions monothéistes, l'Islam ne donne pas de directive pour les forcer à quitter leur religion, ou les faire convertir de force ». Il s'agit donc d'une simple tolérance. Leur tolérance sur terre d'islam est assurée : « [...] à condition qu'ils ne manquent pas de respect aux saintetés de l'islam, et qu'ils ne se mettent pas non plus à transgresser en public les interdits de la loi islamique, n'incitent pas un musulman à quitter sa religion, et ne sèment pas la sédition (fitna) parmi les musulmans ». Quant aux musulmans, leur statut est défini totalement dans une perspective communautaire et « holiste ». Ce statut est un état à la fois d'hérédité par la naissance et de contrat (« 'aqd »). La fatwa combine ce double fondement pour nier à l'individu tout droit de se délier de sa religion et de sa foi. Elle n'explicite pas le sens de ce « contrat », mais on le devine à l'argumentation déployée qu'il est la conséquence d'une appartenance communautaire de fait entretenue tout au long de l'existence de l'individu dans sa famille et dans sa communauté. On comprend que la combinaison de la naissance et du contrat n'est pas de l'ordre de la logique, mais de la rhétorique. Le contrat n'est que la ratification du statut irréversible de naissance, puisque la volonté ne peut, à l'âge de l'enfance et de la minorité, contrecarrer le décret de la naissance et empêcher sa ratification en empêchant l'appartenance communautaire de produire ses effets dans le temps. Puisque la foi et la religion sont aussi, ou plutôt surtout, les titres d'une appartenance communautaire, l'apostasie et le changement de religion sont des ruptures de contrat communautaire, des actes de trahison communautaire et des reniements d'identité héréditaire: « [...] le droit islamique [...] appelle le musulman à garder sa foi, sa religion et son observation des rites, qu'il s'attache à sa religion islamique, aux sages commandements du Seigneur, et qu'il considère que son appartenance à l'islam, via la transmission qui lui a été faite par ses deux parents musulmans et de par son père musulman, un engagement contractuel et social avec la

Oumma. Ainsi, l'islam ne lui permet pas de se défaire de sa religion et de son contrat social, c'est inacceptable. Quitter sa religion islamique et abjurer sa foi pour aller vers la mécréance induit des dispositions juridiques spéciales, il faut d'abord l'inviter à revenir à sa religion et s'y tenir, sinon, son action est vaine, il perd ici bas et dans l'au-delà. Dans ce cas il est nécessaire d'appliquer la sentence [de mort]». La fatwa conclut d'une manière qui, implicitement, subordonne la référentialité positive de l'Etat à la normativité islamique et postule l'invalidité de la législation actuelle ou future qui la contrarierait : « On ne doit pas s'écarter de ces dispositions légales, sous quelque prétexte que ce soit : ni par l'explication ni par l'interprétation. Toute opinion ou avis ne doit pas s'en écarter ne serait-ce que d'un iota. Ce sont des dispositions de la religion prévues et connues nécessairement par les musulmans ». Dans cette fatwa, l'islamité d'Etat s'affirme comme un ordre de référentialité parallèle qui ignore la réalité du Droit positif.

- **L'islamité d'Etat peut favoriser une tendance à islamiser la norme positive existante.** La raison positiviste, une raison cependant instrumentaliste et « machiavélique », peut en effet se faire le vecteur d'une méta-normativité islamique. Cette raison s'est illustrée en dehors de la problématique de la liberté de conscience et dans le contexte d'un contentieux juridique qui ne mettait pas en jeu la normativité symbolique du religieux islamique. Commentant un jugement d'un tribunal administratif marocain relatif à la liberté de circulation, dans lequel le juge ne fait référence qu'à la disposition constitutionnelle qui en garantit le principe sans aucune évocation de l'islamité officielle de l'Etat dont il n'en avait aucunement besoin, un juriste marocain, un pur produit du positivisme juridique occidental, par ailleurs membre du Conseil constitutionnel sous la précédente Constitution de 1996, déploya une argumentation dans laquelle l'éminence d'un juriste occidental, qui n'a pas eu à se confronter au problème, en tant qu'occidental et en tant que juriste depuis longtemps disparu, a été mise au service d'une islamité d'Etat radicale. L'argumentation déployée par notre juriste positiviste musulman est la suivante : « L'Islam, religion d'Etat. Constitutionnellement, l'affirmation n'a de sens que si elle a des effets juridiques. Composante essentielle du bloc de constitutionnalité, l'Islam est une source de droit en ce sens que les normes qui régissent la société, si elles ne s'en inspirent pas directement, doivent impérativement ne pas contredire les principes qui font son unité. Quelle qu'elle soit, la norme juridique est soumise au principe de compatibilité ou de non-contrariété avec les règles de l'Islam. Ainsi, dans la hiérarchie des normes où l'Islam est religion d'Etat, ces règles-là occupent le point culminant de la pyramide juridique et ne doivent être, au moins juridiquement, jamais ignorées. Soumises au principe de constitutionnalité, les mesures législatives ou réglementaires sont dans la même logique soumises au principe d'islamité. En utilisant le raisonnement de Charles Eisenmann relatif au principe de légalité, on dira que, appliqué à la loi ou au règlement ou même à un acte individuel, le principe d'islamité postule soit un rapport de conformité, c'est-à-dire l'exigence d'une conformité fidèle à la règle islamique, soit un rapport de compatibilité, c'est-à-dire une exigence de non-contrariété à l'Islam. En adoptant le deuxième volet de l'alternative, le juge ne prononcera pas l'annulation des mesures pour absence de conformité avec les règles de l'Islam ou parce qu'elles ne traduisent pas dans les réels préceptes qu'il prône, mais parce qu'elles le contredisent. En d'autres termes, ce qui n'est pas interdit peut être permis par les normes législatives ou réglementaires; ce qui est prohibé ne peut être permis et ce qui est permis ne peut être interdit de manière générale et absolue ».

- **L'islamité d'Etat peut favoriser une manière plus subtile qui consiste, pour la raison fiq'histe, de se mouler dans la norme positive, dont elle ne peut ignorer la réalité établie, pour l'investir de sa « logique » fiq'histe.** La raison fiq'histe s'inscrit à l'intérieur du cadre de la législation positive existante, mais procède à des ajouts qu'elle dérive de sa propre culture normative. Une fatwa rendue par un grand 'alem dans le contexte de l'affaire des Bahaïs dans les années soixante illustre cette démarche. L'apostasie n'étant pas incriminée, la condamnation à la prison de l'apostat que lui valent, sur d'autres bases juridiques (prosélytisme ; actes de nature à ébranler la foi des musulmans ; constitution illicite d'association), ses actes ou actions d'adepte d'une confession non reconnue devrait être assortie, l'incarcération arrivée à terme, d'une libération conditionnée par la repentance de l'intéressé (ce que la loi ne prévoit pas). Si l'apostat ne se repent pas et ne revient pas à son statut de musulman, il sera de facto maintenu en prison jusqu'à reddition ou jusqu'à sa mort, et dans ce dernier cas il ne sera pas inhumé au cimetière des musulmans et ses ayants-droit n'auront pas vocation successorale sur ses biens. Quant à son épouse, elle pourra en divorcer, sinon elle en subira les conséquences.

Ces divers manières de donner effet à l'islamité d'Etat conduisent à neutraliser purement et simplement la législation qui, à un degré ou à autre, serait considérée comme en contrariété avec l'islam et sa chari'a. **Il se trouve cependant que la raison juridique a suffisamment de quoi**

rendre autonome et prévalente sa normativité. La jurisprudence marocaine montre depuis les années soixante que l'islamité d'Etat n'a pas été interprétée de manière à neutraliser la législation positive en rupture avec la chari'a ou le fiqh. Les affaires relatives aux adeptes du bahaïsme ont été à l'origine d'une jurisprudence importante par sa signification. Dans une première affaire, la Cour Suprême, par un arrêt en date du 11 décembre 1963, à un moment où le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'existait pas encore, s'est prononcée sur des faits qui avaient été examinés en première instance sur la base du dahir du 8 juin 1961 portant loi fondamentale du pays et sur la base de la législation pénale antérieure à l'adoption du code pénal de novembre 1962, ainsi que sur la base du dahir de novembre 1958 relatif au droit des associations. La cour Suprême a estimé dans cette affaire que si le dahir du 8 juin 1961 avait fait de l'Etat le garant de l'unité de la nation contre les tentatives de division, le même dahir avait aussi posé le principe qu'il n'y a pas de crime qui n'ait été auparavant établi par la loi. En méconnaissant ce dernier principe, le tribunal criminel a exposé son jugement de condamnation (à mort pour certains, à perpétuité pour d'autres) pour apostasie des bahaïs à la cassation. La Cour Suprême a considéré que le simple fait pour des individus de s'être convertis au bahaïsme ou d'en propager les idées ou d'en financer les projets ne pouvait être constitutif des infractions de constitution d'association illicite, de menace contre la sûreté de l'Etat ou d'atteinte à l'unité de la nation. Cette jurisprudence est advenue, il est vrai, à la suite d'une forte pression internationale sur l'Etat marocain.

Dans une autre affaire de bahaïs, la Cour Suprême a rendu un arrêt en date du 1er décembre 1987. A la différence de l'affaire susmentionnée, celle-ci fut examinée sur la base de la constitution de 1972, du code pénal de novembre 1962, du dahir de novembre 1958 relatif aux associations et du Pacte international relatif aux droits civils politiques, donc dans un contexte juridique plus favorable. Dans son arrêt, la Cour Suprême reconnaît que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'applique en droit interne et a une valeur juridique supérieure à la loi interne, mais considère qu'il ne met pas obstacle à l'application des dispositions relatives aux infractions de prosélytisme, de constitution d'association illicite, de menace contre la sûreté de l'Etat. En l'espèce, la Cour confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu contre les accusés le délit de prosélytisme et de constitution d'association illicite, en précisant que les accusés ne pouvaient être poursuivis pour avoir changé de religion. Dans une affaire plus récente, le tribunal de première instance de Casablanca a condamné en novembre 1993 un jeune marocain, qui s'est converti au christianisme, à trois années de prison. La base légale de cette condamnation se trouve dans les articles 220 et 221 du code pénal incriminant le prosélytisme. Ainsi, par le biais d'autres incriminations (le délit de prosélytisme et le délit de constitution d'association illicite sont les deux bases juridiques de la condamnation pénale les plus utilisées), l'apostasie du musulman est sanctionnée comme un délit. Cette base juridique du Droit interne s'avéra par contre insuffisante pour neutraliser tous les effets de l'islamité d'Etat. Celle-ci a servi de fondement à l'interdiction de toute doctrine ou idéologie « matérialiste » et athée (affaire du parti communiste marocain). Cependant, les annales judiciaires marocaines n'ont eu à connaître d'aucune affaire de mise en procès ou de condamnation d'une profession de foi individuelle athée.

La reconnaissance de la liberté de conscience entre positivité juridique et potentialité herméneutique

Il y a là une réalité juridique que l'on peut considérer comme irréversible dans son évolution favorable à la garantie du principe de liberté de conscience, mais aussi une réalité ambivalente en attente d'être résorbée. Cette situation perdure, mais dans un cadre constitutionnel nouveau plus favorable. La nouvelle constitution issue du référendum de 2011 reste dans le registre de l'islamité d'Etat, mais elle explicite plus encore les limites dans lesquelles ce registre se déploie. La nouvelle constitution associe l'islamité de l'Etat à un islam modéré et tolérant : « La prééminence accordée à la religion musulmane dans ce référentiel national va de pair avec l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture, de modération, de tolérance et de dialogue pour la compréhension mutuelle entre toutes les cultures et les civilisations du monde » (préambule de la nouvelle constitution). Elle ancre, comme la précédente, l'Etat marocain dans la communauté internationale et son système de valeurs et réaffirme ses engagements juridiques à l'égard de la communauté internationale, mais elle renforce la valeur juridique des normes internationales d'une manière explicite et pose pour la première fois le principe de la primauté des normes

6 En fait, le condamné est envoyé à l'hôpital psychiatrique.

internationales ratifiées sur les normes internes. Si l'on considère que la nouvelle constitution est dans une disposition juridique encore plus favorable que par le passé à l'égard de la liberté de conscience, et si l'on sait que le juge marocain a pu déjà, dans le cadre juridique antérieur à la nouvelle constitution de 2011, interpréter ce cadre juridique dans un sens favorable ou, en tout cas, non défavorable, à la liberté de conscience, on peut déduire que le cadre juridique déterminé en partie par la nouvelle constitution devra conduire le juge marocain à être dans une disposition encore plus favorable à l'égard de cette liberté. Une évolution plus favorable, c'est-à-dire une consécration franche et directe du principe de la liberté de conscience, est-elle possible dans un cadre culturel et idéologique, fait d'islamité d'Etat et de prégnance islamiste, dont on peut supposer qu'il n'est pas pour le moment susceptible d'être totalement dépassé ?

Il semble que l'on peut répondre positivement à cette question. Le principe de liberté de conscience trouve de plus en plus de défenseurs non seulement parmi les laïcistes, plutôt minoritaires, mais aussi parmi les réformistes religieux ou, d'une manière générale, parmi les tenants d'un référentiel islamique. Un certain humanisme théologique mobilise en faveur de la liberté de conscience un argumentaire coranique dont l'utilité polémique à l'intérieur du discours islamique contemporain n'est pas nulle, mais dont l'efficacité n'est pas certaine (d'une part, ces versets n'ont pas favorisé dans le passé la liberté de conscience, d'autre part, ils sont contrariables par d'autres versets ou par des hadiths). L'islamisme politique connaît lui-même une évolution majeure sur la question. Les positions exprimées par le PJD dans ses congrès récents, le 6ème et le 7ème, sont devenues favorables à la liberté de conscience. A son 6ème congrès, avant son accession au Gouvernement et à sa présidence, le PJD exprima la position suivante : « Le principe de la liberté de conscience et de foi, avec l'abandon de toute forme de contrainte en matière de religion, quelle que soit la forme prise par l'engagement spirituel des uns et des autres, est un principe bien ancré. Il faut, en matière de foi, agir par la persuasion, et non se fonder sur le pouvoir des autorités publiques ou les contraintes de la religion ». Au 7ème congrès, après son accession au pouvoir, le PJD exprima la position suivante : « Ainsi donc, les principes de liberté de conscience, de liberté de création et la protection des libertés publiques et collectives sont consacrés ; se fondant sur le principe de « pas de contrainte en religion », un principe

7 Le préambule de la nouvelle constitution est à cet égard assez éloquent :

« [...] le Royaume du Maroc, État uni, totalement souverain, appartenant au Grand Maghreb, réaffirme ce qui suit et s'y engage :

- Protéger et promouvoir les dispositifs des droits de l'Homme et du droit international humanitaire et contribuer à leur développement dans leur indivisibilité et leur universalité,
- Bannir et combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe, de la couleur, des croyances, de la culture, de l'origine sociale ou régionale, de la langue, de l'handicap ou de quelque circonstance personnelle que ce soit,
- Accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale ».

Le caractère juridiquement favorable de ces dispositions est conforté par deux éléments, dont l'un est explicité par la constitution tandis que l'autre se déduit de la normativité propre au droit international : le premier élément réside dans le fait que le préambule de la constitution est partie intégrante de celle-ci ; les dispositions qui y sont contenues ne peuvent donc être traitées et interprétées comme des dispositions sans effet juridique : « Ce préambule fait partie intégrante de la présente Constitution » ; le second, tiré de la normativité propre au droit international, affirme que les réserves qui peuvent être émises à l'encontre de certaines dispositions des conventions internationales dont la ratification est envisagée ou déjà effectuée ne peuvent être de nature à vider lesdites conventions de leur substance et de leur signification ; ainsi, la disposition du préambule affirmant que les conventions sont ratifiées par le Maroc « dans le respect de son identité nationale immuable [...] » ne peut-elle être interprétée comme donnant libre cours à l'Etat marocain à émettre tout type de réserve à l'encontre des conventions internationales » ; quand ces conventions internationales ou pactes ont déjà été ratifiées et publiés au *Bulletin Officiel* sans que certaines de leurs dispositions, estimées par des critiques comme contraires à « l'identité nationale immuable », aient fait l'objet de réserves, elles sont présumées avoir été considérées comme non contraires à cette « identité nationale immuable ».

8 Cet argumentaire coranique est constitué souvent des versets suivants :

« Nulle contrainte en religion ! Car le bon chemin s'est distingué de l'égarement » (2, 256) ;

« Et dis à ceux à qui le Livre a été donné, ainsi qu'aux illettrés : avez-vous embrassé l'Islam ? S'ils embrassent l'Islam, ils seront bien guidés. Mais, s'ils y tournent le dos... Ton devoir n'est que la transmission du message. Dieu, sur Ses Serviteurs, est Clairvoyant. »

« Et si ton Seigneur l'avait voulu, tous ceux qui sont sur la terre auraient cru. Est-ce à toi de contraindre les gens jusqu'à ce qu'ils deviennent croyants ? » (10, 99).

« Et dis : la vérité émane de votre Créateur ; quiconque veut croire qu'il croie et quiconque veut ne pas croire qu'il le fasse » (18, 29).

fondamental, il n'est pas possible de recourir à une quelconque forme de contrainte pour imposer un culte, dans sa pratique et dans sa morale aussi. Ces choses-là doivent s'appuyer sur la persuasion et la conviction, car elles sont le fait de la conscience, de la pensée et de l'être même des gens, et ne peuvent tolérer aucune implication de l'autorité de l'Etat ou des obligations légales. Cela doit s'appliquer au champ religieux sans contrainte sur la croyance, dans le domaine artistique sans obligation en matière d'art et de créativité, et dans les comportements ordinaires des individus sans aucune indication quant à la tenue vestimentaire ou l'allure extérieure ». Les autres composantes de la constellation islamiste ne sont pas en reste. Certainement autant par motivation politique, consistant à contrarier le pouvoir central avec lequel elles sont en conflit et les autres sensibilités islamistes avec lesquels elles sont en concurrence, que par motivation doctrinale, certaines forces de l'islamisme politique ont pris le contrepied de la fatwa du Conseil des ūlémas et la défense de la liberté de conscience. Il s'agit de « Justice et Bienfaisance » (Al Adl Wa Al Ihssan) et du parti Hizb Al Oumma, deux organisations politiques non reconnues par le régime. Un membre de la direction politique du mouvement Justice et Bienfaisance, affirma que « Très clairement et sans hésitation, Al Adl Wa Al Ihssan est pour la liberté de conscience. Notre position est basée sur les principes de la Charia et nous considérons la liberté de conscience comme l'un de ses éléments centraux. D'ailleurs, les nombreuses sourates du Coran qui évoquent le sujet et affirment la liberté de conscience fournissent les principes fondateurs de la Charia ». Il ajouta qu'il « n'existe qu'un seul hadith qui fait dire au prophète "tuez celui qui change de religion". Or il n'y a jamais eu de consensus sur ce Hadith qui n'est plus pris en considération aujourd'hui que par les Oulémas les plus traditionalistes ». Il semble donc que la consécration du principe de la liberté de conscience soit désormais plus une question de temps, d'agenda et de calculs politiques qu'une question d'orthodoxie religieuse.

A l'aune de cette évolution des mentalités, on aurait pu s'attendre à la consécration du principe de la liberté de conscience dans la nouvelle Constitution de juillet 2011. Il y eut effectivement une tentative dans ce sens, mais la tentative échoua. Pourquoi ? On peut expliquer cet échec par les facteurs suivants. L'échec fut d'abord la conséquence de l'attitude du parti islamiste PJD et de l'organisation idéologique à laquelle il s'adosse, le M.U.R (Mouvement Unité et Réforme) qui s'y opposèrent. Le secrétaire général du PJD (Abdelilah Benkirane à l'époque) a estimé que la reconnaissance de la liberté de croyance aurait « des conséquences néfastes sur l'identité islamique » du pays. Le PJD menaça de voter « Non » au projet de constitution. L'opposition du PJD à la consécration constitutionnelle du principe de la liberté de conscience semble relever autant du registre religieux et de l'incertitude de ses positions doctrinales que du registre politique, peut-être davantage de ce dernier. Comme sur d'autres enjeux de valeurs, l'opposition du PJD vise parfois plus l'inspiration idéologique séculariste des adversaires politiques que le contenu des valeurs promues. Lorsque ces valeurs sont mises en avant sur la base d'un référentiel religieux, elles deviennent plus acceptables, comme cela fut le cas pour le contenu du projet de réforme de la Moudawwana (rejeté pour cause d'instigation ou d'inspiration laïciste et occidentale, le contenu du projet de code de la famille fut avalisé par la suite sur la base d'un référentiel religieux et à la faveur de son parrainage par la Commanderie des croyants). Cela explique peut-être pourquoi l'opposition politique du PJD à la consécration constitutionnelle du principe de la liberté de conscience contraste parfois avec les positions exprimées par lui à ce sujet. Une deuxième raison, plus importante, peut expliquer l'échec de la constitutionnalisation de la liberté de conscience, à savoir la faible pression ou la faible représentativité de l'enjeu de la liberté de conscience. Dans un récent rapport du gouvernement américain, il a été fait état du caractère trop homogène de la réalité religieuse au Maroc. Mais il faut convenir que cette « homogénéité » est aussi l'effet d'une faible représentativité de l'expression de la différence ou de la dissidence religieuse des individus ou groupes qui ne font pas partie de cette « homogénéité », soit parce que ceux qui ont intérêt à revendiquer cette différence ou cette dissidence au nom de la liberté de conscience sont numériquement très minoritaires, soit parce que ceux-ci manquent d'en faire un enjeu urgent ou tapageur. Les choses commencent à peine à changer sur ce plan⁹. Une troisième raison peut enfin être invoquée, tout aussi importante : la persistance du prisme « holiste » fait que la liberté de conscience est perçue sous l'angle de la trahison communautaire. Dans un contexte mondialisé où le prosélytisme se fait actif¹⁰, les cas de liberté de conscience

⁹ Des jeunes se sont constituées en 2009 en un groupement (Mouvement Alternatif pour les Libertés Individuelles ou MALI) et ont revendiqués notamment le droit de ne pas jeûner publiquement.

¹⁰ La sécularisation des sociétés occidentales ayant pour effet de vider les églises chrétiennes, celles-ci semblent vouloir trouver dans les sociétés non encore atteintes par les effets de la sécularisation un foyer de renaissance.

CDL-UD(2015)008

apparaissent ou sont perçus davantage comme la conséquence du prosélytisme, qui tend notamment à exploiter les conditions de pauvreté des individus ou des groupes ciblés, que comme l'expression d'un besoin individuel de s'autodéterminer dans ses convictions, et donc comme une trahison communautaire. C'est la raison pour laquelle l'activisme prosélytique peut être considéré comme défavorable à la liberté de conscience.