

Faculteit Rechtsgeleerdheid  
Universiteit Gent

Academiejaar 2012-2013

# De invloed van de sharia op het transitioneel rechtssysteem in Egypte.

Masterproef van de opleiding  
"Master in de Rechten"

ingediend door

**Jonathan Saelen**  
**00606326**

Promotor: Professor dr. Eva Brems  
Commissaris: Yaiza Janssens



*"Podrán cortar todas las flores, pero no podrán detener la primavera." - Pablo Neruda.  
Al trekken ze alle bloemen uit, de lente stoppen ze niet.*



# Inhoudsopgave

<b>Inhoudsopgave</b>	<b>5</b>
<b>Inleiding</b>	<b>7</b>
<b>Deel I. Sharia en mensenrechten: zowel vriend als vijand</b>	<b>11</b>
1. <i>Wat is sharia?</i>	11
1.1. Sharia, woord dat vele ladingen dekt	11
1.2. Dynamiek en diversiteit in de sharia	12
1.3. Islamitische wetgeving in praktijk en theorie	15
1.4. Netelige kwesties	17
1.4.1. Discriminatie van vrouwen	18
1.4.2. Discriminatie van niet-moslims	19
1.4.3. Godsdienstvrijheid	19
1.4.4. Lijfstraffen en doodstraf	20
1.5. Conclusie	20
2. <i>Universele bescherming van de mensenrechten</i>	23
2.1. Legitimering van de mensenrechten in de islam	23
2.1.1. Al-Jabri	23
2.1.2. An-Na'im	24
2.2. Inclusieve universaliteit	25
2.3. Conclusie	26
<i>Conclusie</i>	27
<b>Deel II. Het Hof als beschermer van de mensenrechten</b>	<b>29</b>
1. <i>Een onafhankelijke arbiter</i>	29
1.1. Benoemingsprocedures	29
1.1.1. Samenstelling	29
1.1.2. Autonomie	30
1.1.3. Na de revolutie	30
1.1.3.1. De Grondwet van 2012	30
1.1.3.2. De Grondwettelijke Verklaring van 2013	31
1.2. Toegankelijkheid van het Hoog Grondwettelijk Hof	31
1.2.1. Modaliteiten van de controle	31
1.2.1.1. Grondwet van 1971	31
Ratione materiae	32
Vereiste van belang	32
Procedure	33
1.2.1.2. Grondwet van 2012	34
1.2.1.3. Grondwettelijke verklaring 2013	34
Conclusie	34
3. <i>Sharia en mensenrechten volgens het Hof</i>	35
3.1. Sharia	35
3.2. Bependingen van de invloed van de principes van de sharia.	39
3.2.1. Non-retroactiviteit	39
3.2.2. Artikel 2 heeft geen directe werking	41
3.2.3. De principes van de sharia hebben geen supraconstitutionele waarde	42
Conclusie	44
4. <i>Kritiek op het Hof</i>	46
4.1. Grote beoordelingsmarge	46

4.2. Absolute principes die de mensenrechten schenden	47
4.3. En wat met een islamitisch wetgever?	48
<b>Deel IV. Naar een betere bescherming van de mensenrechten in de nieuwe Grondwet van Egypte</b>	<b>49</b>
1. <i>Een aangepaste koers</i>	49
1.1. Systematische interpretatiemethode	49
1.1.1. Afweging	49
1.1.2. Kernwaarden	51
1.2. Een goede bescherming van de basisrechten	53
2. <i>De Grondwet van 2012</i>	54
2.1. De principes van de sharia en art. 219	54
2.1.1. Adilla Kulliya	55
2.1.2. Qawâ'id usûlî en qawâ'id fiqhiyya	56
2.1.3. Bronnen erkend door de soennitische rechtsscholen	57
2.1. De minimumnormenbescherming	57
3. <i>Conclusie</i>	61
<b>Conclusie</b>	<b>63</b>
<b>Bibliografie</b>	<b>65</b>
Monografie	65
Artikel	65
Wetgeving	67
Origineel	67
Vertaling Egyptische wetgeving	67
Rechtspraak	67
Origineel	67
Vertaling	68
<b>Appendix A</b>	<b>69</b>

## Inleiding

De vraag over de invloed van de islam op de Arabische staten is weer brandend actueel. Na de “Arabische Lente” kijkt het Westen naar het Midden-Oosten met argusogen. De islamisering van het Midden-Oosten wordt op de voet gevolgd, zowel door beleidsmakers<sup>1</sup> als in kranten<sup>2</sup>. De belangrijkste vraag die hierbij gesteld wordt, is of de revolutie een keuze inhoudt ? voor liberalisering of meer islamisering. De aandacht gaat dan vaak uit naar de rol van de islam in de nieuwe Grondwetten. Zal de sharia een voorname of de voornaamste bron van wetgeving blijven?

Dergelijke ‘sharia-bepalingen’<sup>3</sup> bestaan al enkele decennia in verschillende landen. Syrië wijzigde als eerste land zijn Grondwet, zodat die vanaf 1950 bepaalde: “*De islamitische fiqh is de voornaamste bron van wetgeving*”<sup>4</sup>. In Syrië was deze bepaling geen lang leven beschoren,<sup>5</sup> maar als snel volgden verschillende andere landen met soortgelijke bepalingen, zoals Koeweit, Soedan, Jemen, Egypte, de Verenigde Arabische Emiraten, Qatar, Bahrain en Iraq.<sup>6</sup> Zoals OTTO al aanhaalt in een onderzoek van de Nederlandse Wetenschappelijke Raad naar de invloed van de islam in twaalf moslimlanden, heeft de “*expliciete vermelding van een dergelijk primaat geen automatisch voorspelbare consequenties.*”<sup>7</sup> Wanneer de impact van de verschillende clausules met elkaar vergeleken worden, valt op dat er geen duidelijk verschil is wanneer de sharia als ‘een’ of ‘de’ bron van wetgeving wordt aangehaald. Het gevolg van zulke sharia-bepaling is niet dat de ‘sharia wordt ingevoerd’, maar dienen we te begrijpen als een verbod op niet-islamitische wetgeving.<sup>8</sup>

Dit leidt ons bij volgende onderzoeksvraag: Maakt het uit of een staat een sharia-bepaling heeft? Wat zijn de concrete gevolgen voor de bescherming van de mensenrechten?

In Egypte bevat de Grondwet van 1971 verschillende fundamentele rechten, die de burger beschermen tegen de overheid. Egypte ratificeerde ook talrijke internationale mensenrechtenverdragen<sup>9</sup>, soms mits voorbehoud. Het land verwees al sinds de eerste Grondwet van 1923 naar de islam.<sup>10</sup> Maar een sharia-bepaling kwam er pas in 1971. Artikel

---

<sup>1</sup> Egyptian Democracy and the Muslim Brotherhood, Institute for security studies, EU. n°10, 2011.

<sup>2</sup> SCHIPPER, J., “Egyptische Grondwet: 4 pijnpunten”, *Trouw*, 14/12/2012; ROOX, I, “Erg veel ruimte voor interpretatie”, *De Standaard*. 01/12/2012

<sup>3</sup> Bepalingen die de sharia als een of de voornaamste bron van wetgeving beschouwen.

<sup>4</sup> “*Al-fiqh al-islâmî hu al masdar al-ra’îsî li-t-tashrîf*”.

<sup>5</sup> Toen Syrië samen met Egypte de Verenigde Arabische Republiek oprichtte kreeg het in 1958 een nieuwe Grondwet waarin de sharia niet voorkwam als bron van wetgeving.

<sup>6</sup> Voor een vergelijkende studie van de sharia-bepalingen in deze landen zie LOMBARDI, Clark B. "Constitutional Provisions Making Sharia" A" or" The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?." *American University International Law Review* , 2013, 733-905.

<sup>7</sup> OTTO, J.M, *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 87.

<sup>8</sup> LOMBARDI, Clark B. "Constitutional Provisions Making Sharia" A" or" The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?." *American University International Law Review* , 2013, 733-905.

<sup>9</sup> De belangrijkste mensenrechtenverdragen die werden geratificeerd door Egypte: Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en ontorende behandeling of bestraffing, Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie, Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen , Verdrag inzake de rechten van het kind. Zie ook, BOYLE, K., “Human Rights in Egypt: International Commitments”, *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*. Kluwer Law International, 1997, 87-114.

<sup>10</sup> Artikel 149 van de Grondwet van 1923 bepaalde dat “Islam de staatsreligie is en het Arabisch de officiële taal. “ en werd bij consensus van alle constituanten leden, christenen inbegrepen, aangenomen. Het artikel bleef behouden in de Grondwetten van 1930, 1956 en 1964. Alleen in de grondwet van 1958, ten tijde van de Verenigd Arabische Republiek, de unie tussen Egypte en Syrië, werd het artikel uit de grondwet geschrapt. Ondanks deze bepalingen had de staat een vrij seculier karakter, allermist tijdens het bewind van de eerste officieren waarbij

2<sup>11</sup> bepaalt dat de sharia 'een' voorname bron van wetgeving is en na de amendering van 1980<sup>12</sup> (*hierna de Grondwet van 1980*)<sup>13</sup> dat de sharia 'de' voornaamste bron van wetgeving is. Dit heeft blijkbaar de bescherming van de mensenrechten niet in de weg gestaan. Sindsdien is de bepaling in de verschillende Verklaringen en Grondwetten blijven staan.<sup>14</sup> Wat ons in dit onderzoek vooral interesseert, is hoe de verwijzing naar de principes van de sharia zich verhoudt ten opzichte van de bescherming van de rechten van de mens. De vraag die we ons stellen is of er een manier is waarop beide met elkaar kunnen worden verzoend. Kan een effectieve bescherming van de mensenrechten worden gegarandeerd? Wat zal het gevolg zijn als er een islamistische partij aan de macht is? Het prerevolutionaire regime onder Mubarak stond bekend om zijn liberale interpretatie van de islam, waardoor dit geen problemen opleverde. Blijft artikel 2 behouden, zoals ten tijde van het regime van Morsi het geval was, dan rijst de vraag hoe het Hoog Grondwettelijk Hof zal reageren als de wetgever, indien deze islamistisch is, deze discretionaire bevoegdheid gebruikt om mogelijk strengere islamitische wetgeving te formuleren.

"Those who wish to predict or influence the trajectory of democracy and liberalism in the Arab world should not focus myopically on the question of how the SSL clause is worded or even on the question of whether national constitutions contain provisions requiring state law to respect Islam. They should focus at least as hard (and perhaps harder) on other questions of constitutional design and of social context. Does the constitution create a genuinely representative government, such that conservative Islamists who are currently powerful will be unable to entrench themselves in power? Does the constitution create the conditions for a free and active civil society? Does it empower the judiciary to protect liberal rights?"<sup>15</sup>

We mogen ons dus niet enkel focussen op de bewoording van de bepalingen die sharia als bron van wetgeving beschouwen, maar de vraag die we ons moeten stellen is of de grondwet een adequate bescherming van de fundamentele rechten garandeert. Hierbij ligt de focus op Egypte.

In het eerste deel van deze masterproef zullen we dieper ingaan op de diversiteit binnen de sharia. De tegenstellingen en mogelijke verzoeningen tussen sharia en mensenrechten worden hierin besproken. Mogen we de bescherming van de universele mensenrechten in een andere cultuur, die deze liberale waarden soms lijkt tegen te spreken, eisen?

In het tweede deel bekijken we de implementatie van de sharia-bepaling, in het Egyptische rechtssysteem, waarbij we ons focussen op de implicaties op de bescherming van de fundamentele rechten.

---

het regime eerder socialistisch was. Voor de constitutionele geschiedenis van Egypte zie: BERNARD-MAUGIRON, N., "Les constitutions égyptiennes (1923-2000) : Ruptures et continuités", *Egypte/ Monde arabe*, 2001, 103-133.

<sup>11</sup> art. 2: "*islām dīn al-dawla wa-l-luġha al-ʿarabiyya hiya luġhatihā al-rasmiyya wa-mabādiʿ ash-sharīʿa al-islāmīya masdar at-tashrīʿ*", In de officiële Engelse vertaling: "*Islam is the religion of the state and Arabic its official language. Principles of Islamic law ( Shariʿa) is a source of legislation.*"

<sup>12</sup> Art. 2 van de Grondwet van 1971, na amendering in 1980: "*islām dīn al-dawla wa-l-luġha al-ʿarabiyya hiya luġhatihā al-rasmiyya wa-mabādiʿ ash-sharīʿa al-islāmīya al-masdar ar-raʾīsī at-tashrīʿ*", ".: "*Islam is the religion of the state and Arabic its official language. Principles of Islamic law ( Shariʿa) are a principal source of legislation.*"

<sup>13</sup> De Grondwet van 1980 is slechts een amendering is van de Grondwet van 1971. Om de leesbaarheid van deze masterproef te vergroten zal hierna worden gesproken van de Grondwet van 1980, in plaats van de Grondwet van 1971 na amendering in 1980.

<sup>14</sup> Dit principe wordt op identieke wijze vermeld in art. 2 van de Grondwet van 1980, artikel 2 van de Grondwettelijke Verklaring van 2011, artikel 2 van de Grondwet van 2012 en in aangepaste vorm in artikel 1 van de Grondwettelijke Verklaring van 2013.

<sup>15</sup> LOMBARDI, Clark B. "Constitutional Provisions Making Sharia" A" or" The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?." *American University International Law Review*, 2013, 904-905.



Het derde deel biedt een reflectie over de verzoening tussen de sharia en de fundamentele rechten. Bepaalde strategieën worden aangereikt om een betere bescherming van de fundamentele rechten te garanderen.

In het laatste deel worden deze strategieën getoetst aan de Grondwet van 2012, die dankzij haar grote invloed vanwege islamistische partijen een geschikte casus lijkt.

### ***Methodologie***

In dit onderzoek werd zowel gewerkt met rechtspraak van het Hoog Grondwettelijk Hof als met secundaire literatuur. Deze laatste bleek noodzakelijk omdat de arresten en wetgeving van overheidsinstanties en juridische instellingen tijdens het schrijven van deze masterproef, door de woelige huidige politieke situatie offline werden gehaald. Dit had als gevolg dat in sommige gevallen geen beroep kon worden gedaan op de originele rechtspraak, maar gebruik werd gemaakt van de omstandige analyses in de literatuur. Hoewel er dus niet steeds gebruik kon gemaakt worden van de originele bronnen, hopen wij dat uitgebreid onderzoek in media in literatuur een al te grote lacune voorkomen.

Voor de analyse van de rechtspraak van het Hof werd gebruik gemaakt van de studie van Nathalie Bernard-Maugiron, “La politique à l’épreuve du judiciaire: la justice constitutionnelle en Egypte”. Deze geeft een overzicht en analyse van de rechtspraak van het Hoog Grondwettelijke Hof van zijn oprichting in 1979 tot 2002. Voor de rechtspraak in de periode 2003 – tot de revolutie in januari 2011 werd gebruik gemaakt van de website van het Hoog Grondwettelijk Hof, waar het al zijn rechtspraak publiceert. Het Hof doet elk jaar tussen de 150 en 300 uitspraken. De arresten waarin het Hof effectief uitspraak heeft gedaan werden gefilterd op uitspraken over de sharia, de gelijkheid tussen man en vrouw (art. 11), gelijkheid van kansen (art. 8), gelijkheidsbeginsel wanneer dit ingeroepen werd om discriminatie tussen gender en religie aan te vechten (art. 40), menselijke waardigheid (art. 42) en geloofsvrijheid (art. 46) (zie appendix A). Na de revolutie van 2011 lijken er geen principiële arresten te zijn uitgesproken. Dit kon echter niet volledig geverifieerd worden wegens het offline halen van de rechtspraak.

De vertalingen die in dit arrest worden geciteerd zijn van eigen hand, de Franstalige vertalingen komen uit Nathalie Bernard-Maugiron, “La politique à l’épreuve du judiciaire: la justice constitutionnelle en Egypte. Bij vertalingen van andere auteurs wordt dit expliciet vermeld.



# Deel I. Sharia en mensenrechten: zowel vriend als vijand

## 1. Wat is sharia?<sup>16</sup>

Sinds 1980 bevat de Grondwet van Egypte het principe dat de sharia de voornaamste bron van wetgeving is, een principe dat in de zich snel opeenvolgende grondwetten steeds bewaard werd.<sup>17</sup> Ook de grondwetten van andere islamitische staten bevatten een soortgelijk artikel.<sup>18</sup> Hoewel dit principe op het eerste gezicht verregaande gevolgen zou kunnen hebben, mogen we daar niet zomaar van uitgaan.<sup>19</sup> In de eerste plaats omdat de inhoud van sharia niet eenduidig is. Ondanks de invoering van de sharia als hoogste norm, bepleiten enkele politieke partijen nog steeds dat de reikwijdte ervan dient vergroot te worden.<sup>20</sup> Dit lijkt paradoxaal. Het debat is complex. In de uitgebreide literatuur over het mensenrechtendebat in de islamwereld meent de ene academicus dat sharia en mensenrechten elkaar tegenspreken terwijl de andere zegt dat ze perfect samengaan en elkaar juist ondersteunen. De politieke geladenheid van de discussie maakt het debat er niet eenvoudiger op. De sharia is dus duidelijk een ambigu begrip, desondanks werd er in de Grondwet bij de invoering van artikel 2 geen verdere invulling gegeven aan de sharia. Het Hof was dus genoodzaakt om zelf de inhoud te bepalen. Vooraleer we de visie van het Hof over de sharia bespreken, bekijken we de veelzijdigheid aan interpretaties van de sharia binnen de islam.

### 1.1. Sharia, woord dat vele ladingen dekt

Wat de sharia precies inhoudt, roept meer vragen op dan er antwoorden zijn. De sharia is geen recht in de strikt juridische zin van het woord. De verwijzing naar de principes van de sharia is geen verwijzing naar een gecodificeerd geheel van wetteksten. De afgelopen decennia heeft de sharia een sterke invloed gehad op de nationale wetgeving van islamitische landen en werd het in bepaalde rechtsgebieden gecodificeerd.<sup>21</sup> Toch blijft het merendeel van de *fiqh* regels ongecodificeerd. Dit wil niet zeggen dat ze daarom minder tot de sharia behoren.<sup>22</sup>

De term sharia heeft dus geen eenduidige betekenis. Volgens BERGER kunnen we het begrip op drie verschillende manieren interpreteren. Ten eerste kan de sharia staan voor 'de

---

<sup>16</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, DUPRET, B., *Au nom du quel droit*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000; DUPRET, B., "What is Islamic Law?", *Theory, Culture and Society*, 2002, 79-100; HALLAQ, W.B., 2009, *An Introduction to Islam*, Cambridge (UK): Cambridge University Press. KNUT, V.S., 2005, *Between God and the Sultan*, Londen, Hurst; SCHACHT, J., 1966, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon press; WAINES, D., *An Introduction to Islam*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; WAARDENBURG, J. (ED), *Islam. Norm, ideaal en werkelijkheid*, Houten, Fibula/Unieboek, 2008. WEISS, B. (1978) 'Interpretation in Islamic Law: The theory of ijtihad', *The American Journal of Comparative Law*, 1978

<sup>17</sup> Dit principe wordt op identieke wijze vermeld in art. 2 van de Grondwet van 1980, artikel 2 van de Grondwettelijke Verklaring van 2011, artikel 2 van de Grondwet van 2012 en in aangepaste vorm in artikel 1 van de Grondwettelijke Verklaring van 2013.

<sup>18</sup> LOMBARDI, Clark B. "Constitutional Provisions Making Sharia" A" or" The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?." *American University International Law Review*, 2013, 904-905. Lombardi geeft een overzicht van de impact van de verschillende 'sharia-bepalingen' op het

<sup>19</sup> OTTO, J.M, *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 87.

<sup>20</sup> Een voorbeeld hiervan is de Al-Nour partij (<http://edition.cnn.com/2012/11/09/world/africa/egypt-protests>).

<sup>21</sup> zie OTTO, J.M, *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press en ABU-SAHLIEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008. Een voorbeeld van de invloed van de sharia is natuurlijk de invoering van de talrijke sharia-bepalingen in de Grondwet.

<sup>22</sup> Apostasie wordt in veel landen niet meer formeel bestraft. Ook moslims in Westerse landen volgen de sharia, ook al maakt zij geen deel uit van de nationale wetgeving van die landen.

goddelijke weg', ze vormt de basis van het islamitische geloof, is goddelijk en bijgevolg onveranderlijk. Als betogers tijdens de Egyptische revolutie op straat roepen om de invoering van de sharia, hebben zij gemeen dat ze het niet eens zijn met de definitie van de principes van het Hof, maar vullen zij hoogstwaarschijnlijk de concrete invloed van de sharia verschillend in.<sup>23</sup> Ze hebben wel het gemeenschappelijk verlangen om de sharia te gebruiken als een maatschappelijk ideaalbeeld dat dient te worden nagevolgd. Vervolgens kan de sharia ook staan voor de concrete rechtsregels die door de *fiqh*, de islamitische rechtswetenschap, zijn vastgelegd. Hoewel BERGER spreekt van de 'klassieke' sharia, is het beter te spreken van de 'traditionele' sharia. Veel rechtsregels zijn inderdaad in de 'klassieke' periode van de islam gevormd, maar ook daarna bleef men nieuwe rechtsregels formuleren die nog steeds van belang zijn.<sup>24</sup> Dit is de traditionele interpretatie van de sharia die in de afgelopen eeuwen onderhevig was aan kritiek (zie infra). Ten slotte kan de sharia ook staan voor de hedendaagse varianten die we vandaag in vele islamitische landen terugvinden. In vele grondwetten wordt de sharia als basis van de wetgeving beschouwd. Deze landen hebben gedurende de afgelopen eeuw hun eigen interpretatie aan de sharia gegeven. Ze gebruiken vaak alleen die wetgeving die duidelijk vermeld staat in de Koran en de soenna. Dit houdt in dat er op andere vlakken een eigen regelgeving gemaakt kan worden, wat haaks staat op de klassieke invulling van de *fiqh*, die stelt dat alles wat de sharia bepaalt onveranderlijk is. In Egypte heeft evenwel het HGH de bevoegdheid om na te gaan of deze regelgeving in overeenstemming is met de principes van de sharia. De comptabiliteit met de sharia wordt dus onderzocht door een juridisch en niet door een religieus orgaan. De verschillende begrippen vullen elkaar aan en zijn op elkaar gebaseerd. De betoger die meer sharia wilt, baseert zich op de traditionele invulling van het begrip. Het staatsrecht is, hoewel het grote verschillen vertoont, gebaseerd op dezelfde basis als de traditionele interpretaties, namelijk de Koran en de soenna.

De complexiteit van de sharia maakt het moeilijk om een duidelijk overzicht te geven van de islamitische rechtsvinding, die essentieel is voor het begrip van de rechtspraak van het Hof. De zoektocht naar de essentie van de islam vervalt bij vele academici vaak in simplificering.<sup>25</sup> Wie de sharia onderzoekt, krijgt niet alleen te maken met een juridische component, maar ook met een religieuze want de sharia is het pad van God. Op het eerste gezicht zou men denken dat een historische bespreking van de sharia niet hoort in een hedendaagse juridische bijdrage. Zonder begrip te hebben van de historische context, zijn de verschillende connotaties die verbonden zijn aan de sharia niet vatbaar.<sup>26</sup> Waar nodig wordt er dus ingegaan op de historische component van de sharia om het dynamisme en de diversiteit van de sharia aan te tonen.

## 1.2. Dynamiek en diversiteit in de sharia

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid<sup>27</sup> toonde in uitgebreide studies de dynamiek en diversiteit van de sharia aan.<sup>28</sup> Binnen de drie noties die Berger aan het sharia-

---

<sup>23</sup> WEDEMEN, B., "Egypt Protests", CNN, 9/11/2012. <http://edition.cnn.com/2012/11/09/world/africa/egypt-protests>

<sup>24</sup> Zie HALLAQ, Wael B., 1984, "Was the Gate of Ijtihad Closed?", *International Journal of Middle East Studies*, Cambridge: Cambridge University Press, XVI, 1, pp. 3-41.

<sup>25</sup> S. RADI, « Pour une approche anthropologique de la réislamisation », *Égypte-Monde arabe*, 1995, 13, et « De la toile au voile : les actrices voilées et l'islamisme », *Maghreb Machrek*, n° 151, 14.

<sup>26</sup> DUPRET, B., *Au nom du quel droit*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, 16.

<sup>27</sup> De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid is een onafhankelijk adviesorgaan voor de regering. De WRR heeft tot taak de regering te adviseren over vraagstukken die van groot belang zijn voor de samenleving.

<sup>28</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Dynamiek in islamitisch activisme*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006.

begrip geeft, bestaan er ook grote onderlinge verschillen. De codificatie van de sharia verschilt van staat tot staat. De traditionele sharia kent verschillende interpretatiemethodes die vervolgens leiden tot verschillende rechtsregels.

Zo bestaat er binnen de traditionele sharia een grote verscheidenheid aan opvattingen over de sharia. KNUT verwoordt het in de inleiding van zijn boek *Between God and the Sultan* als volgt:

« There is no such thing as a, that is one, Islamic Law, a text that clearly and unequivocally establishes all the rules of a Muslim's behaviour. There is a great divergence of views, not just between opposing currents, but also between individual scholars within the legal currents, of exactly what rules belong to the Islamic law. The jurists have had to learn to live with this disagreement on and variety (in Arabic, ikhtilâf) in the contents of the law. »<sup>29</sup>

Dit verschil in opinies wordt door de islam erkend. Er bestaan vijf verschillende rechtsscholen met elk hun eigen methodologie en rechtsregels: vier soennitische<sup>30</sup> en één sjjiitische. Elke moslim behoort tot één van deze rechtsscholen, meestal afhankelijk van de regio waar hij woont. Het Egyptische personen- en familierecht is gebaseerd op de Hanafietische rechtsschool, die bekend staat als de meest liberale van de vier soennitische. De Hanafietische rechtsleer kan zelfs ingeroepen worden als subsidiaire bron van recht.<sup>31</sup>

De verschillende rechtsscholen hadden elk hun eigen methodologie, maar de grondregels van hun methodologie zijn dezelfde. Deze traditionele rechtsleer vindt zijn oorsprong in de negende, tiende eeuw. De eeuwen voorheen was zij nog in volle ontwikkeling en langzaam aan werden de fundamenten van de sharia vastgelegd door de 'ulamâ'. In de vorige paragraaf werd de term *fiqh* reeds vermeld. Deze term kan slaan op de jurisprudentie, de rechtsleer, maar kan eveneens gebruikt worden als term voor de rechtsregels zelf.

De methodologie die de rechtsleer gebruikt, wordt de *usûl al-fiqh* (de wortels van de rechtsleer) genoemd, de rechtsregels de *furû* (de takken). Deze rechtsregels worden afgeleid uit vier bronnen. De Koran en de soenna zijn de belangrijkste bronnen, de *ijmâ*

---

<sup>29</sup> KNUT, V.S., 2005, *Between God and the Sultan*, Londen, Hurst, 1.

<sup>30</sup> Nu zijn er dit nog maar vier<sup>30</sup>, maar tijdens de beginperiode van de *fiqh* waren dat er veel meer. Gedurende de 8<sup>ste</sup> tot 10<sup>e</sup>-11<sup>e</sup> eeuw verdwenen vele van deze rechtsscholen tot er nog vier overbleven. Hun oorsprong werd later aan een groot geleerde toegeschreven. De vier grote rechtsgeleerden wiens naam aan een school werd gegeven zijn Abû Hanafî, Mâlik ibn Anas, Ibn Hanbal en Al-Shâfi'î.

De Hanafieten zijn de meest liberalen onder de rechtsscholen. Abû Hanafî was voorstander van het gebruik van de rede om Gods plan te achterhalen en staat dan ook bekend om zijn 'vrijere' formulering van rechtsregels.

De Malikieten hechten dan weer meer belang aan de tradities. Maar ze vatten deze term zeer breed op, ze beschouwen ook de gewoontes van Medina als een bron van recht omdat deze nauw met de gewoonten van de Profeet verwant zijn.

De Hanbalieten worden als de meest conservatieve rechtsschool beschouwd, het is tevens ook de kleinste van de vier. Ibn Hanbal pleitte ervoor om alleen de Koran en de tradities van de profeet te gebruiken (Ibn Hanbal bestudeerde de authenticiteit van de *hadîth* via hun *isnâd* en bundelde in zijn werk *Musnad* maar liefst dertigduizend Tradities, geordend volgens hun overleeveraars.) In tegenstelling tot Abu Hanifa wil hij de rede zo min mogelijk gebruiken.

Ten slotte hebben we nog de Shafi'ieten. Al-Shâfi'î was van mening dat de sharia af te leiden valt uit de Koran. Buiten de Koran en de soenna mogen enkel de *ijmâ*' (consensus) en de *qiyâs* als methode gebruikt worden. De *ijtihâd* kon dus niet langer alleen op de menselijke rede gefundeerd worden, moest zijn basis in de Koran vinden. Zijn theorie was toonaangevend en ook de andere rechtsscholen maken gebruik van zijn methodologie.

<sup>31</sup> Art. 3 van de wet n°1/2000 vervangt de soortgelijke bepaling in de decreet-wet n°78/1931. "Les décisions sont prises conformément aux lois de statu personnel et des waqfs en vigueur. En ce qui concerne les questions non réglées par un texte de ces lois, on applique les opinions les plus autorisées de l'école d'Abu-Hanifah", vertaling in ABU-SAHLIEH, S.A.A., Religion et droit dans les pays arabes, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008, 102.

(consensus) en de *qiyās* (redeneren naar analogie) zijn de andere twee. Deze laatste zijn echter geen tekstuele bronnen, maar methodes om tot nieuwe regels te komen. Wanneer de meerderheid van de rechtsgeleerden het over een bepaalde regel eens was, werd dit als rechtsregel beschouwd. Deze methode werd door de meeste islamitische rechtsgeleerden als de belangrijkste geacht<sup>32</sup>. Met *qiyās* wordt het redeneren naar analogie bedoeld. Het is een methode waarbij de afgeleide casus van de algemene casus wordt afgeleid omdat ze hetzelfde doel (*illa*) of dezelfde norm (*hukm*) hebben.<sup>33</sup> Het schoolvoorbeeld van *qiyās* is de casus over wijn. Als de jurist wil weten of andere alcoholische dranken verboden zijn, zoals bijvoorbeeld dadelwijn, dan kijkt hij in de Koran. Hij zal hierin slechts de regel vinden dat wijn van druiven verboden is. Maar het doel van deze regel is te voorkomen dat mensen beneveld zouden raken. Ook dadelwijn heeft hetzelfde effect en daarom zal de jurist redeneren dat ook dadelwijn verboden is.<sup>34</sup>

Het afleiden van rechtsregels uit de bronnen noemt men *ijtihād*.<sup>35</sup> In tegenstelling tot de Koran die als goddelijk wordt beschouwd, is de *ijtihād* een intellectuele en dus menselijke activiteit. Maar niet elke rechtsgeleerde mocht aan "*ijtihād*" doen. De voorwaarden werden in de eerste eeuwen na Mohammed langzaam verstrengd. Nadat de methodologie -die door al SHĀFI'Ī was ontwikkeld- zich verspreidde, werd er veel minder aan *ijtihād* gedaan. Vóór de methodologie van deze imam werd aanvaard, stond *ijtihād* gelijk aan *ra'y* (persoonlijke visie), maar SHĀFI'Ī zorgde ervoor dat *ijtihād* gestoeld moest worden op de Koran en de soenna en dus gelijk kwam te staan met *qiyās*.<sup>36</sup> Dit staat bekend als het "sluiten van de poorten van de *ijtihād*" (*insidād bāb al-ijtihād*). Deze "sluiting" begon rond de zevende à tiende eeuw.<sup>37</sup>

In de loop der tijd namen verschillende critici de traditionele methodologie onder vuur. Verscheidene islamitische geleerden hadden theorieën ontwikkeld om de sharia te moderniseren omdat ze van mening waren dat zij niet aangepast was aan hun eigen tijd. Een eerste golf van hervormingen vond plaats vanaf de 17<sup>e</sup>-18<sup>e</sup> eeuw, toen de Arabische wereld voor het eerst gedomineerd werd door de Europese mogendheden. Deze geleerden waren het niet eens met de 'sluiting van de poorten van de *ijtihād*'. Volgens hen was de oorzaak van deze achterstand ten opzichte van Europa niet te wijten aan de islam zelf, maar aan de manier waarop deze gedurende de afgelopen eeuwen was vastgeroest in gebruiken en interpretaties. Ze wilden de islam hervormen (*iṣlāh*) en moderniseren.<sup>38</sup> Tot

<sup>32</sup> BERNAND, M., "Qiyās." *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013, <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM\\_0527](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM_0527)>

<sup>33</sup> BERNAND, M., "Qiyās." *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013, <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM\\_0527](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM_0527)>

<sup>34</sup> HALLAQ, W.B., 2009, *An Introduction to Islam*, Cambridge (UK): Cambridge University Press.23.

<sup>35</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 22.

<sup>36</sup>

<sup>37</sup> Over het sluiten van de poorten van de *ijtihād* is al veel inkt gevloeid. SCHACHT is van oordeel dat vanaf de negende tot de dertiende eeuw "het idee begon te groeien dat enkel de grote geleerden uit het verleden, die niet geëvenaard konden worden, en dus niet hun navolgers, recht hadden om onafhankelijk te redeneren." HALLAQ is het hier niet mee eens. Volgens hem zijn de poorten van de *ijtihād* nooit gesloten geweest en kunnen we zelfs niet spreken over een vermindering. *Ijtihād* is volgens Hallaq een basiseigenschap van de islam want alleen zo kan men de wil van God achterhalen.

SCHACHT, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon press, 1966, 70.

HALLAQ, W. B., 1984, "Was the Gate of Ijtihad Closed?", *International Journal of Middle East Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, XVI, 1, 3-41.

<sup>38</sup> AZIZ, A., "Islāh.", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013. <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM\\_0386](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM_0386)>

deze groep hervormers behoorden onder meer: SJAH WĀLĪ ALLAH, JAMĀL AL-DĪN AL-AFGHĀNĪ, AHMAD KHĀN en MUḤAMMAD ‘ABDUH. Zij zagen in de *ijtihād* een manier om de islam te moderniseren en om de navolging (*taqlīd*) tegen te gaan. Men wilde teruggaan naar de oorspronkelijke islam en zich ontdoen van de tradities die er in de loop der eeuwen waren ontstaan. Deze groep modernisten was zowel geschoold in de klassieke sharia als in de moderne wetenschappen. Ze stellen dan ook nog steeds voorwaarden om aan *ijtihād* te mogen doen. Maar ze wilden de klassieke regels wel versoepelen.

Vanaf de jaren 70 kende de islam een nieuwe heropleving en werd geloof belangrijker in het leven. De stedelijke klasse die voorheen een seculiere levensstijl had, was teleurgesteld geraakt omdat de modernisering van het staatsapparaat niet de verhoopte resultaten gaf. Ze zocht nu haar heil in de islam. Vrouwen droegen weer een hoofddoek, het aantal moskeeën steeg, steeds meer leerlingen gingen naar religieuze scholen,....<sup>39</sup>

Dit is het begin van een nieuwe periode waarin er weer aan *ijtihād* wordt gedaan. Er zijn echter grote verschillen in de toepassing van *ijtihād*. Volgens de traditionele *fiqh* moet iemand die aan *ijtihād* doet, in het Arabisch *mujtahid*, aan verschillende, strenge voorwaarden voldoen. De afgelopen decennia wordt de *ijtihād* door steeds meer leken geclaimd als manier om de sharia aan te passen aan de moderne tijd. Individuele moslims, maar ook de staat, maken er gebruik van zonder zich iets aan te trekken van de regels en evoluties die het principe in de afgelopen 1400 jaar meemaakte.<sup>40</sup> Door deze grote breuklijn met het verleden spreken sommige auteurs van *neo-ijtihād*<sup>41</sup>. In tegenstelling tot de moslims die vandaag de *ijtihād* gebruiken, waren de modernistische denkers uit de vorige eeuwen wel vaak onderricht als islamitische geleerde (*‘ālim*) en fundeerden ze hun theorieën op de klassieke sharialeer. Ze hielden rekening met de voorwaarden die de klassieke sharia oplegt om een *mujtahid* te zijn. Weliswaar waren deze modernistische voorwaarden minder strikt dan de klassieke tegenhangers.

### 1.3. Islamitische wetgeving in praktijk en theorie

De verscheidenheid die bestaat tussen verschillende rechtsgeleerden vinden we ook terug als men kijkt naar de invloed van de sharia op de nationale wetgeving in de verschillende landen. Polygamie is verboden in Tunesië en Turkije. In Egypte kan de echtgenote onder bepaalde voorwaarden scheiden als haar man een andere echtgenote huwt. In Jordanië kan het verbod op polygamie opgenomen worden in het huwelijkscontract.<sup>42</sup> Dit is maar één voorbeeld van de vele verschillen in wetgeving die bestaan op het vlak van persoons- en familierecht, erfrecht, ... en die zijn gebaseerd op de sharia.

Deze verschillende wetgeving is te verklaren door het feit dat staten hun eigen manier hebben ontwikkeld om de sharia te interpreteren. Ze maken gebruik van de *ijtihād* om de klassieke shariaregels te interpreteren en te codificeren. Hierbij voelen ze zich even vrij als de liberale islamdenkers om de *ijtihād* op een eigen manier toe te passen. Op basis van een

---

<sup>39</sup> Kamrava, M., "Introduction: Reformist Islam in Comparative Perspective" in *The New Voices of Islam*, Londen, Tauris, , 2006, 5.

<sup>40</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 60.

<sup>41</sup> NOOLAM, Goolam M.I., 2006, "Ijtihad and its Significance for Islamic Legal Interpretation", *Michigan State Law Review*, onbekend, p.1443-1454.

<sup>42</sup> ABU-SAHLIEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008, 96-98. Hoewel de studie van SAHLIEH van voor de Arabische lente dateert en de desbetreffende wetgeving mogelijk reeds veranderd is, kan zij nog steeds gebruikt worden om de diversiteit aan nationale wetgeving aan te tonen.

nieuwe lezing van de Soenna besloot de Egyptische wetgever tot de aanpassing van de regelgeving van de scheiding. Wet n° 1 van 2000, voerde de *khul'* in, die een eenzijdige echtscheiding door de vrouw mogelijk maakt wanneer zij afziet van al haar financiële rechten (art. 20). In tegenstelling tot de voorgaande wetgeving moet de echtgenote haar verzoek niet rechtvaardigen en de rechter kan het haar verzoek niet weigeren. Maar de financiële lasten voor de echtgenote zijn zwaar. Ter compensatie van de echtscheiding moet zij afstand doen van het alimentatiegeld (*nafaqa*) of enige andere financiële compensatie (*mut' a*) en moet ze de bruidsschat terugbetalen.

Een ander verschil met de klassieke rechtsleer is dat de Wetgever zich niet meer beperkt tot één rechtsschool zoals dat de gewoonte is. Hij voelt zich vrij om à la carte de wetgeving op te stellen uit de verschillende bestaande interpretaties.

Waar een duidelijke rechtsregel niet omzeild kan worden, passen ze de doctrine van de *siyâsa*-leer toe. Door allerhande administratieve en procesrechtelijke regels beperken ze de toepassing van de rechtsregel, maar veranderen ze hem niet inhoudelijk.<sup>43</sup> Zo heeft de Egyptische wetgever in het eerder aangehaalde voorbeeld van polygamie -het hebben van verschillende vrouwen wel toegestaan- maar verbonden aan voorwaarden die volgens de klassieke rechtsleer niet bestaan.

De afgelopen decennia weerklonk de roep van moslims om de islamitische staat in te voeren en zou het idee kunnen wekken dat de sharia een uitgebreide regelgeving bevat omtrent de inrichting van de ideale islamitische staat. Het beginsel van de staat of de staatsinrichting komt echter niet in Koran of soenna voor. De sharia heeft weinig bepalingen met betrekking tot publiekrecht, noch over een staatkundig model voor de islamitische staat. Sterker nog, in feite is de discussie over hoe de ideale islamitische staat er moet uitzien, nog maar zo'n 50 jaar oud.<sup>44</sup> Wel bestaan er opvattingen over de rol van de staat met betrekking tot de sharia waarop de moderne wetgever zich heeft gebaseerd bij de codificering van de sharia in het nationale recht. Volgens de klassieke leer moest het volk ten dienste staan van de leider, die op zijn beurt ten dienste staat van God. Hieruit werd afgeleid dat hij daarom ook moest handelen in het belang van de gemeenschap. De macht was dus niet gestoeld op een sociaal-politieke maar op een ideologisch-religieuze legitimering.<sup>45</sup> Zodoende mag zij de gelovige moslims niet belemmeren hun geloof te beleven en de sharia te volgen.

Het Hof baseert zich tevens op de verschillende opvattingen die binnen de islamitische rechtsleer bestaan over de rol van de wetgever binnen de islamitische staat. Deze theorie, *siyâsa shar'iyya*, wil de regels van de *fiqh* verzoenen met het bestuur van de staat. De theorie is begin 14<sup>e</sup> eeuw ontstaan, vooral onder toedoen van Ibn Taymiyya en zijn leerling Ibn Qayyim al-Jawziyya. Er bestaan verschillende opvattingen over deze theorie waarbij telkens naar voren komt dat de staat regels mag maken om tegemoet te komen aan de noden en de belangen van de maatschappij (*maslaha*) zolang deze de sharia-regels niet schenden.<sup>46</sup>

De vraag blijft natuurlijk wat de regels van de sharia inhouden. Langs de ene kant van het spectrum vinden we het standpunt dat de bevoegdheid van de overheid moet worden afgebakend wanneer er een *fiqh* regel bestaat, ook al is deze gebaseerd op *ijtihâd* en

---

<sup>43</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, p. 58.

<sup>44</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, p.27

<sup>45</sup> SIEGMAN, H., "The state and the individual in Sunni Islam", *Muslim World*, 1964, VOL. 54, 1, 14.

<sup>46</sup> VOGEL, F., "Siyâsa" i, *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013. <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM\\_0386](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM_0386)>



bediscussieerd. Langs de andere kant van het spectrum is er de liberale opvatting volgens dewelke wetten in overeenstemming moeten zijn met “de geest” of de “principes” van de sharia. Binnen de traditionele leer bestaan er dus veel meer regels waarmee de wetgever rekening moet houden. Het Hof neemt daarentegen een meer liberale stelling in, waarbij de bevoegdheid van de staat wordt afgebakend door enkele absolute principes (zie infra). Bijgevolg is de bewegingsvrijheid van de wetgever veel groter dan binnen de traditionele *siyâsa*-leer, zoals het een moderne democratie betaamt.

#### **1.4. Netelige kwesties**

De tegenstellingen die bestaan tussen de sharia en de mensenrechten zijn afhankelijk van de manier waarop men de noties sharia en mensenrechten definieert. De reeds aangehaalde begripsverklaring van de sharia maakte dit al deels duidelijk. Die grote verscheidenheid aan interpretaties zorgt ervoor dat het niet van te voren is te bepalen waar de principes van de sharia de bescherming van de fundamentele rechten bedreigen: bij een liberale interpretatie (zie infra) zullen er amper schendingen zijn, bij een traditionele visie op de sharia zijn er meer conflictpunten.

Om een overzicht te geven van de mogelijk netelige kwesties maken we gebruik van het overzicht van ABU SAHLIEH, die onderzocht in welke rechtsgebieden het staatsrecht door de sharia werd beïnvloed. We beperken ons tot vier netelige kwesties die we in verschillende overzichten over de conflictpunten tussen sharia en mensenrechten terugvinden.<sup>47</sup> Afhankelijk van de invulling van de begrippen sharia en mensenrechten komen onderzoekers tot (meestal licht) verschillende conclusies. Onderstaand overzicht beperkt zich tot de tegenstellingen tussen de islam en de mensenrechten in een relatief abstracte betekenis. De notie islam wordt hierbij gereduceerd tot de Koran. Het schema heeft dan ook niet de intentie of pretentie om een volledig overzicht te geven van mogelijke netelige kwesties, maar wil een werkkader creëren om het verdere debat beter te begrijpen. De abstrahering is gerechtvaardigd omdat het Hof zich bij zijn interpretatie van de sharia voornamelijk baseert op de Koran. Omdat de meeste koranverzen pas betekenis krijgen door de interpretatie die er aan wordt gegeven, komen de traditionele interpretaties ook summier aan bod. Dat deze nog niet aan belang hebben ingeboet blijkt uit de Grondwet van 2012 die in art. 219 een richtlijn meegeeft om de interpretatie van het Hof meer op de traditionele sharia te baseren. Onderstaand overzicht heeft

Op vier punten zijn de tegenstellingen tussen de traditionele sharia en de staatswetgeving enerzijds en de internationaal erkende mensenrechten aanzienlijk groot: (1) de discriminatie van vrouwen; (2) de discriminatie van niet-moslims; (3) de godsdienstvrijheid; en (4) de doodstraf en de lijfstraffen die op hadd-delicten staan.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Zie MAYER, A.E., *Islam and Human Rights*, 1995, Boulder (Colo.), Westview Press; BADERIN, Mashood A., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005. DALACOURA, K., *Islam, Liberalism and Human Rights*, IB Tauris, London, 2009.

<sup>48</sup> OTTO, J.M., *Sharia en nationaal recht*, 2006, Amsterdam, Amsterdam University Press, 165-172. Otto baseert zich hierbij op de werken van MAYER, A.E., *Islam and Human Rights*, 1995, Boulder (Colo.), Westview Press en VAN BOVEN, T., “*Human rights in Islamic states*”, BLZ. 59-68 IN F.A. VAN BAKELLEN (RED.) *Recht van de islam*, Groningen: rimo

### 1.4.1. Discriminatie van vrouwen

Volgens de klassieke sharia zijn er verschillende ongelijkheden tussen man en vrouw<sup>49</sup>. Uit vers 4:3 werd door de klassieke juristen afgeleid dat polygamie toegestaan is tot vier vrouwen indien de man al zijn vrouwen gelijk kan behandelen. *“En als gij vreest dat gij niet rechtschapen zult zijn bij het behandelen der wezen, huwt dan vrouwen die u behagen, twee of drie, of vier en als gij vreest, dat gij niet rechtvaardig zult handelen, dan één of wat uw rechter handen bezitten. Dat is voor u de beste weg, om onrechtvaardigheid te voorkomen.”*

<sup>50</sup>Tegelijkertijd bepaalt vers 4:129: *“Gij kunt geen volkomen gelijkheid tussen vrouwen handhaven, hoe gaarne gij het ook zoudt wensen”*, wat vele moderne islamitische feministen beschouwen als bewijs dat polygamie onmogelijk is<sup>51</sup>.

Over de scheiding zegt de Koran het volgende: *“Is de echtscheiding twee keer geschied, behoud haar dan op behoorlijke wijze of zend haar met vriendelijkheid weg. En het is u niet geoorloofd, iets te nemen van hetgeen gij haar hebt gegeven, tenzij beiden vrezen, Allah's bepalingen niet in acht te kunnen nemen. Indien gij (familieleden) vreest, dat zij Allah's bepalingen niet in acht kunnen nemen, dan zal er voor geen van hen beiden zonde zijn in hetgeen zij teruggeeft om daardoor vrij te worden.”* (2:229) Hieruit werd afgeleid dat een man van zijn vrouw mag scheiden, eenzijdig en zonder rechter. De rechter kan hem wel van eventuele verplichtingen die uit de scheiding voortvloeien, ontslaan. De vrouw kan niet scheiden als het huwelijkscontract dit niet voorziet en als ze de goedkeuring van haar echtgenoot niet heeft. Ze moet zich tot de rechter wenden, afzien van haar alimentatiegeld en de bruidsschat terugbetalen. Mannen kunnen dus veel sneller scheiden dan vrouwen.

Vers 4:11-12 bepaalt: *Allah gebiedt u aangaande uw kinderen: voor het mannelijke kind evenveel als het deel van twee vrouwelijke kinderen [...]; En gij zult de helft hebben van hetgeen uw vrouwen nalaten, indien zij geen kind hebben, maar indien zij een kind hebben, is er voor u een vierde van hetgeen zij nalaten na de betaling van enig legaat, dat zij hebben nagelaten of van schuld. En zij zullen een vierde hebben van hetgeen gij nalaat, als gij geen kind hebt, maar als gij een kind hebt, zo is er voor hen een achtste deel van hetgeen gij nalaat, na de betaling van enig legaat of van onverrekenende schuld.”* De vrouw krijgt in de meeste gevallen dus slechts de helft van haar mannelijke tegenhanger.

Ondanks deze bepalingen zullen traditionele moslims de gelijkheid tussen man en vrouw erkennen, maar tegelijk aanvoeren dat de verschillen op basis van de sharia gerechtvaardigd zijn.<sup>52</sup> De traditionele islamitische rechtsleer zal tegelijk zeggen dat islam niet tegen de gelijkheid is tussen man en vrouw, maar dat dit principe niet geschonden is door deze discriminerende regels. Volgens Mayer is dit te verklaren door de culturele conditionering, eigen aan de mens. Wanneer de Founding Fathers het belang van het gelijkheidsbeginsel in de Onafhankelijkheidsverklaring opnamen, bedoelden ze in feite ook enkel gelijkheid voor de blanke man.

---

<sup>49</sup> Zie MAYER, A.E., *Islam and Human Rights*, 1995, Boulder (Colo.), Westview Press, 99-113; ABU-SAHLEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008, 101; AMIRA, M., “Islamic Law and Gender Equality, Could There be a Common Ground”, in *Human Rights Quarterly*, 27, 2005, 27 Hum. Rts. Q. 2005, 562-598.

<sup>50</sup> Vertalingen van [www.koranonline.nl](http://www.koranonline.nl)

<sup>51</sup> Een voorbeeld hiervan is Al-Hibri in AL-HIBRI, *A Study of Islamic Herstory: Or How Did We Ever Get Into This Mess?*, in “Women and islam”, AL-HIBRI (ED), 1982, Pergamon Press, Oxford, 216.

<sup>52</sup> MAYER, A.E., *Islam and Human Rights*, 1995, Boulder (Colo.), Westview Press, 100.

#### 1.4.2. Discriminatie van niet-moslims

Een ander verschil tussen de sharia en de internationale mensenrechten is de discriminatie binnen de sharia op basis van religie. Afgezien van een vers over een verbod over huwelijk tussen moslim en polytheïsten (2:221) bevat de Koran geen echte 'regels' over het statuut van niet-moslims. Uit bepaalde verzen werden wel een aantal principes afgeleid. *"Er is geen dwang in de godsdienst"* (vers 2:256). *"Het is de waarheid van uw Heer: laat daarom geloven die geloven wil en niet geloven, die niet wil."* (18:29) *"En indien uw Heer had gewild, zouden allen die op aarde zijn, zeker tezamen hebben geloofd. Wilt gij de mensen dan dwingen, gelovigen te worden? Doch geen ziel kan geloven zonder verlof van Allah."* (10: 99-100). Aanhangers van monotheïstische godsdiensten zoals joden, christenen en zoroasters kregen een bijzondere status. Ze werden *dhimmi's* genoemd. Ze hebben recht op eigendom, persoonlijke integriteit, aanbidding van hun God en persoonlijke kwesties worden naar eigen geloof berecht. In ruil voor deze 'bescherming' moesten ze wel een speciale taks betalen, de *jizya*. Hoewel ze op menig vlak wel gediscrimineerd werden, was de islam veel milder ten opzichte van andersgelovigen dan de Europeanen tijdens de Middeleeuwen. Onder invloed van de imperialisatiepolitiek van het Westen werden vele van deze discriminatoire regels opgeheven, maar religieuze minderheden genieten in vele islamitische landen nog steeds niet dezelfde bescherming. Zo is in vele islamitische landen een huwelijk tussen een islamitische vrouw en een niet-islamitische man nog steeds verboden.<sup>53</sup> Een islamitische man mag doorgaans wel met een niet-islamitische vrouw trouwen, wanneer zij een monotheïstische godsdienst aanhangt.<sup>54</sup>

#### 1.4.3. Godsdienstvrijheid

In het algemeen stelt de Koran zich positief op ten aanzien van godsdienstvrijheid, wat blijkt uit de reeds geciteerde verzen.<sup>55</sup> Maar deze vrijheid is relatief. Hoewel uit de Koran werd afgeleid dat niemand kan gedwongen worden om moslim te worden, waren de klassieke rechtsgelcerden het er wel over eens dat men niet meer van geloof kon veranderen eenmaal men moslim was. Verschillende verzen in de Koran hebben betrekking op ongelovigheid (*kufr*)<sup>56</sup> en geloofsafval (*ridda*)<sup>57</sup>. Slechts één vers bepaalt een "pijnlijke straf" zonder verder te bepalen wat deze inhoudt: *"Zij zweren bij Allah, dat zij niets zeiden, maar voorzeker zij spraken het woord des ongeloofs en na de Islam te hebben aanvaard, verwierpen zij deze en zij besloten tot hetgeen zij niet konden volbrengen. Zij koesterden haat alleen omdat Allah en Zijn boodschapper hen uit Zijn overvloed hadden verrijkt. Als zij berouw tonen zal het beter voor hen zijn, maar indien zij zich afwenden zal Allah hen met een pijnlijke straf in deze wereld en in het Hiernamaals straffen en zij zullen op aarde vriend noch helper hebben."* (10:74) De Koran is dus relatief vaag over de bestraffing van apostasie, de traditionele rechtsleer en de wetgeving in verschillende islamitische landen baseren zich dan ook op de soenna. Volgens de overlevering zou Mohammed gezegd hebben dat de apostaat de doodstraf moet krijgen.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Den Haag, Nijhoff, 2001, 213.

<sup>54</sup> BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Den Haag, Nijhoff, 2001, 213.

<sup>55</sup> Zie Koran vers 2:256;18:29;10: 99-100.

<sup>56</sup> Zie Koran vers 2:217 en 47:25-27.

<sup>57</sup> Zie Koran vers 2:208; 3:86-90, 177; 4:137; 9:66, 74; 16:106-109.

<sup>58</sup> ABU-SAHLEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 160.

#### 1.4.4. Lijfstraffen en doodstraf

De sharia bevat vooral regels voor privaatrecht en in het bijzonder voor familierecht. Strafrecht komt slechts weinig aan bod, maar zorgt wel voor een laatste tegenstelling tussen de klassieke sharia en de internationale mensenrechten. Met name de *hudûd* – zes gevallen die door de sharia zwaar bestraft worden met lijfstraffen – zijn niet compatibel met de internationale mensenrechten. Van alle conflictpunten is dit hetgene dat nog het minst in de nationale wetgeving voorkomt. Zelfs volgens het klassiek recht werden deze straffen aan strikte procedurevoorwaarden onderworpen vooraleer men overging tot de uitvoering ervan. Volgens sommige interpretaties heeft de apostaat bijvoorbeeld steeds de mogelijkheid om berouw te tonen, waardoor zijn straf niet kan worden uitgevoerd. Om iemand van vreemdgaan te beschuldigen moeten er vier getuigen zijn, iets wat niet vaak gebeurt. In de landen waar deze straffen toegepast worden, gebeurt dit vaak alleen door de lagere rechtbanken. Wanneer beschuldigen in hoger beroep gaan, worden de straffen vaak afgewezen omdat de toepassing van de straffen restrictief geïnterpreteerd moet worden<sup>59</sup>.

De hierboven besproken geloofsafval hoort tot de *hudûd*, net als diefstal. Dit laatste wordt bestraft door het afhakken van de hand. *“En snijdt de dief en de dievegge de hand af, als straf voor wat zij misdeden”* (5:38). Ook struikrovers worden door de Koran bestraft. *“De vergelding dergenen die oorlog tegen Allah en Zijn boodschappers voeren en er naar streven wanorde in het land te scheppen, is slechts dat zij gedood of gekruisigd worden, of dat hun handen en hun voeten de ene rechts en de andere links, worden afgesneden, of dat zij het land worden uitgezet.”* (5:33) Seks buiten het huwelijk wordt ook zwaar bestraft. *“Geselt iedere echtbreekster en echtbreker met honderd slagen”* (24:2) De rechtsleer heeft zowel de straf als de voorwaarden verstrengd. Niet alleen de ongetrouwde personen werden gestraft, het vers werd volgens een traditionele interpretatie ook gebruikt om verkrachte vrouwen en homo's te bestraffen. Ten slotte wordt ook het drinken van wijn bestraft, al vermeldt de Koran geen straf: *“O gij die gelooft, wijn en het hazardspel en afgoden en toverpijlen zijn niet anders dan gruwelen, door Satan gewrocht. Vermijdt ze dus, opdat gij voorspoedig moogt zijn.”* (5:90) De rechtsgeleerden bepaalden op basis van de Soenna dat het drinken van wijn bestraft zou worden met zweepslagen.

#### 1.5. Conclusie

De manier waarop men de sharia en zijn rechtsvinding definieert heeft grote gevolgen op het aantal potentiële conflicten met de mensenrechten. In tegenstelling tot wat het stereotiepe stelt, is de sharia geen monolithisch geheel. In tegendeel, de sharia is een begrip dat vele ladingen dekt.

De term sharia kan naar drie te onderscheiden begrippen verwijzen: naar het goddelijk plan, naar de traditionele sharia van de *fiqh* en naar één van de vele verschillende sharia's zoals staten, groepen of individuen die hebben bepaald. De traditionele visie op de sharia is de afgelopen eeuwen onder vuur te komen liggen. Verschillende hervormers in 18<sup>e</sup> eeuw vonden dat er binnen de islam terug meer plaats moest komen voor de rede om de islam weer in zijn oorspronkelijke staat te herstellen. Door vrijere interpretatie van de bronnen via menselijke redenering *ijtihad*, wilden ze reageren op de starheid van de traditionele islam die volgens hen de oorzaak was van de kolonisatie door het westen. De afgelopen decennia is

---

<sup>59</sup> BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 59, 60.

er een nieuwe groep van liberale moslims die ervan overtuigd zijn dat de islam concepten als democratie en mensenrechten niet in de weg staan.

De verscheidenheid aan opvattingen vinden we eveneens terug in de nationale wetgeving. De formele invloed van de sharia beperkt zich tot het personen-, familie en erfrecht. Soms zijn bepalingen uit het strafrecht overgenomen. De sharia in zijn gecodificeerde vorm verschilt van land tot land. De wetteksten differentiëren zich van de klassieke sharia omdat de makers zich een grote vrijheid toekennen bij het interpreteren van de bronteksten. De sharia zelf bevat maar weinig bepalingen over de inrichting van de staat, maar binnen islamitische rechtsleer bestaan er verschillende opvattingen over de rol van de staat als wetgever. De regels over de staatsinrichting worden *siyâsa shar'iyya* genoemd. Deze leer wil de regels van de *fiqh* verzoenen met het bestuur van de staat. De staat mag regels maken om tegemoet te komen aan de noden en de belangen van de maatschappij (*maslaha*) zolang deze de sharia-regels niet schenden. Er bestaan verschillende opvatting over wat de regels van de sharia inhouden. Langs de ene kant van het spectrum vinden we het standpunt dat de bevoegdheid van de overheid moet worden afgebakend wanneer er een *fiqh* regel bestaat, ook al is deze gebaseerd op *ijtihad* en bediscussieerd. Langs de andere kant van het spectrum is er de liberale opvatting volgens dewelke wetten in overeenstemming moeten zijn met "de geest" of de "principes" van de sharia. Binnen de traditionele leer bestaan er dus veel meer regels waarmee de wetgever rekening moet houden. Het Hof neemt daarentegen een meer liberale stelling in waarbij de bevoegdheid van de staat wordt afgebakend door de absolute principes van de sharia waarvan het er maar enkele heeft erkend in haar obiter dicta. Bijgevolg is de bewegingsvrijheid van de wetgever dan ook veel groter dan binnen de traditionele *siyâsa*-leer.

De manier waarop men de basis van de sharia definieert heeft dus grote gevolgen op mogelijke conflicten met de mensenrechten. Kijken we naar de klassieke sharia, dan zijn er vier aanzienlijke verschilpunten: (1) de discriminatie van vrouwen; (2) de discriminatie van niet-moslims; en (3) de godsdienstvrijheid; (4) de doodstraf en de lijfstraffen die op hadd-delicten staan. De discriminatie van de vrouwen speelt zich af op het gebied van familierecht en erfenisrecht, dit is nog steeds het geval in het statenrecht en leidde tot het maken van verschillende voorbehouden die de gelijkheid tussen man en vrouw belemmeren. Niet-moslims worden



## **2. Universele bescherming van de mensenrechten**

In het eerste hoofdstuk werd aangetoond dat de conflictpunten tussen sharia en mensenrechten afhangen van de definitie die men aan de term sharia geeft. In dit tweede hoofdstuk zullen we nagaan welke interpretatie van de sharia er voor zorgt dat sharia en mensenrechten compatibel zijn. We kijken eerst naar de theorie van liberale denkers Al-Jabri en An-Na'im die met hun interpretatie van de sharia de een oplossing bieden voor de conflicten tussen islam en mensenrechten. Vervolgens gaan we na hoe we vanuit internationaal standpunt het beste omgaan met de culturele verschillen tussen islam en mensenrechten via het principe van de inclusieve universaliteit.

### **2.1. Legitimering van de mensenrechten in de islam**

In het debat over de verhouding tussen de islam en de mensenrechten zijn er waarschijnlijk evenveel opinies als er auteurs zijn. Binnen de islamitische wereld woedt er een deftig debat tussen voor- en tegenstanders. Slechts een krimpde groep tegenstanders is resoluut tegen de mensenrechten die zij louter als een als een Westers concept beschouwen. De meerderheid is in theorie voor de bescherming van de mensenrechten, maar ze verschillen in mening over de rol die de islam hierbij speelt. Er zijn er die vinden dat mensenrechten universeel zijn maar niet compatibel zijn met de islam. Voor hen is een legitimatie vanuit de islamitische cultuur niet nodig, noch mogelijk. Er zijn auteurs dat het mensenrechtenconcept vervat is in de islam die genoeg waarborgen in zich heeft ter bescherming van de mensenrechten. HALLIDAY noemt dit de *appropriation* van de mensenrechten vanuit de islam.<sup>60</sup> Deze laatste groep vult het mensenrechtenconcept op een andere manier in dan de internationale mensenrechten. Een andere groep gelooft dat islam en mensenrechten elkaar zullen toenaderen en proberen beide met elkaar te verzoenen, wat HALLIDAY *assimilation* noemt.<sup>61</sup> Hoewel ze dus in theorie eens zijn met het mensenrechtenconcept, kan de uitwerking ervan duchtig verschillen. Vooral op vlak van de vier aangehaalde punten. Twee van deze denkers zullen worden besproken, om aan te tonen dat mensenrechten binnen de islam kan worden gelegitimeerd. Sommige denkers zoals Al-Jabri zijn gematigder hun aanpak maar minder duidelijk of al de conflictpunten opgelost worden. Anderen, zoals An-Na'im zijn radicaler maar minder aanvaard.

#### **2.1.1. Al-Jabri**

Al-Jabri wordt door velen gezien als één van de meest vooraanstaande kritische denkers in de hedendaags islamitische wereld. Hij heeft geen klassiek theologische opleiding genoten maar is professor in de filosofie. In de jaren negentig veranderde hij zijn discours van filosofie naar de maatschappelijke problemen die de sharia kende.

Al-Jabri meent dat de Arabische en de Europese cultuur dezelfde fundamenten kennen. Zowel het recht op vrijheid als het recht op gelijkheid zijn in beide culturen te vinden. Deze rechten zijn gebaseerd op de "natuurlijke staat" van de mens. De mens heeft altijd nood gehad aan een referentiekader dat boven hem stond. Door het verlichtingsdenken veranderde deze referentie van God naar de 'natuurlijke staat'.<sup>62</sup> Binnen de islam is de verwijzing naar de 'natuurlijke staat' al eigen aan het geloof. Deze oproep tot de rede is verbonden met een aansporing van de Koran om terug te keren naar *al-fitra* (de aangeboren natuur<sup>63</sup>). "*Islam is the 'religion of al-fitra'*". Dit is de natuurlijke staat waarin mensen verkeren

---

<sup>60</sup> HALLIDAY, F., *Islam and the myth of confrontation: Religion and politics in the Middle East*, London, Tauris. 136.

<sup>61</sup> HALLIDAY, F., *Islam and the myth of confrontation: Religion and politics in the Middle East*, London, Tauris. 135.

<sup>62</sup> AL-JABRI, M. A., *Human Rights and Law in Islamic Thought.*, London, Tauris, 2009, 178.

<sup>63</sup> *Al-fitra* wordt in het Engels vertaald als *innate nature*.

als zij geboren worden. *Al-fiṭra kan vergeleken worden met de 'natuurlijke staat' waarover Europese filosofen het hebben. Het is de basis voor de universaliteit van de islam.*<sup>64</sup> Al-Jabri benadrukt dat het niet zijn punt is om aan te tonen dat de islam de eerste maatschappij met mensenrechten was of dat de islam superieur zou zijn. Hij wil gewoon aangeven dat in elke cultuur deze basis voor de mensenrechten aanwezig is en dus in feite de culturen overstijgt.<sup>65</sup> De basis van Al-Jabri's theorie is dat de Koran uit algemene (*kulliyāt*) en specifieke (*juz'iyāt*) regels bestaat. Wanneer men over een bepaalde kwestie een regel maakt, gaat men dus eerst de algemene regels toepassen. Als men een specifieke regel wil gebruiken moet hier een reden voor zijn. De inconsistenties tussen de sharia en de mensenrechten zijn doorgaans een specifieke regel, een uitzondering op de algemene regel. Al-Jabri vraagt zich af of deze uitzonderingen nog steeds geldig zijn en of we ze niet moeten aanpassen. Al-Jabri ijvert dus voor een modernisering van het islamitische geloof. Hij staat echter meer in de Arabische filosofische traditie dan An-Na'im. Hij werd vooral beïnvloed door Averroes, die pleitte om meer aan *ijtihād* te doen. Net zoals Averroes legt Al-Jabri de nadruk op de intenties van de Koran.<sup>66</sup> Door meer belang te hechten aan de wijsheid (*ḥikma*) achter regels kunnen we de regels makkelijker aanpassen aan onze moderne tijd. Er dient een nieuwe definitie van de *ijtihād* te komen. *Mujtahids* moeten meer kennis hebben van de exacte wetenschappen. Door de regels te versoepelen op welke zaken de *ijtihād* mag worden toegepast, kan men het gebruik van de *ijtihād* verruimen en kunnen we bestaande regels aanpassen en vernieuwen. In het boek *'Democracy and Human Rights'* heeft Al-Jabri het over drie inconsistenties tussen de sharia en de mensenrechten: slavernij, geloofsafval en de positie van de vrouw. Volgens Al-Jabri is de algemene boodschap van de Koran er één van geloofsvrijheid. Al-Jabri vraagt zich af of geloofsafval in onze tijd ook nog gelijk staat met landsverraad. De ongelijkheid tussen man en vrouw keurt Al-Jabri wel af. Wanneer men deze in zijn historische context plaatst, is het volgens Al-Jabri evident dat de islam voor volledige gelijkheid tussen man en vrouw is.<sup>67</sup>

### 2.1.2. An-Na'im

An-Na'im is veel radicaler dan Al-Jabri. An-Na'im is oorspronkelijk uit Sudan. Hij studeerde er rechten aan de universiteit en leerde er de ideeën van Mahmoud Taha kennen. In elke cultuur is er een basis voor de mensenrechten te vinden. Door deze basis te zoeken kan men de mensenrechten als een concept beschouwen dat in de eigen cultuur reeds aanwezig en niet als iets vreemd dat door anderen wordt opgedrongen. Via dialoog tussen verschillende culturen kan een consensus gevonden worden over welke mensenrechten universeel moeten zijn.<sup>68</sup>

In het boek *Toward an Islamic Reformation* werkt An-Na'im verder op de theorie van Taha. An-Na'im gelooft in het universalisme van de mensenrechten. Mensenrechten zijn volgens hem gefundeerd op het principe van de wederkerigheid (*reciprocity*): we doen een ander niet aan wat we niet willen dat ons wordt aangedaan. We moeten ons dus zoveel mogelijk in de andere persoon proberen te verplaatsen om een aantal basisrechten te definiëren.<sup>69</sup> Volgens An-Na'im is het principe van de wederkerigheid aanwezig in elke

<sup>64</sup> AL-JABRI, M. A., *Human Rights and Law in Islamic Thought.*, London, Tauris, 2009, 185.

<sup>65</sup> AL-JABRI, M. A., *Human Rights and Law in Islamic Thought.*, London, Tauris, 2009, 191.

<sup>66</sup> AL-JABRI, Intellectuele vernieuwing in een modern hervormingsproject. WWW.JABRIABED.NET

<sup>67</sup> AL-JABRI, M. A., *Human Rights and Law in Islamic Thought.*, London, Tauris, 2009., 202.

<sup>68</sup> AN-NA'IM, A.A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, Pennsylvania Press, 1995.

<sup>69</sup> AN-NA'IM, A.A., *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse (NY): Syracuse University Press, 1990.



cultuur en vooral in elke religie. Het probleem is dat religies de wederkerigheid vaak beperken tot leden van hun eigen geloofsgemeenschap. In de islam bijvoorbeeld vallen vrouwen en niet-moslims volgens de klassieke sharia buiten dit concept van wederkerigheid. Het is de taak van elke cultuur om hier vanuit de eigen samenleving een oplossing voor te zoeken.<sup>70</sup>

Deze inconsistenties moeten opgelost worden. Hiervoor gebruikt An-Na'im de theorie van zijn leermeester Taha. Deze pleitte om het islamitisch recht vooral op de oudste koranverzen te funderen, deze die in Mekka werden gereveleerd. Deze behandelen immers meer thema's zoals waardigheid en gelijkheid tegenover de verzen van Medina, die eerder een praktische inslag hebben omdat Mohammad hier als leider van de gemeenschap fungeerde.<sup>71</sup> Het gebruik van de An-Na'im *ijtihād* volgens de klassieke voorwaarden biedt volgens An-Na'im geen oplossing aan de huidige problemen. Daarom moet het gebruik uitgebreid worden. Elke moslim heeft het recht om aan *ijtihād* te doen. Dit beperken is tegen de aard van de islam, want die heeft steeds een diversiteit aan verschillende zienswijzen gekend. De *ijtihād* moet dus uit deze klassieke definitie gehaald worden. Zijn toepassing moet verruimd worden zodat er ook *ijtihād* toegepast kan worden over kwesties die duidelijk omschreven staan in de teksten van de Koran en de soenna.<sup>72</sup>

## 2.2. Inclusieve universaliteit

De vraag hoe men moet omgaan met de verhouding tussen islam en de mensenrechten wordt ook buiten de moslimwereld gesteld. De buitenstaander heeft geen legitimiteit om een eigen interpretatie aan de islam te geven, conform de mensenrechten. "[Er blijft] grote behoefte bestaan aan bruikbare kaders voor de beantwoording van de vraag in hoeverre mensenrechten met hun pretentie van universele gelding verenigbaar zijn met het geldende recht in de moslimwereld."<sup>73</sup> Een van deze kader is de "inclusieve universaliteit" van Eva BREMS.<sup>74</sup>

BREMS is een voorstander van de universaliteit van de mensenrechten. Maar beseft tegelijk dat het huidige mensenrechtenkader een Westerse oorsprong heeft. Hierop is veel reactie gekomen vanuit de niet-Westerse samenleving, voornamelijk vanuit uit Zuidoost-Azië, Sub-Saharaans Afrika en de islamwereld en is in hoofdzaak cultureel, economisch en politiek.<sup>75</sup> De kritiek vanuit islamitische hoek differentieert zich omdat hij religieus wordt gefundeerd waardoor menselijke aanpassing onmogelijk wordt.<sup>76</sup> Als niet-islamitisch onderzoeker moeten we een appreciatiemarge laten bij onze beoordelingen, maar mogen we onze kritische ingesteldheid niet laten varen.

"Tegenover de inspanningen van het mensenrechtensysteem om meer ontvankelijk te worden ten aanzien van de verschillen tussen samenlevingen, moeten inspanningen staan binnen de betrokken samenlevingen om deze meer

---

<sup>70</sup> AN-NA'IM, A.A., *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse (NY): Syracuse University Press, 1990., 1990, 163.

<sup>71</sup> AN-NA'IM, A.A., *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse (NY): Syracuse University Press, 1990., 1990, 50.

<sup>72</sup> AN-NA'IM, A.A., *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse (NY): Syracuse University Press, 1990., 1990, 50.

<sup>73</sup> OTTO, J.M., *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006,

<sup>74</sup> BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Den Haag, Nijhoff, 2001.

<sup>75</sup> Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003, 150-151.

<sup>76</sup> Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003, 153.

ontvankelijk te maken ten aanzien van de mensenrechten. Respect voor diversiteit mag geen afbreuk doen aan de kritische ingesteldheid. Een engagement voor de mensenrechten omvat dan ook een engagement om bepaalde wetten en gebruiken te veranderen. Dergelijke veranderingen zijn gemakkelijker te aanvaarden als men de mensenrechten zelf ook kan beschouwen als een onderdeel van de eigen traditie<sup>77</sup>

De universaliteit van de mensenrechten is volgens BREMS geen utopie. Zowel culturen als mensenrechten zijn flexibel en veranderlijk van aard. Samenlevingen veranderen immers continu en aanpassingen aan de mensenrechten vormen dus geen bedreiging voor de eigen cultuur zolang ze maar niet van buitenaf opgelegd worden.<sup>78</sup> Binnen de het internationale kader van de mensenrechten bestaan er ook al technieken waardoor er rekening kan gehouden worden met de culturele diversiteit. Een eerste techniek is de “progressieve verwezenlijking” erkend in het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (artikel 2-1). Dit betekent “dat de context waarin een regering moet werken in rekening wordt gebracht bij de beoordeling van haar positieve mensenrechtenverplichtingen.” De moeilijke economische omstandigheden kunnen een vertraging in de uitvoering van positieve mensenrechtenverplichtingen. Volgens BREMS kan dit ook uitgebreid worden naar politieke of culturele obstakels. Wel moeten staten stappen blijven nemen om aan hun verplichtingen te voldoen en mogen ze niet verzaken aan een aantal ‘kernverplichtingen’.

Een tweede techniek die Brems aanhaalt is de ‘margin of appreciation’ Een techniek die door het het EHRM in haar arresten. Het Hof erkend dat er culturele verschillen bestaan tussen de de verschillende lidstaten en dat deze implicaties hebben op de bescherming van de mensenrechten. In zulke kwesties kan het het EHRM tot het besluit komen dat de zaak beter door de lokale rechtbank kan beoordeeld worden en verklaart zij zichzelf onbevoegd om over de kwestie te oordelen. Deze beoordelingsmarge kan ook gebruikt worden bij het evalueren van schendingen bij rechten die gevoelig liggen voor de islam. Brems waarschuwt dat deze beoordelingsmarge niet te ver mag gaan en er steeds minimumstandaarden beschermd moeten worden.

Het spreekt vanzelf dat er grenzen zijn aan de flexibiliteit van mensenrechtenbepalingen. Deze moeten geleidelijk worden afgebakend in het kader van de dialoog tussen culturen. Het lijkt mij dat het begrip ‘kern van een recht’ hierbij een nuttige rol kan spelen. Het is mogelijk om voor elk mensenrecht een onderscheid te maken tussen een kern (het meest beschermenswaardige rechtsgoed) en een perifere zone (eventueel met verschillende gradaties). Hoe dichter bij de kern, hoe minder ruimte er is voor flexibiliteit. Hieruit volgt vanzelfsprekend dat er geen sprake kan zijn van contextuele rechtvaardiging van grove schendingen van mensenrechten (die per definitie de kern van een recht raken).<sup>79</sup>

### **2.3. Conclusie**

Binnen de islamitische wereld zijn er enkele liberale denkers die een oplossing aanreiken voor de netelige kwesties die bestaan tussen islam en mensenrechten. Volgens Al-Jabri delen de Arabische en Europese cultuur dezelfde fundamenten. Zowel de Verlichting als de islam benadrukken het belang van de ‘natuurlijke staat’ van de mens. Die ‘natuurlijke staat’ is de basis voor het principe van gelijkheid en het recht op vrijheid waar de andere rechten op zijn voortgebouwd. Volgens hem kan de islam gemoderniseerd worden door naar de

---

<sup>77</sup> Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003, 155.

<sup>78</sup> Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003, 153.

<sup>79</sup> Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003, 159.

algemene regels van de sharia te kijken in plaats van de specifieke regels en door te kijken naar de wijsheden achter de regels in plaats van het doel van de regel.

An-Na'im poneert dat alle rechten te herleiden zijn tot het principe van wederkerigheid. Om dit principe ook te laten gelden voor vrouwen en niet moslims pleit hij voor een radicale wijziging van de fiqh. Hij bouwt hij verder op de theorie van Taha, die een nieuwe interpretatie van de sharia geeft op basis van de verzen gereleveerd in Medina.

Hoewel er niet dieper werd ingegaan op de receptie van dergelijke theorieën in de islamitische wereld en een theorie als die van An-Na'im door vele moslims als ketters zal worden beschouwd, tonen zij wel aan dat het in theorie mogelijk is om islam en mensenrechten met elkaar te verzoenen.

Niet alleen binnen de islamitische wereld vraagt men zich af hoe men om moet gaan met de netelige kwesties. Westerse wetenschappers, rechters en mensenrechtenactivisten hebben ook nood aan een referentiekader om om te gaan met de religieuze en culturele verschillen met de islamwereld. Volgens BREMS moeten we vasthouden aan de universaliteit van de mensenrechten, zij pleit voor een inclusieve universaliteit. Er moet een toenadering zijn van zowel de internationale mensenrechten, als van de culturen. Dit kan via bestaande technieken als de progressieve verwezenlijking en de 'margin of appreciation'.

Als academicus moet men dus zijn kritische ingesteldheid bewaren tegenover artikels die de principes van de sharia laten primeren. Men kan evenwel nog niet verwachten dat een land als Egypte dezelfde positieve verplichtingen kan volbrengen dan een Europees land. Ten eerste omwille van zijn belabberde economische toestand. Ten tweede omdat er nog veel ideologische tegenstellingen zijn tussen het islamitische geloof en de mensenrechten. Evenwel kan dit Egypte niet vrijspreken van een schending van 'kern van de rechten'. Op fundamentele kwesties moeten de rechten gewaarborgd blijven.

## **Conclusie**

Dat de sharia zou primeren heeft geen automatische gevolgen op de bescherming van de mensenrechten. De sharia is geen monolithisch geheel aan regels en de conflictzones tussen sharia en mensenrechten zijn afhankelijk van de manier waarop men de sharia interpreteert. Als we dus de gevolgen willen kennen van dergelijke primering, dan dienen we de interpretatie die aan de sharia wordt gegeven te bestuderen. Er zijn enkele "netelige kwesties" bestaan, traditionele shariaregels die niet compatibel zijn met de mensenrechten. De voornaamste van deze kwesties zijn de discriminatie van vrouwen en niet-moslims, de geloofsvrijheid en de toepassing van lijfstraffen. Deze "netelige kwesties" zijn niet alleen van theoretisch belang, maar blijken ook voor de mensenrechtenbescherming in Egypte van belang. Zoals gezegd bepaalt de Egyptische Grondwet sinds 1980 dat de principes van de sharia de voornaamste bron van wetgeving is. In het volgende deel zullen we nagaan welke interpretatie het Hoog Grondwettelijk Hof<sup>80</sup> aan de principes van de sharia heeft gegeven. We hebben vastgesteld dat er binnen de islamitische wereld opvattingen zijn dat de sharia kan geïnterpreteerd worden die compatibel is met de mensenrechten. Bijgevolg zouden we kunnen stellen dat de interpretatie van de principes van de sharia door het Hoog Grondwettelijk Hof op een manier kan gedaan worden zodat zij de mensenrechten schendt. Daarom zullen we kijken welke interpretatie het Hof en of haar rechtspraak een afdoende mensenrechtenbescherming biedt. Het is dus interessant om te zien hoe het hof met deze "netelige kwesties" omgaat.

---

<sup>80</sup> Het HGH heeft de exclusieve rechtsmacht om de Grondwet te interpreteren.

De relativiteit van culturen en de religieuze legtimering mag niet weerhouden dat er kritiek mag gegeven worden op de rechtspraak van het Hoog Grondwettelijk Hof. Een kritische analyse van de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de mensenrechten is dus mogelijk en essentieel willen we tot een betere bescherming van de mensenrechten komen. De 'kern van het recht' moet steeds gerespecteerd worden.

# Deel II. Het Hof als beschermer van de mensenrechten

## 1. Een onafhankelijke arbiter

Het feit dat Egypte bekend stond en staat als een dictatuur en een corrupt land<sup>81</sup>, zou kunnen doen twijfelen aan de onafhankelijkheid en efficiëntie van het Hoog Grondwettelijk Hof. Desalniettemin wordt het Hoog Grondwettelijk Hof binnen de internationale academische literatuur geprezen om zijn onafhankelijkheid en om zijn rol in de bescherming van de mensenrechten.<sup>82</sup> Het Hooggerechtshof, de voorganger van het HGH, schoot hierin te kort en functioneerde niet goed omwille van zijn hoog politieke gehalte. Het Egyptisch Hoog Grondwettelijk Hof is dan ook een enkeling in de Arabische wereld. We kunnen stellen dat (1) benoemingsprocedure en (2) toegankelijkheid essentieel<sup>83</sup> zijn voor een goede werking en rechtelijke daadkracht. De constitutionele geschiedenis van Egypte was al opmerking, de laatste jaren is hij nog turbulenter geworden. Daarom vergelijken we de onafhankelijkheid van het Hof in de Grondwet van 1971<sup>84</sup> (waarin het Hof werd opgericht) met de Grondwet van 2012 (de eerste volwaardige Grondwet na de revolutie) en de Constitutionele Verklaring van 2013 (die op moment van schrijven in voege is).

### 1.1. Benoemingsprocedures

#### 1.1.1. Samenstelling

AANSTELLING- De voorzitter van het Hof wordt rechtstreeks aangeduid door de President (art. 5, 1<sup>e</sup> lid)<sup>85</sup>. De andere rechters worden door de President aangeduid op basis van een lijst van twee namen, waarvan één aangeduid door de Algemene Vergadering van het Hof en één door de voorzitter van het Hof. De President kiest zijn kandidaat na het facultatieve advies van de Hoge Raad van de Magistratuur (*al-majlis al-a3lá li-l-hay'ât al qadâ'iyya*)<sup>86</sup> (art. 5, 1<sup>e</sup> lid)

In de praktijk wordt er maar één naam doorverwezen naar de President. De voorzitter van het Hof legt zijn kandidaat ter goedkeuring voor aan de Algemene Vergadering. Deze

---

<sup>81</sup> Egypte bengelt steeds midden achteraan in de CPI-index van Transparency International. De laatste jaren scoort Egypte steeds relatief slechter (van een 70<sup>e</sup> plaats in 2005 naar een 118<sup>e</sup> plaats in 2012). Haar methodologie werd positief geëvolueerd door de Europese Commissie.

<sup>82</sup> JOHANSEN, B., "The Case of France and Egypt", *The role of the judiciary in the protection of human rights*. Kluwer law international, 1997, 361-376

<sup>83</sup> BROWN, N., "Judicial Review and the Arab World", *Journal of Democracy*, 1998, 5.

<sup>84</sup> Het Hoog Grondwettelijk Hof werd opgericht in de Grondwet van 1971 Hoofdstuk 4 van Deel V betreffende de Overheidsinstellingen. De grondwet bevat slechts enkele richtlijnen over de werking, samenstelling en competenties van het Hof en laat de verdere uitwerking over aan de Wetgever, wat is gebeurd in Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof. Deze wet werd vertaald door JACQUEMOND, R., "La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *AJIC*, IV, 1988, pp. 549-559

<sup>85</sup> Het Hoog Grondwettelijk Hof werd opgericht in de Grondwet van 1971 Hoofdstuk 4 van Deel V betreffende de Overheidsinstellingen. De grondwet bevat slechts enkele richtlijnen over de werking, samenstelling en competenties van het Hof en laat de verdere uitwerking over aan de Wetgever, wat is gebeurd in Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof.<sup>85</sup>

<sup>86</sup> Deze raad werd opgericht door Artikel 173 van de grondwet. Hij wordt voorgezeten door de President en houdt toezicht op de magistratuur. De raad bestaat verder nog uit de Minister van Justitie; de voorzitters van het Hoog Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Hof van Beroep van Caïro; de Procureur-Generaal; de voorzitter van Dienst Rechtspraak; de directeur van het administratief parket; de oudste vicevoorzitters van de Raad van State en de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Caïro (zoals bepaald door art. 3 van de geamendeerde Wet n°82 van 1969)

kandidaat werd in het verleden steeds benoemd door de President, na het advies van de Hoge Raad van de Magistratuur.

**VEREISTEN-** Buiten de algemene vereisten waaraan de gehele magistratuur aan moet voldoen, stelt de wet nog extra eisen aan de rechters van het HGH (art. 4). Rechters moeten de leeftijd van 45 jaar bereikt hebben. Ze moeten gekozen worden uit volgende groepen: magistraten en voormalig magistraten die raadgever zijn geweest gedurende vijf opeenvolgende jaren; professoren en voormalig professoren in het recht die tenminste acht opeenvolgende jaren aan een Egyptische universiteit verbonden waren; advocaten bij het Hof van Cassatie of Administratief Hooggerechtshof. Ten minste twee derde van de rechters moet uit de magistratuur komen (art. 5, 2<sup>e</sup> lid). De functie van grondwettelijk rechter is onverenigbaar met andere activiteiten, zoals dat vaak bepaald is bij grondwettelijke hoven. Uitzondering hier op zijn de activiteiten opgesomd in de wet (art. 13)<sup>87</sup>.

**AANTAL-** Art. 3 bepaalt dat er een “voldoende aantal” rechters moet zijn, zonder verder te specificeren welk aantal bedoeld wordt. Dit had in theorie problemen kunnen opleveren door een onder- of overbenoeming van rechters, maar in de praktijk heeft het Staatshoofd hier nooit enig misbruik van gemaakt.<sup>88</sup>

### **1.1.2. Autonomie**

Rechters kunnen niet van hun functie ontslagen worden, deze bescherming is grondwettelijk bepaald (art. 177). De rechters hebben immuniteit voor feiten gepleegd tijdens hun functie; er is enkel een interne tuchtprocedure voorzien (art. 19).

Het Hof geniet ook administratieve autonomie, het is bijgevolg niet afhankelijk van het ministerie van Justitie of enig ander ministerie. Het beheer gebeurt door de Algemene Vergadering; de administratie door het Secretariaat-Generaal (art. 57). Het Hof heeft een eigen commissie bevoegd voor personeelszaken (art. 58)<sup>89</sup> en is financieel autonoom (art. 56). Het beschikt jaarlijks over een onafhankelijk budget.

### **1.1.3. Na de revolutie**

#### **1.1.3.1. De Grondwet van 2012**

Tijdens Morsi bleef de Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof van kracht, net zoals de andere prerevolutionaire wetten (art. 222 Grondwet tijdens Morsi)<sup>90</sup>. De meerderheid had wel al voorbereidende plannen om de bevoegdheden van het Hof te beperken, maar deze zijn door de 28 juni revolutie niet verder uitgewerkt.<sup>91</sup> De onafhankelijkheid van het Hof werd dus behouden tijdens de regeerperiode van President Morsi.

---

<sup>87</sup> Zo laat de wet onder meer toe: juridische taken bij internationale organisaties, het schrijven van academische werken.

<sup>88</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., “La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 67.

<sup>89</sup> De bevoegdheden van deze commissie zijn ondermeer de benoemingen, vergoedingen, promoties en overplaatsingen (art. 58).

<sup>90</sup> Art. 222 van de Grondwet van 2012 luidt als volgt: “Bepalingen, vastgelegd door wetten en verordening voorafgaand aan de afkondiging van deze Grondwet blijven geldig en van kracht.

Ze mogen niet geëmendeerd of ingetrokken worden, tenzij in overeenstemming met de bepalingen en procedures door de Grondwet voorgeschreven.”

<sup>91</sup> <http://www.egyptindependent.com/news/newspaper-egypt-curb-constitutional-court-powers>, geraadpleegd op 17 juni 2013.

De Grondwet van 2012 laat –net zoals de Grondwet van 1971- de verdere uitwerking over aan de wet, maar voerde wel enkele aanpassingen in. Het aantal rechters werd beperkt tot tien (art. 176). De eerder vage bewoording van de vorige grondwet werd dus wel gepreciseerd. Het Hof werd afgeslankt, de tien rechters met de meeste ervaring werden behouden (art. 233)<sup>92</sup>. Er werden dan ook geen nieuwe rechters aangeduid door President Morsi.

### *1.1.3.2. De Grondwettelijke Verklaring van 2013*

De Grondwettelijke Verklaring van 2013 telt maar 33 artikels en bepaalt dat de wetten met betrekking tot de organisatie van de juridische organen niet veranderd kan worden zolang de Verklaring geldig is. Voorlopig is de samenstelling van het HGH onveranderd gebleven, maar in principe zou het aantal kunnen gewijzigd worden. Het voormalige artikel art.176 is niet meer van toepassing en de wet spreekt enkel over een “voldoende aantal”.

## **1.2. Toegankelijkheid van het Hoog Grondwettelijk Hof**

Niet alleen de onafhankelijkheid en autonomie van het Hoog Grondwettelijk Hof is belangrijk, ook de toegankelijkheid van het Hof is van belang voor de bescherming van de mensenrechten. De mensenrechten beschermd door de Grondwet hebben pas nut als zij niet alleen louter symbolisch zijn, maar ook effectief afdwingbaar zijn. Door aan burgers de mogelijkheid te geven om de wetten die de Grondwet schenden aan te vechten, kunnen zij zich beschermen tegen de staat en kunnen zij hun fundamentele rechten afdwingen.

### **1.2.1. Modaliteiten van de controle**

#### *1.2.1.1. Grondwet van 1971*

Zaken kunnen op drie verschillende manieren aanhangig gemaakt worden bij het HGH: via de rechter ten gronde, door één van de partijen in het geding of door het Hof zelf.

**DOOR DE RECHTER TEN GRONDE-** De rechter ten gronde kan zelf beslissen om een zaak door te verwijzen naar het HGH als hij van oordeel is dat een wettekst of reglement dat voor ligt in het geding, ongrondwettelijk is (art. 29a). De wet spreekt over “elke rechtbank en orgaan met rechterlijke bevoegdheid”. Hieronder vallen de strafrechtbank, administratieve rechtbank, burgerlijke rechtbank, het Hof van Cassatie, militaire rechtbank, en elk ander orgaan dat door de wetgever werd bekleed met de bevoegdheid om gedingen te beslechten op het einde van een proces dat de rechterlijke procedures respecteert”<sup>93</sup>. Deze procedure heeft het voordeel dat in het geval de partijen in het geding geen persoonlijk belang kunnen aantonen om de zaak aanhangig te maken bij het HGH, maar dat toch nodig lijkt in het algemeen belang, de rechter ten gronde de zaak naar het Hof kan doorverwijzen.<sup>94</sup>

**DOOR DE PARTIJEN IN HET GEDING-** De partijen in het geding kunnen ook zelf de ongrondwettelijkheid van een wettekst of reglement aanklagen bij het HGH. (art. 29b) Vooraleer de zaak wordt doorverwezen naar het HGH, dient de rechter ten gronde de ernst van de aanvraag te onderzoeken. Een positieve beoordeling wordt door het HGH als

---

<sup>92</sup> Op die manier verdween ook de enige vrouwelijke rechter Tahany al-Jabaly uit het Grondwettelijk Hof.

<sup>93</sup> HGH, 4 januari 1992, n°22/8<sup>e</sup>

<sup>94</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., “La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 87.

ontvankelijkheidsvereiste beschouwd, maar het is uiteindelijk het HGH zelf dat de ontvankelijkheid van de zaak beslecht.

De toegang tot het HGH verloopt dus steeds via een concreet geschil. Personen die de grondwettelijkheid van een wet willen aanvechten, kunnen nooit rechtstreeks naar het Hof gaan, ook al kunnen zij een persoonlijk belang aantonen. De procedure verloopt steeds via een geschil voor de rechter ten gronde.

**AUTOSAISINE-** Het Hof kan ook zelf overgaan tot een onderzoek naar de ongrondwettelijkheid van een artikel dat niet door de partijen of de recht werd aangehaald, maar dat verband houdt met het artikel waarvan de grondwettelijkheid in het geding in kwestie wordt betwist (art. 27). Het Hof heeft vaak andere artikels van dezelfde wet ongrondwettelijk verklaard, omdat de artikels een geheel vormen. Soms verklaart het niet alleen het artikel in het geding ongrondwettelijk maar ook gelijksoortige artikels van een andere wet die hetzelfde bepalen.<sup>95</sup>

#### *Ratione materiae*

Het Hof is bevoegd om zowel wetteksten als reglementen te controleren op hun grondwettelijkheid (Artikel 175 van de Grondwet van 1971 en art. 25, al1 van de Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof). Deze begrippen zijn niet gedefinieerd door de wet; dit kwam aan het Hof toe om de inhoud van beide begrippen te bepalen. Volgende normen werden reeds door het Hof op hun grondwettelijkheid gecontroleerd: organieke wetten<sup>96</sup>, administratieve reglementen<sup>97</sup>, teksten aangenomen via referendum,...

Het HGH heeft zich ook bevoegd verklaard om grondwettelijkheid te beoordelen van de wetten door het persoonlijke rechtspositie van de niet-islamitische religieuze gemeenschappen In Egypte hangt de persoonlijk rechtspositie van de burger af van de religieuze gemeenschap waartoe hij behoort. De christenen zijn opgedeeld in drie gemeenschappen: de orthodoxe christenen (Koptische, Griekse, Armeense en Syrische), de katholieke gemeenschap (Maronitische, Chaldeeuwse en Roomse) en de protestantse gemeenschap. Er bestaan ook twee joodse gemeenschappen (Karäitisch en Rabbijns).

Het familierecht binnen deze gemeenschappen wordt niet door de Wetgever opgesteld, maar door de religieuze gemeenschap zelf. Ook deze wetten worden door het Hof als administratieve reglementen beschouwd.<sup>98</sup>

#### *Vereiste van belang*

De Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof bevat geen uitdrukkelijke verplichting om het belang aan te tonen. Maar de procedure voor het Hof is gelijk aan die van voor de burgerlijke en handelsrechtbanken (art. 28). Hierdoor wordt onrechtstreeks vereist dat betrokkenen een belang kunnen aantonen.

Als verdediger van de wet, heeft de Staat van rechtswege altijd een belang (art. 35, al. 3). Opmerkelijk is hier dat de verdediging van de Staat niet gebeurde door de wetgevende

---

<sup>95</sup> BERNARD-MAUGIRON geeft zowel voorbeelden van casussen waar het Hof wel overgaat tot autosaisine en waar zij dat niet doet. Ze ziet niet direct een lijn in de uitspraken van het Hof, maar volgens haar is het HGH op haar hoede om niet te ver te gaan bij het interpreteren van haar bevoegdheden. (BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 89.)

<sup>96</sup> Onder organieke wetten wordt verstaan: wetten naar waar door de Grondwet wordt verwezen en die een fundamentele regel bevatten. HGH, 15 mei 1993, n°7/8<sup>e</sup>

<sup>97</sup> Onder reglementen wordt verstaan: besluiten ter uitvoering van de wet, politiereglementen, decreet-wetten (verordend door de President). Ter vergelijking: in België kan de Raad van State

<sup>98</sup> HGH, 1 maart 1997, n°74/17<sup>e</sup>



macht, die de wetten heeft uitgevaardigd, maar door de uitvoerende macht. Dit lijkt in te gaan tegen de klassieke opvattingen van de scheiding der machten.

Andere partijen moeten wel een belang kunnen aantonen. Dit belang moet persoonlijk en rechtstreeks zijn en geldt zowel voor natuurlijke als publieke en private rechtspersonen. De betwiste bepalingen moeten een noodzakelijke toepassing hebben op het geschil voor de rechten ten gronde.

Op deze manier wordt de mogelijkheid van een *actio popularis* uitgesloten. Dergelijke actie kan nochtans een betere bescherming van de mensenrechten bieden, wanneer Organisaties ter bescherming van de Rechten van de Mens op basis van het algemeen belang een schending van de Grondwet zouden kunnen aanvechten<sup>99</sup>.

#### *Procedure*

De procedure voor het HGH is op tegenspraak<sup>100</sup>. Partijen moeten beroep doen op een advocaat (art. 34). De zittingen van het HGH zijn openbaar, maar de procedure verloopt grotendeels schriftelijk. Slechts in uitzonderlijke gevallen zijn er mondelinge procedures.

De wet bepaalt geen maximum termijn om zich over een zaak te beramen. Een arrest voor het Hof kan zeer lang aanslepen, wat de rechtsbescherming van betrokkenen sterk beperkt. De eerste zaak van het Hof heeft niet minder dan tien jaar geduurd. De zaak werd aangespannen in 1975, een oordeel volgde pas in 1985.

De uitspraken van het Hof hebben een declaratoir karakter en geen constitutief karakter.<sup>101</sup> De uitspraken van het Hof scheppen geen recht, maar geven een verklaring van het recht zoals dat altijd is geacht. De arresten hebben dus een retroactief karakter.<sup>102</sup> Het Hof kan echter bepalen dat de gevolgen van de arresten enkel ingang hebben vanaf een andere datum die zowel in het verleden als in de toekomst kan liggen (art. 49, al 3 Wet van 1979). Het HGH heeft hier echter nog maar zelden gebruik van gemaakt.<sup>103</sup>

Het niet uitvoeren van de arresten van het HGH is een misdad (art. 72 Grondwet van 1971). Ambtenaren die arresten van het Hof niet uitvoeren kunnen dus aangeklaagd worden bij de strafrechtbank door de partij die de exceptie van ongrondwettelijkheid bij het HGH had ingediend.

---

<sup>99</sup> Ook in België is het niet mogelijk op basis van een *actio popularis* klacht in te dienen bij het Grondwettelijk Hof. Evenmin bestaat deze mogelijkheid bij het Europees Hof ter bescherming van de Rechten van de Mens (EHRM, dr. h., Klass en anderen t. Bondsrepubliek Duitsland, arrest van 6 september 1978 en bevestigd in Sejdic en Finci t. Bosnië-Herzegovina van 22 december 2009). Deze mogelijkheid is bijvoorbeeld ook niet voorzien bij de het Comité ter bescherming van het BUPO-Verdrag.

<sup>100</sup> De Wet van 1979 voorziet zelf geen rechtstreekse bepaling hierover waardoor de procedure gelijk is aan die van de burgerlijke en handelsrechtbanken (art. 28 Wet van 1979)

<sup>101</sup> HGH, 19 mei 1990, n°37/9<sup>e</sup>

<sup>102</sup> Dit retroactief karakter is niet van toepassing op rechtszaken die zich beroepen op het artikel dat ongeldig werd verklaard. In deze gevallen primeert de rechtszekerheid. Een uitzondering hierop zijn strafrechtzaken, die wel worden aangetast door het retroactief karakter. Net zoals uitspraken met betrekking tot fiscaliteit die geacht worden enkel gevolgen te hebben voor de toekomst (art. 49, al 3 van de Wet van 1979).

<sup>103</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 133.

### 1.2.1.2. Grondwet van 2012

Tijdens Morsi bleef de Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof van kracht, net zoals de andere prerevolutionaire wetten (art. 222 Grondwet tijdens Morsi)<sup>104</sup>. De meerderheid had wel al voorbereidende plannen om de bevoegdheden van het Hof te beperken, maar deze zijn door de 28 juni revolutie niet verder uitgewerkt.<sup>105</sup> De onafhankelijkheid van het Hof werd dus behouden tijdens de regeerperiode van President Morsi.

De Grondwet van 2012 bepaalde wel dat wetsvoorstellen met betrekking tot het uitoefenen van de politieke rechten en presidentiële, parlementaire of lokale verkiezingen aan het HGH moeten voorgelegd worden om hun overeenstemming met de Grondwet te onderzoeken (art. 177, 1<sup>e</sup> lid). Als na het onderzoek blijkt dat de tekst niet in overeenstemming is met de Grondwet, moet de wet geamendeerd worden. De wetten die op deze manier gereviseerd worden vooraleer ze gestemd worden, zijn nadien niet meer vatbaar voor grondwettelijke controle.<sup>106</sup>

### 1.2.1.3. Grondwettelijke verklaring 2013

De Grondwettelijke Verklaring van 2013 telt maar 33 artikels en bepaalt dat de wetten met betrekking tot de organisatie van de juridische organen niet veranderd kan worden zolang de Verklaring geldig is (art. 20 Grondwettelijke Verklaring). De procedures voor het Hof blijven dus ongewijzigd. Art. 18 bevestigt de rol van het Hof om toe te zien of wetten en besluiten conform de Grondwet zijn.

## Conclusie

De bescherming die het Hof kan bieden is afhankelijk van benoemingsprocedures, toegankelijkheid en de competenties van het Hoog Grondwettelijk Hof. Ondanks het strenge bewind van President Mubarak, kende het Hoog Grondwettelijk Hof een grote onafhankelijkheid en autonomie. Deze autonomie bleef tijdens de verschillende nieuwe grondwetten behouden. Grondwettelijke rechters worden de facto gekozen door de voorzitter van het Hof en niet door de uitvoerende macht en ze kunnen niet uit hun functie ontslaan worden.

De ontvankelijkheidsvoorwaarden zijn vergelijkbaar met die van andere Grondwettelijke Hoven. Gerechtsonderhorigen kunnen niet rechtstreeks naar het Hof gaan. Is er een geschil ten gronde, dan kan ofwel de rechter of de partijen de zaak doorverwijzen naar het Hoog Grondwettelijk Hof.

Het Hof heeft een ruime bevoegdheid *ratione materiae* en mag zowel wetteksten als reglementen toetsen op hun grondwettelijkheid. Eisers moeten een persoonlijk en rechtstreeks belang kunnen aantonen, een *actio popularis* is dus onmogelijk. De procedure is lang maar wel effectief; het hof heeft namelijk de bevoegdheid wetgeving ongeldig te verklaren.

---

<sup>104</sup>104 Art. 222 van de Grondwet van 2012 luidt als volgt: "Bepalingen, vastgelegd door wetten en verordening voorafgaand aan de afkondiging van deze Grondwet blijven geldig en van kracht.

Ze mogen niet geamendeerd of ingetrokken worden, tenzij in overeenstemming met de bepalingen en procedures door de Grondwet voorgeschreven."

<sup>105</sup> <http://www.egyptindependent.com/news/newspaper-egypt-curb-constitutional-court-powers>.

<sup>106</sup> Onder het presidentschap van Mubarak is het tweemaal voorgekomen dat de kieswetgeving ongrondwettelijk verklaard heeft, op 19 mei 1990

### 3. Sharia en mensenrechten volgens het Hof

Het Hoog Grondwettelijk Hof heeft in de loop der tijd haar reputatie als beschermer van de mensenrechten opgebouwd. In vergelijking met de Grondwettelijke Hoven van de Arabische wereld, heeft zij zich opgeworpen als een onafhankelijke entiteit die niet passief toekijkt op de schending van de Grondwet.<sup>107</sup> Dit is opmerkelijk, gezien de traditie van autoritaire regeringsleiders in Egypte. Als Hoog Grondwettelijk Hof is zij ook de enige rechtbank bevoegd om het toenmalige artikel 2 van de Grondwet te interpreteren. In het algemeen kunnen we stellen dat het Hof heeft haar liberale traditie verder gezet en de invloed van de sharia gelimiteerd. Niettemin zijn er enkele uitspraken van het Hof waar we ons vragen bij kunnen stellen.

Toen het Hof zich voor het eerst moest uitspreken over hoe zij de rol van de sharia binnen de Grondwet zag, was dit dan een precaire evenwichtsoefening. Als het Hof wou vasthouden aan het principe van de eenheid van de Grondwet, dan moest het de sharia interpreteren in de lijn met de rest van de andere artikels, zoals de bescherming van de fundamentele rechten. Tegelijkertijd was het Hof ook bezorgd over haar publieke reputatie en het behoud van haar legitimering bij de grotendeels islamitische bevolking. Het stond dan ook weigerachtig om uitspraken te doen met betrekking tot de desbetreffende artikels. Het HGH verklaarde zich dan ook stevast onbevoegd bij de eerste arresten omdat het artikel 2 geen terugwerkende kracht toeschreef. Klachten op basis van wetten die dateerden van voor de grondwetswijziging van 1980 werden niet aanvaard. Het is dan ook pas op 4 mei 1985 dat het HGH haar eerste arrest ten gronde velt over de invloed van de sharia op het nationale recht. Het houdt vast aan het principe van de eenheid van de Grondwet en kent de principes van de sharia geen supra constitutionele waarde toe. Het Hof zoekt een balans tussen haar rol als bescherming van de fundamentele rechten en de islamisering van het recht. Door zich te inspireren op de modernere stromingen binnen de islam die de afgelopen eeuwen binnen Egypte en daarbuiten werden ontwikkeld, maakte het zich een methode eigen die zich inspireerde op de islam, maar toch de beginselen van de rechtsstaat behartigde. Door te verwijzen naar de *ijtihad*, een islamitische rechtsmethode om via redenering tot recht te komen, gaf het de staat een ruime discretionaire bevoegdheid.

#### 3.1. Sharia

De belangrijkste vraag die het HGH diende te beantwoorden was wat zij als de “principes van de sharia” zou beschouwen<sup>108</sup>. Het kwam reeds meermaals te sprake dat er niet iets bestaat als dé sharia, een wetboek met vaststaande principes. Het Hof dat gewoon was om te werken met gecodificeerde wetteksten, moest dan ook zelf interpreteren welke doctrine zij zou volgen.

In het Westen staan Mensenrechten- en grondwettelijke hoven staan vaak weigerachtig om te bepalen wat de voorschriften van een bepaalde religie juist inhouden.<sup>109</sup> Het gaat hier vaak om religieuze minderheden.

---

<sup>107</sup> JOHANSEN, B., “The Case of France and Egypt”, *The role of the judiciary in the protection of human rights*. Kluwer law international, 1997, 361-376.

<sup>108</sup> Voor een algemeen overzicht, zie BERNARD-MAUGIRON, N., “*La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*”, Bruylant, Brussel, 2003., HATEM ALY LABIB GABR, *The Interpretation of article two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court*; Vogel, F., “Conformity with Islamic Shari’a and Constitutionality under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison.”, *Democracy, the Rule of Law and Islam*, 525-544.

<sup>109</sup> In het arrest Syndicat Northcrest t. Amselem van 30 juni 2004 oordeelde het Hooggerechtshof van Canada op basis van een subjectief criterium om te oordelen of een praktijk al dan niet deel uitmaakt van de

Het HGH beschouwt zich daarentegen wel bevoegd om zelf te bepalen wat de principes van de sharia zijn en aldus vast te leggen wat de regels zijn die de gelovige moet volgen

Het is pas in 1985 dat het Hof zijn eerste uitspraak ten gronde velt over artikel 2. Een vrouw had beroep aangetekend, om het hoederecht over haar zoon te behouden in de gezinswoning. Het HGH onderscheidt in dit arrest twee soorten principes binnen de sharia, die het in latere arresten steeds weer zal herhalen. Ten eerste onderzoekt het Hof of er een mogelijk schending is van de principes die een metahistorische waarde hebben en die dus onveranderlijk zijn doorheen tijd en ruimte. In een tweede fase gaat ze na of er een schending is van de principes die gebaseerd zijn op menselijke redenering en die zich aanpassen aan de veranderlijke maatschappij.

**ABSOLUTE PRINCIPES-** Absolute principes zijn principes die een metahistorische waarde hebben en die onveranderlijk zijn doorheen tijd en ruimte.

Considérant que ce que la constitution a stipulé dans son article 2 après son amendement de 1980, et conformément à la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle, ne s'applique qu'à la législation promulguée après son entrée en vigueur, au titre de laquelle figurent les dispositions de la loi n°100 de 1985. Ceci a pour conséquence l'interdiction pour un texte législatif de contredire les règles de shari'a dont l'origine et la signification sont absolues (*al-akhâm al shari'iyya al qat'iyya fi thubûtihâ wa dalâtihâ.*), ces règles étant les seules pour lesquelles le raisonnement interprétatif (*ijtihâd*) n'est pas autorisé. Incarnant les principes fondamentaux (*kulliyya*) et les fondement fixes de la sharia islamique, elles sont immuables et n'admettent aucune exégèse (*ta'wîl*). Il est donc inconcevable que leur sens se modifie en fonction du temps et du lieu, dès lors qu'elles défont tout amendement et qu'il n'est pas permis de leur porter atteinte.<sup>110</sup>

Het zijn principes die duidelijk zijn op zich en die men niet meer kan en moet interpreteren. De principes behoeven geen verdere exegese (*ta'wîl*). Ze kunnen dus niet aangepast worden aan de tijd. De rol van het HGH met betrekking tot deze absolute principes is dan ook beperkt. Het kan enkel achterhalen welke deze principes zijn en het moet ervoor zorgen dat deze regels gerespecteerd zullen worden. Wetgeving die deze principes schendt, moet strijdig met de Grondwet verklaard worden.

De absolute principes moeten “*absoluut zeker zijn wat betreft hun authenticiteit en betekenis*”<sup>111</sup>. Het Hof stelt dus twee voorwaarden om principes uit de sharia vast te stellen. Ten eerste moet de geloofwaardigheid en echtheid van een tekst onderzocht worden. Vervolgens gaat ze na of de interpretaties die door islamitische rechtsgeleerden aan de tekst gegeven werden, gevolgd dienen te worden. Het Hof stelde dat ze de Koran als authentiek beschouwd. In principe zouden ook *hadith* absoluut zeker kunnen zijn wat hun authenticiteit betreft, maar het Hof laat niet in haar kaarten kijken om te bepalen of een *hadith* al dan niet authentiek zou zijn.<sup>112</sup> Deze onduidelijkheid hoeft niet te verwonderen als zelfs binnen de traditionele rechtsleer niet steeds duidelijk is welke *hadith* als authentiek (*sahîh*) beschouwd moeten worden.

---

geloofsbelijdenis. De persoon moet er oprecht van overtuigd zijn dat de praktijk deel uitmaakt van zijn geloof. In casu het bouwen van hutten voor het joodse Loofhuttenfeest. We vinden deze terughoudendheid ook terug bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

<sup>110</sup> HGH, 15 mei, 1993, N°7/8<sup>e</sup>.

<sup>111</sup> Door zich enkel te baseren op principes die absoluut zeker zijn wat betreft hun authenticiteit en betekenis, inspireert het HGH volgens BROWN EN LOMBARDI zich op de klassieke traditie en de geleerde Rida, maar volgen ze zijn theorie niet om te bepalen of een tekst al dan niet authentiek is. LOMBARDI, C.B., BROWN, J.B., “Do Constitutions Requiring Adherence to shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law”, *American International Law Review*, 2006, 418-419

<sup>112</sup> LOMBARDI, C.B., BROWN, J.B., “Do Constitutions Requiring Adherence to shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law”, *American International Law Review*, 2006, 419.

Hoewel het Hof dit principe al duidelijk heeft omschreven binnen haar rechtspraak, heeft het nog geen wetgeving nietig verklaard op basis van een algemeen principe, maar heeft het de principes steeds afgedaan als relatief. Het Hof heeft daarentegen wel in talrijke arresten absolute principes vernoemd, maar dit bijna steeds in de obiter dicta die geen invloed hebben op de eigenlijke beslissing van ongrondwettelijkheid.<sup>113</sup> Voorbeelden hiervan zijn: de onderhoudsverplichting van minderjarige kinderen die enkel op de vader rust, het recht van de moslimman om vier vrouwen te hebben, de verplichting van de vrouw om zich op bescheiden wijze te kleden en het recht van de gezagsdrager om hierover regels vast te leggen, de gehoorzaamheidsverplichting van de vrouw aan haar man, het verbod op woekkerrente.<sup>114</sup> Sommige van deze principes doen de wenkbrauwen fronsen, we komen hier dan ook later op terug.

RELATIEVE PRINCIPES- Het HGH maakt een duidelijk onderscheid tussen deze absolute onveranderlijke principes en de relatieve principes, die gebaseerd zijn op menselijke redenering (*ijtihâd*) en die zich aanpassen aan de veranderlijke maatschappij. Het is wachten op het arrest van 26 maart 1994 voor de verdere uitwerking van deze principes.

L'*ijtihâd* n'est rien d'autre qu'un effort intellectuel visant à déduire les règles pratiques de la sharia à partir de ses signes circonstanciés (*adilla tafsiliyya*). Il n'est donc pas possible qu'il se content d'imiter les prédécesseurs (*al-awallîn*), qu'il calomnie Dieu par le mensonge en posant des autorisations ou des interdictions sans fondement ou se détourne de la Révélation pour ce qui concerne les affaires des gens et ce qui est d'honorable dans leurs coutumes. Il s'agit d'utiliser le jugement de la raison (*hukm al-'aql*) lorsqu'il n'existe pas de texte, afin de parvenir à l'établissement des règles pratiques imposées par l'équité et la clémence de Dieu à Ses serviteurs. Cela est dû au fait que ces règles sont contenues dans la sharia islamique, dès lors que celle-ci n'est pas repliée sur elle-même et n'attribue pas de sacralité (*qudsiyya*) aux propos d'un quelconque des juristes dans l'une ou l'autre des matières la concernant et n'interdit pas qu'on l'interprète, qu'on l'évalue ou qu'on lui substitue une autre règle. Les opinions interprétatives n'ont pas en elles-mêmes de force obligatoire s'étendent à d'autres qu'à ceux qui les soutiennent. Il n'est donc pas permis de les considérer comme des règles fixes, immuables et incontestables, sinon ce serait nier la réflexion (*ta'ammul*) et la clairvoyance (*tabassur*) dans la religion du Dieu Très-Haut et ne pas admettre une vérité qui est que l'erreur est potentielle dans tout *ijtihâd*.<sup>115</sup>

Deze relatieve principes kunnen aanzien worden als afgeleide regels. Ze komen niet rechtstreeks uit de authentieke bronnen, maar vloeien hieruit voort op basis van de menselijke rede. Omdat deze regels geen goddelijke boodschap bevatten is deze intellectuele inspanning (*ijtihâd*) bijgevolg veranderlijk in de tijd. Het is dus toegelaten dat deze regels geherinterpreteerd en geëvalueerd worden en dat ze door andere regels vervangen worden. Deze regels vormen de hiaten op waarover geen tekst bestaat.

Omdat de noden van de maatschappij veranderlijk zijn, zijn ook deze regels onderhevig aan verandering. Ze zijn flexibel omdat ze een antwoord kunnen geven aan de evolutie van de gemeenschap. Het Hof voelt zich bij de interpretatie van de bronnen van de sharia dus niet gebonden door de traditionele islam.

Het Hof wijst de klassieke leer over de *ijtihâd* dus expliciet af:

Even among the companions (*sahaba*) of the Prophet, there were those who hesitated to give legal opinions out of fear! It is therefore correct to say that the *ijtihâd* of one of the classical Islamic jurists (*fuqâhâ'*) is not more authoritative than the *ijtihâd* of another. Perhaps the opinion with weaker support is the most appropriate of all for the changing circumstances,

<sup>113</sup> Een uitzondering hierop zijn de regels betreffende de erfenis, zie BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 392.

<sup>114</sup> Zoals aangetoond door BERNARD-MAGUIRON, voor verwijzing naar de specifieke arresten zie BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003, 392.

<sup>115</sup> HGH, 26 maart 1994.

even if it [this weaker opinion] violates the settled and established opinions of the past! This is the sharia in its roots and its sources, developing by necessity, rejecting rigidity. In matters where there is no [no scriptural] text [on point],

[...] it is left to the *wali al-amr* to legislate in a disputed matter<sup>116</sup>, referring to God and his prophet, praying in regard to that [matter] that the interests (*masâlih*) that are being considered are those [interests] which are appropriate (*munasib*) to the goals of the sharia (*maqâsid al-sharia*), and match them, being therefore, interests whose applications neither expire nor are limited, but are limited –in content and extent- in light of their changing circumstances.<sup>117</sup>

Waar volgens de traditionele islam de *ijtihâd* van een bepaald rechtsgeleerde meer waarde heeft als hij door andere geleerden wordt gevolgd, meent het HGH dat “*de mening met minder aanhang misschien wel de meest gepaste is gezien de veranderde omstandigheden*”. Het Hof verwijst hierbij naar de *ijtihâd* van de Metgezellen van de Profeet en de generatie geboren na zijn dood en de grote imams, die vaak de *ijtihâd* gebruikten om de regels aan te passen aan de veranderlijke belangen van de maatschappij. Daarom mag de wetgever er ook niet zo maar van uitgaan dat de redeneringen die in het verleden door juristen werden geformuleerd correct is. De wetgever moet dus zelf aan *ijtihâd* doen om de juiste betekenis van de teksten te achterhalen. Zolang hij zich houdt aan de doelstellingen van de sharia (*maqâsid al sharia*), is hij vrij om wetten aan te nemen. Deze theorie staat binnen de islamitische traditie bekend als de *siyâsa sha‘riyya*<sup>118</sup>

In het geval er geen absolute principes bestaan en er geen eensgezindheid is tussen de klassieke islamitische rechtsgeleerden, is het aan de wetgever<sup>119</sup> om haar wetgeving te formuleren op een manier die conform is aan de sharia. De wetgever heeft dus een grote discretionaire bevoegdheid om zelf te bepalen of de wetgeving voldoet aan de vereisten van de sharia is en aldus conform artikel 2 van de Grondwet is. Het Hof heeft dan ook in talrijke arresten de discretionaire bevoegdheid van de wetgever bevestigd en geweigerd zelf te oordelen of de wet conform de sharia is<sup>120</sup>.

BESPREKING- Het is duidelijk dat het Hof zich heeft laten inspireren door de moderne en traditionele opvattingen over islam maar vooral zijn eigen theorie uitgewerkt via (neo)-ijtihad om de principes van de sharia te verklaren met respect voor de eenheid van de grondwet.

Hiervoor breekt het Hof duidelijk met de traditionele opvattingen over de manier waarop men tot islamitisch recht kan komen. Voor het Hof is de Koran de voornaamste bron van principes van de sharia. In tegenstelling tot de traditionele procedure van islamitische rechtsvorming waarbij men via analogie (*qiyâs*) tot rechtsregels komt, staat het Hof een ruimere interpretatiemethode (een ruimere vorm van *ijtihâd*) toe. Volgens de traditionele

---

<sup>116</sup> Die zaken waar discussie over bestaat tussen de verschillende klassieke islamitische juristen.

<sup>117</sup> HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup>, Al-Mahkama, vertaald door BROWN, J.N. en LOMBARDI, C.B., “The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: an annotated translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No.8 of Judicial Year 17”, *American University International Law Review*, 21, p.437-460.

<sup>118</sup> Voor meer info zie infra.

<sup>119</sup> Het HGH gebruikt de islamitische term *wâlî al-amr* om de wetgever aan te duiden.

<sup>120</sup> In een arrest over een gescheiden vrouw die van haar echtgenoot compensatie kan eisen wanneer het huwelijk zonder haar toestemming is afgebroken, oordeelde het Hof de beslissing om een ondergrens, maar geen bovengrens in te stellen “*binnen de discretionaire bevoegdheid van de wetgever valt zolang deze de Grondwet niet schendt of yuhill bi-dawâbithu*” (HGH, 15 mei 1993, n°7/8<sup>e</sup>., In het arrest van 6 januari 1996 betreffende de huwelijkswoning oordeelde het HGH dat (tekst). In het arrest van 18 mei 1996 oordeelde het Hof betreffende het bedekken van het gezicht in openbare scholen oordeelde het Hof “*dat het aan de wali al-amr toekomt om wetten op te stellen over bediscussieerde zaken (waarover de rechtsgeleerden het niet eens zijn)*”, vertaling zie HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup>, vertaald door BROWN, J.N. en LOMBARDI, C.B., “The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: an annotated translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No.8 of Judicial Year 17”, *American University International Law Review*, 21, p.437-460.

regels gelden er strenge voorwaarden om aan *ijtihād* te mogen doen. De *mujtahid*, de islamitische rechtsgeleerde die aan *ijtihād* doet, moest een uitstekende kennis van de verzen en rechtsregels in Koran en soenna bezitten. Hij moet weten welke verzen zijn opgeheven (*nashkh*) en welke niet, hij moet respect tonen voor de mening van andere rechtsgeleerden en rekening houden met de consensus binnen de gemeenschap (*ijma*). De rechters van het Hof hebben geen islamitische opleiding genoten, maar zijn juridisch geschoold. Hoewel zij vertrouwt zijn met het islamitisch recht, voldoen ze niet aan de voorwaarden om aan *ijtihād* te mogen doen. Het Hof legt deze klassieke regels echter naast zich neer en ontwikkelde een eigen interpretatie van de Koran en van de soenna.<sup>121</sup>

### **3.2. Beperkingen van de invloed van de principes van de sharia.**

Het Hof heeft in verschillende arresten de reikwijdte van artikel 2 van de Grondwet beperkt. We gaan na welke redeneringen achter deze beperkingen zitten en of ze een bescherming kunnen bieden tegen schendingen van de fundamentele rechten en vrijheden. Hoewel de Wetgever van voor de revolutie bekend stond om zijn autoriteit en flauwe bescherming van de mensenrechten, was hij weinig geïnteresseerd om de bescherming van de mensenrechten te beknotten op basis van de sharia. Het Hof had in haar arresten dan ook voornamelijk te maken met arresten waarin de eiser de non-conformiteit van de wetgeving met de sharia aanvoerde. Het omgekeerde, waarbij de eiser meende dat de invloed van de sharia zijn fundamentele rechten en vrijheden aantastte, is niet voorgekomen. In verschillende arresten stelde het Hof dat artikel 2 geen retroactieve waarde heeft. Bijgevolg kan wetgeving voor 1980 niet aan een grondwettelijke toetsing met artikel 2 onderworpen worden. Verder bepaalde het Hof dat artikel 2 zich richt op de wetgever en niet tot de rechter, waaruit volgt dat de principes van de sharia niet rechtstreek in andere rechtbanken kan beoordeeld worden. Belangrijkst voor de bescherming van de mensenrechten is evenwel het feit dat de principes van de sharia geen supraconstitutionele waarde hebben. Hierdoor moet art. 2 worden geïnterpreteerd conform de andere rechten die door de grondwet beschermd worden.

#### **3.2.1. Non-retroactiviteit**

Het was reeds aangehaald dat het eerste arrest ten gronde over artikel 2 slechts werd uitgesproken op 4 mei 1985<sup>122</sup> Het HGH weigerde zich uit te spreken over wetten die voor de grondwetswijziging van 1980 waren ingevoerd. Enkel wetten of wetten die bekendgemaakt zijn na 22 mei 1980, dag dat de resultaten van het referendum over de amendering van de grondwet werden bekendgemaakt.<sup>123</sup> Ook wetten voorafgaand aan deze datum kunnen door aan een judiciële controle worden onderworpen mits zij geamendeerd zijn na deze

---

<sup>121</sup> Een voorbeeld hiervan is het arrest van 8 mei 1996 waarin het Hof verwijst naar de Metgezellen

<sup>122</sup> Voorheen bestond er wel het Hooggerechtshof van Egypte, maar dit Hof was geen lang leven beschoren wegens een slechte werking en hoge politisering (voor meer informatie over het Hooggerechtshof zie BERNARD-MAUGIRON, N., *“La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003, 43-50). Het Hoog Gronwettelijk Hof heeft zich duidelijk niet door dit Hof laten inspireren voor haar interpretatie van artikel 2. In tegenstelling tot het HGH bepaalde het Hooggerechtshof in het arrest van 3 juli 1976, n°10/5<sup>e</sup>, dat artikel twee wel een retroactief karakter heeft. Voor meer informatie zie BERNARD-MAUGIRON, N., *“La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003, 388.

<sup>123</sup> Samen met de amendering van de Grondwet van 1971 met betrekking tot artikel 2 werden ook de amendering van artikels 1, 4, 5 en 77 en een nieuwe titel met betrekking tot de Consultatieve raad en de pers goedgekeurd. (BERNARD-MAUGIRON, N., *“La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003,344)

bekendmaking. Dit is des te opvallender, omdat het Hof deze regel bij de andere grondwettelijke artikels niet volgt.<sup>124</sup>

Cela signifie que le pouvoir législatif, depuis la date d'entrée en vigueur de l'amendement à l'article 2 de la constitution, soit le 22 mai 1980, est tenu de veiller à ce que les nouvelles lois qu'il élabore ainsi que les amendements qu'il apporte aux lois antérieures à cette date soient conformes aux principes de la sharia islamique [...] L'obligation qui pèse sur le législateur de considérer les principes de la sharia islamique comme la source principale de la législation [...] s'étend qu'aux lois promulguées après la date de l'entrée en vigueur de cette obligation.<sup>125</sup>

Door de non-retroactiviteit van de geamendeerde Grondwet gaf het HGH zichzelf in de eerste plaats tijd om een doctrine te ontwikkelen over de sharia.<sup>126</sup> Gezien zijn lekenkarakter leek dit niet overbodig. Langs de andere kant werd deze stelling bekritiseerd omdat op deze manier het merendeel van de toenmalige wetgeving niet kon worden gecontroleerd en de draagkracht van artikel 2 gedurende de eerste jaren symbolisch bleek. Het Hof gaf niet toe aan het argument dat de islamitische wetgeving al langer bestond dan 1980, maar gewoon niet gecodificeerd was. Het steunde zijn stelling op de wil van de constituanten. In talrijke arresten werd dit principe bevestigd en verklaarde het Hof zich onbevoegd omdat de wet in kwestie de amendering van de grondwet voorafging.<sup>127</sup> Ook in recente arresten verklaarde het Hof zich onbevoegd.<sup>128</sup>

Hoewel dit artikel de invloed van de sharia fel verminderde<sup>129</sup>, is de redenering van het Hof opmerkelijk te noemen, zeker als men merkt dat het principe van de non-retroactiviteit niet bij andere rechten wordt toegepast.<sup>130</sup> Deze beslissing lijkt dan ook eerder een ad hoc redenering die werd gemaakt om de implicaties van artikel 2 uit te stellen. Volgens BERNARD-MAUGIRON zorgde dit arrest zorgde er dan ook voor dat de Wetgever niet snel geneigd was om wetgeving aan te passen. Elke aanpassing moet immers conform de sharia zijn.<sup>131</sup> De redenering van het Hof biedt dan ook geen duurzame oplossing. Ze zorgt wel voor een beperking van de invloed van de sharia wanneer de Wetgever niet geneigd is om de wetgeving te islamiseren. Daarenboven is reeds aangetoond dat enige invloed van de sharia niet per se negatief moet uitdraaien voor de bescherming van de mensenrechten. Tenslotte biedt deze redenering geen bescherming van de burger tegen de Wetgever die de wetgeving wil islamiseren ten koste van de bescherming van de mensenrechten vervat in de Grondwet.

---

<sup>124</sup> Zo heeft het Hof een aanzienlijk contentieux opgebouwd over het artikel 34 van de Grondwet van 1971 betreffende de bescherming van de private eigendom in verhouding tot wetten die ten tijde van Nasser waren verschenen.

<sup>125</sup> HGH, 4 mei 1985, n° 20/1<sup>e</sup>, vertaald door JACQUEMOND, Richard, "La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *AJJC*, IV, 1988, pp. 549-579.

<sup>126</sup> In eerste instantie kreeg het HGH dan ook de kritiek zich niet te willen uitspreken over de principes van de sharia, JACQUEMOND, op.cit., dix ans...

<sup>127</sup> Voor een overzicht van deze arresten zie BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte", Bruylant, Brussel, 2003. zie voetnoten 20 tot 45, 347-348 en DUPRET, BAUDUOIN, B., *Au nom du quel droit*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000; DUPRET, B., "What is Islamic Law?", *Theory, Culture and Society*, 2002, 76.

<sup>128</sup> HGH, 4 januari 2009, 223/19; HGH, 5 april 2009,

<sup>129</sup> Ondanks de vele revoluties die Egypte heeft gekend, is er nog steeds wetgeving die niet aangepast is na 1980. Een voorbeeld hiervan is het Burgerlijk Wetboek. In het arrest van verklaarde het Hof de vraag om over de conformiteit van de sharia van het Burgerlijk Wetboek onontvankelijk.

<sup>130</sup> Er is een uitgebreide rechtspraak van het Hof waarbij de socialistische wetgeving van Nasser wordt getoetst aan artikel 34 van de Grondwet waarbij het Hof een liberale interpretatie geeft aan deze oude wetgeving. (zie BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte", Bruylant, Brussel, 2003, 287-311).

<sup>131</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte", Bruylant, Brussel, 2003, 390.



### 3.2.2. Artikel 2 heeft geen directe werking

In hetzelfde arrest waarin het Hof de non-retroactiviteit van artikel 2 vervatte, ontkende het ook de directe werking en het dwingend karakter van de principes van de sharia.<sup>132</sup>

Het artikel richt zich tot de wetgever en niet tot de rechter met als gevolg dat de principes van de sharia niet rechtstreeks toegepast mogen worden binnen de rechtbanken. De rechter mag een bepaalde wet dus niet buiten beschouwing laten als hij meent dat deze de principes van de sharia schendt.<sup>133</sup> Deze bepaling heeft verstrekkende gevolgen voor de invloed van de sharia op de nationale wetgeving. Artikel twee plaatst de sharia ogenschijnlijk hiërarchisch boven alle andere wetgeving, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat ook de lagere rechtbanken uitspraken zouden kunnen doen op basis van de sharia. Deze stelling wordt afgeblokt door het Hof en de reikwijdte van artikel twee beperkt: alleen de Wetgever dient er voor te zorgen dat nieuwe wetten conform de sharia zijn en alleen het Hof kan de conformiteit met de sharia vaststellen. Dit heeft tot gevolg dat de rechtsonderhorige niet zomaar principes van de sharia kan invoeren. Hij kan enkel aanvoeren dat een wet die na 1980 werd ingevoerd, de principes van de sharia schendt. A fortiori kunnen principes van de sharia die een eventuele mensenrechtenschending zouden vormen, ook niet aangevoerd worden.

Een directe werking zou tot verstrekkende gevolgen kunnen geleid hebben. In zijn arrest maakt het Hof een redenering in het absurde:

“L’argument du requérant<sup>134</sup>, s’il était retenu, aboutirait non seulement à l’abrogation de toutes les législations antérieures contraires aux principes de la loi islamique dans les domaines civil pénal, social ou économique, mais obligerait aussi les tribunaux à appliquer aux litiges qui leur sont soumis des règles non codifiées à la place des loi abrogées, avec tous les risques que cela comporte de contradiction entre ces règles de contrariété entre les jugements et de déstabilisation [de l’ordre juridique].<sup>135</sup>

Het toekennen van een directe werking en een dwingend karakter zou de rechtszekerheid zeker niet ten goede komen. De principes van de sharia zijn ongeschreven en hun betekenis niet eenduidig (zie supra). We kunnen ons terecht afvragen wat de gevolgen waren geweest voor de verschillende takken van het recht moesten de principes van de sharia ook door de lagere rechtbanken worden toegepast. Dit is deels het geval bij de wetgeving omtrent het persoonlijke statuut.<sup>136</sup> Lagere rechtbanken zijn vaak sneller geneigd om de principes van de sharia toe te passen ten koste van de mensenrechten. Conservatieve rechters in lagere rechtbanken weigeren soms om nieuwe progressievere wetgeving toe te passen. In Egypte weigerde sommige conservatieve rechters de nieuwe vooruitstrevende wet betreffende het

---

<sup>132</sup> HGH, 4 mei 1985, n°20/1<sup>e</sup>, vertaald door JACQUEMOND, op.cit. Het ontkennen van directe werking werd ook door het Administratief Hooggerechtshof bevestigd in zijn arrest van 3 april 1982, n°339/27<sup>e</sup> en 10 juni 1982, n°1610/26, geciteerd door BERNARD-MAUGIRON, N., *“La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003,

<sup>133</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., *“La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003, 345.

<sup>134</sup> Het Azhar instituut argumenteerde in dit arrest dat de sharia wel directe werking zou hebben.

<sup>135</sup> HGH, 4 mei 1985, n°20/1<sup>e</sup>.

<sup>136</sup> De meeste geautoriseerde meningen binnen de Hanafietische school vormen een subsidiaire bron van recht wanneer de wet geen bepalingen bevat. Art. 280 van de wet n° 78/1938 en art. 6 en 7 van de wet n°462/1955, vervangen door art. 3 van de wet n°1/2000 (voor de tekst van art. 3 zie voetnoot 31)

persoonlijk statuut, de zogenaamde 'Jihân-wet' of 'Mevrouw Sadat'-wet toe te passen.<sup>137</sup> Voornamelijk het artikel waarin polygamie automatisch schadelijk voor de echtgenote werd geacht, werd fel bediscussieerd.<sup>138</sup> Dezelfde problematiek ontstond bij de de khul'-wet<sup>139</sup> (wet n°1/2000). Rechters maken gebruik van de open normen in de wet om de scheiding te bemoeilijken.<sup>140</sup>

### 3.2.3. De principes van de sharia hebben geen supraconstitutionele waarde

Reeds voor het Hof het eerste arrest over artikel 2 van de Grondwet van 1971 velde, had het reeds in talrijke arresten een mogelijke hiërarchie tussen de grondwettelijke artikels verworpen.<sup>141</sup> Volgens het Hof vormen de bepalingen van de Grondwet een organieke eenheid. Alle bepalingen maken deel uit van een groter geheel en dienen als dusdanig te worden verklaard. De Grondwet van 1971 bevatte geen bepalingen die een onderlinge hiërarchie tussen de verschillende bepalingen vaststelde. In zijn rechtspraak stelt het Hof dat *"de Grondwet geen onderscheid maakt tussen de rechten die ze garandeert"*.<sup>142</sup> Alle rechten hebben dus een gelijke intrinsieke waarden en formeel gezien zijn er geen rechten die belangrijker zijn dan andere. De bepalingen Grondwet vormen één geheel met de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden als één van de voornaamste doelen. De bepalingen van de Grondwet staan op gelijke voet. Het ene recht kan het andere dus niet schenden, *"de bepalingen van de Grondwet kunnen niet van hun doelstelling gescheiden worden en moeten toegepast worden alsof ze onderling afhankelijk zijn en elkaar aanvullen"*.<sup>143</sup> Dit impliceert evenwel niet dat de bepalingen geen eigen invulling hebben, maar hun eigen betekenis mag hen niet afzonderen van de andere bepalingen. *"Elke bepaling heeft een bepaalde inhoud, onafhankelijk van de andere [bepalingen], zonder dat deze onafhankelijkheid leidt tot een isolement"*.<sup>144</sup> Mogelijke conflicten tussen de verschillende rechten worden uitgelegd op een manier waardoor de Grondwet een geheel vormt. De stelling dat de mensenrechten "één en ondeelbaar" zijn, werd ook op internationaal niveau bevestigd<sup>145</sup>. Ook het Europees Hof van de Rechten van de Mens

---

<sup>137</sup> wet n°44/1979. Volgens deze wet kan een vrouw scheiden louter omwille van het feit van het nieuwe huwelijk van haar man. Deze wet werd ongrondwettelijk verklaard door het HGH omwille van procedurele redenen. Hij wordt vervangen door de wet n°100/1985.

<sup>138</sup> KRUIJS VOORBERGE, N., "De nieuwe Egyptische wet op het personeel statuut." *Recht van de Islam* 5, 1987, 7.

<sup>139</sup> Deze wet behandelt zowel procedurele als materiële aspecten van de persoonlijke rechtspositie. De grootste vernieuwing van deze wet is de invoering van de *khul'* die een eenzijdige echtscheiding door de vrouw mogelijk maakt wanneer zij afziet van al haar financiële rechten (art. 20). In tegenstelling tot de voorgaande wetgeving moet de echtgenote haar verzoek niet rechtvaardigen en de rechter kan het haar verzoek niet weigeren. In tegenstelling tot de echtscheidingsprocedure van de wet van 1929 zijn de financiële lasten voor de echtgenote zwaar. Ze moet afstand doen van het alimentatiegeld (*nafaqa*) of enige andere financiële compensatie (*mut'a*), zij moet tevens de bruidsschat teruggeven

<sup>140</sup> SONNEVELD, N., *Khul' divorce in Egypt: public debates, judicial practices, and everyday life*, onuitg. doctoraatsthesis Maatschappij- en gedragswetenschappen, Universiteit van Amsterdam, 2009, 250.

<sup>141</sup> JOHANSEN, B., "The Case of France and Egypt", *The role of the judiciary in the protection of human rights*. Kluwer law international, 1997, 361-376.

<sup>142</sup> HGH, 16 mei 1992, n°6/13<sup>e</sup>.

<sup>143</sup> HGH, 16 mei 1987, n°131/6<sup>e</sup>.

<sup>144</sup> HGH, 4 januari 1992, n°22/8<sup>e</sup>.

<sup>145</sup> Voorbeelden zie Article 1(a) van de Resolutie 32/130 van de Algemene Vergadering van de VN, "Alternative approaches and ways and means within the UN system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms" (16 December 1977); Preambule van Resolutie 41/117; Preambule en art. 6(2) van de UNGA Resolutie 41/128, *Declaration on the Right to Development* (December 1986). Verklaring van Wenen, aangenomen op 25 juni 1993 door de Tweede VN-Wereldconferentie inzake Mensenrechten, par. 5: 'Alle rechten van de mens zijn universeel, ondeelbaar, onderling afhankelijk en nauw met elkaar vervlochten'

beschouwd de mensenrechten als één geheel, wat bevestigd werd door de Grote Kamer in *Demir en Baykara t. Turkije*.<sup>146</sup>

De verwoording van artikel 2 -*de sharia is de voornaamste bron van wetgeving*- laat uitschijnen dat dit artikel boven de rest van de wetgeving staat. Zulke interpretatie zou haaks staan op de eenheid en ondeelbaarheid van de Grondwet die het HGH nastreeft. Het Hof interpreteerde artikel 2 dan ook in de lijn van dit principe en kent de principes van de sharia geen supraconstitutionele waarde toe. In het eerste arrest<sup>147</sup> dat ten gronde oordeelt over artikel 2, preciseerd het Hof dat de verplichting die op de Egyptische wetgever rust om rekening te houden met de principes van de sharia, beperkt wordt door de andere bepalingen van de grondwet.

Cela signifie que le pouvoir législatif [...] que les nouvelles lois qu'il élabore ainsi que les amendements qu'il apporte aux lois antérieures à cette date soient conformes aux principes de la sharia islamique, sans que pour autant elles ne portent atteinte aux règles et limites que les autres dispositions constitutionnelles imposent au législateur dans l'exercice de ses fonctions. Ce sont ces dernières, ainsi que la nouvelle limitation, qui délimitent le cadre dans lequel la Haute Cour constitutionnelle exerce son contrôle juridictionnel.<sup>148</sup>

In het arrest van 4 mei 1985 maakt het Hof duidelijk dat de wetgever bij het conformeren van wetgeving aan de principes van de sharia, binnen het kader van de grondwetsbepalingen moet blijven.

Tot op heden heeft het Hof zich niet moeten buigen over een conflict tussen artikel 2 en een grondwettelijk recht.<sup>149</sup> Het is enigszins verbazend dat dergelijk conflict zich nog niet heeft voorgedaan. De oorzaak hiervan lijkt eerder politiek en sociologisch dan juridisch en ligt bijgevolg niet binnen het kader van deze thesis. Toch kunnen we kort volgende hypothese stellen. In de constitutionele geschiedenis van Egypte is er maar korte tijd van een islamitische partij aan de macht geweest.<sup>150</sup> Het Mubarak-regime liet de islamisering slechts toe onder grote druk van de Moslimbroeders en om de sterk islamitische bevolking van Egypte tegemoet te komen. Het zag de islamisering niet echt als een doel op zich. Dit blijkt duidelijk uit de afwijzing in de jaren '80 van de voorstellen van de commissie die moest toezien op de islamisering van de wetgeving naar aanleiding van artikel twee.<sup>151</sup> De wetgeving die tijdens het Mubarak-regime tot stand kwam was ook redelijk progressief.<sup>152</sup> Een tweede mogelijke oorzaak moeten we zoeken in de Egyptische samenleving zelf, waar geen gewoonte leeft voor vrouwen om naar de rechter te stappen. Vrouwen zijn vaak te afhankelijk om voor de kosten op te draaien, kennen hun rechten niet of vinden geen steun

---

<sup>146</sup> "§66...The Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions", EHRM, 12 november 2008, n°34503/97.

<sup>147</sup> HGH, 4 mei 1985, vertaald door JACQUEMOND, Richard, "La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *AJJC*, IV, 1988, pp. 565-569.

<sup>148</sup> HGH, 4 mei 1985, n° 20/1<sup>e</sup>

<sup>149</sup> HGH, 7 maart 1992 n°37/7<sup>e</sup>

<sup>150</sup> President Morsi, van de Partij van de Vrijheid en Rechtvaardigheid, de politieke tak van de Moslimbroeders, was aan de macht van 30 juni 2012 tot 3 juli 2013.

<sup>151</sup> KEPEL, G. *Muslim Extremism in Egypt: The Prophet and Pharaoh*, Berkeley, University of California Press, 247-249.

<sup>152</sup> Voorbeeld hiervan is de wet n°100/1985 betreffende het persoonlijk statuut. Art. 11 geeft het recht van de vrouw om de scheiding te bekomen wanneer haar echtgenoot een andere vrouw trouwt, op voorwaarde dat ze bewijst een materieel of moreel nadeel geleden heeft door dit huwelijk, welke het huwelijksleven onmogelijk maakt. Art. 11 bis geeft de "ongehoorzame" vrouw de mogelijkheid een verzoeningsprocedure op te starten die kan leiden tot de scheiding. Deze wet werd vervangen door de nog progressievere wet n°1/2000, ook wel de khul'wet genoemd. Een ander voorbeeld is de het Wetboek van Koophandel van 1999, hoewel het alle moderne financiële transacties regelt, is het toch conform de principes van de sharia verklaard.

in hun omgeving.<sup>153</sup> Dit toont aan dat ook het sociale draagvlak voor de verschillende mensenrechten vergroot moet worden. Niettemin blijft een juridisch kader essentieel alvorens men de problematiek op sociologisch vlak wil aanpakken.

## Conclusie

Al sinds 1980 bepaalde de Grondwet dat de principes van de sharia de voornaamste bron van wetgeving vormen. Het was dus lange tijd onduidelijk wat de concrete gevolgen zouden zijn van artikel 2. De Grondwet van 1971 liet veel vrijheid over aan het Hoog Grondwettelijk Hof om te bepalen hoe de principes van de sharia dienden te worden ingevuld. Wegens de diversiteit en dynamiek die binnen de islam bestaat was het niet duidelijk wat de mogelijke conflicten tussen sharia en mensenrechten zouden zijn. Het Hof beschouwt zich als enige rechtbank bevoegd om de principes van de sharia vast te leggen, maar heeft lang gewacht om zich een eerste maal uit te spreken over de principes van de sharia. Door zich te inspireren op de modernere stromingen binnen de islam die de afgelopen eeuwen binnen Egypte en daarbuiten werden ontwikkeld, maakte het zich een methode eigen die zich inspireerde op de islam, maar toch de beginselen van de rechtsstaat behartigde.

In zijn arresten onderscheidt het Hof twee soorten principes: absolute en relatieve. Absolute principes zijn principes die een metahistorische waarde hebben en die onveranderlijk zijn doorheen tijd en ruimte. Het zijn principes die duidelijk zijn op zich en die men niet meer kan en moet interpreteren. De andere principes van de sharia zijn relatief, ze zijn gebaseerd op menselijke redenering (*ijtihad*) en kunnen worden aangepast aan de veranderlijke maatschappij.

Het Hof heeft de invloed van artikel 2 op verschillende manieren beperkt. Ten eerste had artikel 2 geen terugwerkende kracht. Dit betekent dat wetgeving die voor 1980 werd bekendgemaakt, niet aan de principes van de sharia kan worden getoetst. Het lijkt hier dus eerder om een uitstel te gaan dan om een effectieve manier om de invloed van de sharia te beperken. Tegelijk maakt dit beginsel duidelijk dat het lang kan duren vooraleer een aanpassing van artikel 2 in een nieuwe Grondwet effect zal hebben. Ten tweede richten de principes van de sharia zich tot de Wetgever en hebben ze bijgevolg geen directe werking. Ze kunnen niet voor de gewone rechter ingeroepen worden. Lagere rechtbanken – die vaak zijn sneller geneigd om de sharia te interpreteren ten koste van de mensenrechten- worden op deze manier verhinderd recht te spreken op basis van de sharia.. Ten derde bepaalde het Hof dat de principes van de sharia geen supraconstitutionele waarde hebben. Volgens het Hof vormen de bepalingen van de Grondwet een organieke eenheid. De principes van de sharia maken hier ook deel van. Tot op heden heeft het Hof zich nog niet moeten buigen over een conflict tussen artikel 2 en een grondwettelijk recht.

Hoewel deze theorie die de sharia op een moderne manier interpreteert van belang is voor de bescherming van de mensenrechten, heeft het Hof al verschillende absolute principes afgeleid uit de rechtspraak. Maar er werd nog nooit wetgeving ongrondwettelijk

---

<sup>153</sup> “Most cases go unreported for a plethora of reasons that stem from discriminatory gender stereotypes, the lack of women’s awareness of their rights, social and family pressures to remain silent, discriminatory legislation and women’s economic dependence. Even when women do surmount these obstacles and turn to state institutions for protection, justice and reparation, they are often confronted with dismissive or abusive officials who fail to refer cases to prosecution or trial, and lengthy and expensive court proceedings if they want to get divorced. Women who do manage to obtain a divorce then face the likelihood that court orders for child support or spousal maintenance will not be enforced.” (ALTAHAWI, D., EGYPT-TIME-TO-ADDRESS-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN-IN-ALL-ITS-FORMS “Egypt: Time to address violence against women in all its forms”, Wire, (<http://livewire.amnesty.org/2013/06/06/egypt-time-to-address-violence-against-women-in-all-its-forms/>))

verklaard wegens schending van een absoluut principe. Het Hof heeft een moderne opvatting van *ijtihâd* die veel ruimte geeft aan de Wetgever.

#### 4. Kritiek op het Hof

De interpretatiemethode van de principes van de sharia heeft heel wat stof doen opwaaien, zowel binnen Egypte als internationaal. ISSA is van oordeel dat Hof teveel juridische waarde toekent aan de sharia. Hij vreest daarenboven dat de non-retroactieve interpretatie de Staat zal verhinderen nieuwe wetgeving aan te nemen. HIRSCHL poneren dat het Hof geneigd is om de belangen van de economische elite te behartigen. Het HGH heeft artikel 2 gebruikt om zijn seculier beleid door te zetten.<sup>154</sup> Anderen zoals ABDELAAL weerleggen dit. Volgens hem is de rechtspraak van het Hof geen poging is om het islamitische recht te seculariseren. Volgens hem kan “de methodologie [...] gezien worden als een manier om de islamitische regels te herinterpreteren zodat ze tegemoetkomen aan de noden van de moderne tijd en maatschappij”.<sup>155</sup> Vanuit islamitische hoek komt de opmerking dat de sharia wel supraconstitutionele waarde toegekend en boven de andere wetgeving staat. De gewone rechter mag geen wetten toepassen die de sharia schenden.

De link naar de bescherming van de mensenrechten wordt niet vaak gelegd. Volgens LOMBARDI en BROWN<sup>156</sup> heeft het Hof een evenwicht kunnen vinden tussen geloof en rechtstaat. Dankzij een flexibele interpretatie van de sharia kon het Hof haar liberale leer en de bescherming van de door haar beschermde mensenrechten vrijwaren. Mensenrechten dienen om het algemene belang van de maatschappij te beschermen. Door het algemeen belang als een belangrijke bron van islamitisch rechts te beschouwen, zijn de mensenrechten dus consistent met de sharia. Een wet die de mensenrechten belemmert, schendt het algemene belang en is dus niet consistent met de sharia.

De methodologie die Hof hanteert bij de interpretatie van de principes van de sharia is van belang voor de legitimatie van het Hof. Als de methodologie als islamitisch wordt aanvaard zal men meer geneigd zijn om de principes die door het Hof uit de sharia worden afgeleid aanvaarden. Het Hof speelt dus een belangrijke rol bij de verzoening van de sharia met de mensenrechten.

##### 4.1. Grote beoordelingsmarge

Als we kijken naar de jurisprudentie van het Hof dan zien we dat de Grondwet te weinig waarborgen biedt om een sluitende bescherming van de mensenrechten te bieden. Het Hof heeft een enorm grote vrijheid om de algemene principes uit de islam af te leiden. De methodologie is niet steeds duidelijk. De ene keer verwijst zij naar de Koran en soenna om haar stelling te legitimeren, een andere keer stelt zij simpelweg dat er geen absoluut principe is zonder verdere redenering<sup>157</sup>. voor In het verleden heeft het Hof de sharia altijd op een

---

<sup>154</sup> HIRSHL, R., “Constitutional Courts v. Religious Fundamentalism, *Texas Law Review*, 1825.

<sup>155</sup> ABDELAAL, M.A., “Religious Constitutionalism in Egypt: a case study. *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2013, 43.

<sup>156</sup> LOMBARDI, C.B., BROWN, J.B., “Do Constitutions Requiring Adherence to shari’a Threaten Human Rights? How Egypt’s Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law”, *American International Law Review*, 2006,

<sup>157</sup> Ter vergelijking: in het arrest HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup> naar de Koran en zelfs naar de Soenna. In het arrest HGH, 9 april 2006, n°297/25<sup>e</sup>, stelt het Hof gewoon vast dat er geen absoluut principe is zonder te verwijzen naar Koran noch soenna. De sharia bevat geen principe, absoluut in oorsprong en betekenis, dat de Wetgever (*wali al-amr*) het bepalen van lijfstraffen voor bepaalde misdrijven verbiedt. Er is onenigheid over de soort, de aard en de hoeveelheid van de straf. Net als over verhouding van de straf tot de ernst van het misdrijf of [wat de verhouding moet zijn] in het geval van bijkomende omstandigheden, als er bij het plegen een intentie van terugtrekking of stopzetting was.

liberale manier geïnterpreteerd die weinig problemen opleverde om een adequate bescherming van de mensenrechten te bieden. Vanuit een democratisch standpunt is een te grote beoordelingsmarge door een grondwettelijk hof echter negatief. Op deze manier spelen rechters een te grote rol in het islamiseringsdebat. Ten tweede kan deze beoordelingsvrijheid zich ook tegen de bescherming van de mensenrechten keren. Het is in theorie mogelijk dat de rechters van het Hoog Grondwettelijk Hof in de toekomst een meer islamitische visie op de Grondwet zullen hebben. De Egyptische rechtelijke macht kent ook rechters die eerder neigen naar islamisme dan liberalisme. Om de interpretatiemarge van het Hof te verkleinen doet LOMBARDI een voorstel gebaseerd op de CHEVRON-rechtspraak<sup>158</sup>. Wanneer een regel prima facie in overeenstemming lijkt met de principes van de sharia, dan moeten de rechters geen eigen interpretatie ontwikkelen die hiervan verschilt maar gewoon zien of de beslissing redelijkerwijs in overeenstemming is met het principe. Slechts in twijfelgevallen zou er een onderzoek in extenso moeten gebeuren.<sup>159</sup>

Dergelijke manier lijkt op het eerste zich effectief om te voorkomen dat het Hof een te brede beoordelingsmarge hanteert bij het afleiden van de principes van de sharia. Toch lijkt het in vergelijking met administratieve maatregelen moeilijker om te beoordelen wanneer iets 'prima facie' in overeenstemming is met de principes van de sharia. Welke inhoud zou men dan aan de sharia moeten geven? Neemt men als criterium de 'redelijke Egyptische moslim'? Zal de klassieke sharia het criterium zijn? Gaat men rechtsvergelijkend met de andere islamitische staten? Daarenboven lijkt de methode ontoereikend voor een effectieve bescherming van de mensenrechten. Wat als er na een prima facie test de wetgeving de toets doorstaan heeft, maar hij desalniettemin de internationale mensenrechten schendt? Als de vrouw het recht krijgt om te scheiden zonder dat zij een nadeel moet aantonen, dan lijkt dit prima facie de principes van de sharia te schenden. De gedachte dat moslima's niet mogen scheiden leeft nog onder veel moslims<sup>160</sup>.

#### **4.2. Absolute principes die de mensenrechten schenden**

Zelfs als het Hof op het vlak van familierecht wel in extenso zou onderzoeken of de wetgeving de principes van de sharia niet schendt -zoals LOMBARDI voorstelt- dan vallen sommige principes nog steeds niet te rijmen met de mensenrechten. In het verleden heeft het Hof reeds geoordeeld dat het een absoluut recht is voor een man om vier vrouwen te hebben.<sup>161</sup> Prima facie lijkt dit ook een principe van de islam. Ongeveer een kwart van de mannelijke bevolking heeft een polygaam huwelijk.<sup>162</sup> In vele Arabische landen is polygamie toegestaan.<sup>163</sup> Volgens het CEDAW is dit echter een schending van de mensenrechten. Het aantal principes is momenteel nog beperkt en tot aan de revolutie heeft het Hof nog nooit

---

<sup>158</sup> Zie *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Het betrof een zaak waarin het Hoogerechtshof van de VS zijn doctrine over administratieve wetgeving uiteenzette. Het Hof zette in dit arrest een methode uiteen om na te gaan of het de interpretatie door een staatsagentschap van de wetgeving zou volgen.

<sup>159</sup> LOMBARDI, C.B., "Islamic law as a source of constitutional law in Egypt: The constitutionalization of the Sharia in a modern Arab state." *Columbian Journal of Transnational Law*, 1998, 115.

<sup>160</sup> SONNEVELD, N., *Khul' divorce in Egypt: public debates, judicial practices, and everyday life*, onuitg. doctoraatsthesis Maatschappij- en gedragswetenschappen, Universiteit van Amsterdam, 2009, 212

<sup>161</sup> arrest van 14 augustus 1994

<sup>162</sup> Volgens het Nationale Centrum voor Sociologische en Criminologisch Onderzoek (NCSCR) <http://weekly.ahram.org.eg/2004/679/li1.htm>. De cijfers konden niet geverifieerd worden maar duidelijk is dat polygame huwelijken in Egypte nog bestaan. Zie ook SONNEVELD, N., *Khul' divorce in Egypt: public debates, judicial practices, and everyday life*, onuitg. doctoraatsthesis Maatschappij- en gedragswetenschappen, Universiteit van Amsterdam, 2009, 250.

<sup>163</sup> Voor een overzicht zie ABU-SAHLIEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008, 95-99.

een wet afgekeurd op basis van een absoluut principes. Het Hof oordeelt wel dat deze principes 'een metahistorische waarde hebben en onveranderlijk zijn doorheen tijd en ruimte', lijkt een conflict tussen deze principes en de internationale mensenrechten onoverkomelijk. Er moet dus een manier gevonden om dergelijke principes te voorkomen.

### **4.3. En wat met een islamitisch wetgever?**

Tenslotte werd de huidige methodologie van het Hof ook nog niet geconfronteerd met een islamistische Wetgever. Hoewel de huidige toestand in Egypte tumultueus is, blijven islamistische partijen een grote rol spelen in de politiek van het land. Voorheen moest het Hof zich voornamelijk buigen over wetgeving die reeds gebaseerd was op een liberale interpretatie van de sharia waardoor de wetgeving meestal werd getoetst op de vraag of de wetgeving wel in overeenstemming was met de islamitische principes. Het Hof heeft zich nog niet over een conflict moeten buigen tussen artikel 2 en een fundamenteel recht. Hoe zal het Hof reageren op deze nieuwe Wetgever. Uit de rechtspraak van artikel 2 blijkt dat de discretionaire bevoegdheid die het Hof aan de wetgever heeft gegeven om de wetgeving aan te passen aan de principes van de sharia groot is. Het Hof heeft in verschillende arresten bepaald dat het aan de wetgever toekomt om te bepalen of een regel conform de sharia is. Het prerevolutionaire regime onder Mubarak stond bekend om zijn liberale interpretatie van de islam, waardoor dit geen problemen opleverde. Blijft artikel 2 behouden, zoals ten tijde van het regime van Morsi was, dan rijst de vraag hoe het HGH zal reageren als de wetgever, als deze islamistisch is, deze discretionaire bevoegdheid gebruikt om strengere islamitische wetgeving te formuleren.



## Deel IV. Naar een betere bescherming van de mensenrechten in de nieuwe Grondwet van Egypte

De huidige poging van het Hoog Grondwettelijk Hof om de principes van de sharia te verzoenen met de moderne rechtsstaat volstaat niet om een effectieve bescherming aan de mensenrechten te geven. De beoordelingsmarge van het Hof bij het bepalen van de principes zorgt ervoor dat er geen garantie is dat de interpretaties die het Hof aan de sharia geeft conform de mensenrechten zal zijn. Willen we zekerheid dat het Hof de sharia interpreteert op een manier conform de mensenrechten, dan dienen verdere waarborgen te worden ontwikkeld. Een mogelijke oplossing zou binnen de Grondwet zelf kunnen worden gevonden. Het Hof heeft in het verleden al geoordeeld dat de Grondwet een organieke eenheid vormt en dat zelfs artikel 2 hier niet boven staat. Het Hof moet deze verbondenheid meer benadrukken en mag visies van de sharia die niet stroken met deze rechten, niet aanvaarden. In het verleden is een conflict tussen een fundamenteel recht en een principe van de sharia nog niet opgeworpen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft daarentegen wel een uitgebreide rechtspraak over conflicterende rechten waarbij het benadrukt dat de essentie van het recht niet mag worden geschonden. Het spreekt voor zich dat een dergelijke theorie enkel werkt wanneer er een goede bescherming van de basisrechten is.

### 1. Een aangepaste koers

#### 1.1. Systematische interpretatiemethode

##### 1.1.1. Afweging

Hebben we het over de principes van de sharia, dan moeten we een onderscheid maken tussen de absolute en relatieve principes hiervan. De absolute principes van de sharia zijn “*absoluut zeker wat betreft hun authenticiteit en betekenis*”<sup>164</sup>. Deze absolute principes worden via artikel 2 deel van de Grondwet, waardoor we kunnen aannemen dat wetgeving die deze principes schendt, strijdig met de Grondwet is.<sup>165</sup> In de meeste gevallen besluit het Hof dat de authenticiteit en betekenis van een principe van de sharia relatief is.<sup>166</sup> Het principe is dan gebaseerd op menselijke redenering (*ijtihād*) en kan aangepast worden aan de veranderlijke maatschappij. De Wetgever heeft in deze gevallen een discretionaire bevoegdheid om de principes zelf in te vullen. Een wet die door de Wetgever conform de sharia wordt beschouwd, is in overeenstemming met de sharia zolang hij geen absoluut principe schendt. De relatieve principes maken bijgevolg geen deel uit van de Grondwet.

---

<sup>164</sup> Door zich enkel te baseren op principes die absoluut zeker zijn wat betreft hun authenticiteit en betekenis, inspireert het HGH volgens BROWN EN LOMBARDI zich op de klassieke traditie en de geleerde Rida, maar volgen ze zijn theorie niet om te bepalen of een tekst al dan niet authentiek is. Lombardi, C. B., and Brown, N.J., "Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights-How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law." *American University. International Law Review*, 2005, 418-419.

<sup>165</sup> Het Hof heeft nog geen wetgeving ongrondwettelijk verklaard omdat deze een absoluut principe van de sharia zou schenden. Wel werden er al absolute principes uit de sharia afgeleid in de overwegingen van het Hof.

<sup>166</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., “*La politique à l’épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruylant, Brussel, 2003, 342-380.

Absolute en relatieve principes worden dus op een andere manier in het positief recht geïmplementeerd. Absolute principes worden beschouwd als deel van de Grondwet en relatieve principes als deel van de wetgeving. Bijgevolg is er ook een verschillende aanpak nodig met betrekking tot de bescherming van de mensenrechten. Wetgeving die volgens de Wetgever conform de sharia is, kan als wetgeving worden getoetst aan de Grondwet. Er is immers geen wetgeving die dit verbiedt. Wanneer een 'islamitische' wet<sup>167</sup> de Grondwet zou schenden, dan kan de wet in voorkomend geval worden aangevochten. Juridisch gezien heeft het Hof dan de bevoegdheid om deze wetgeving ongrondwettelijk te verklaren ongeacht artikel 2 omdat het om gewone wetgeving gaat. De wetten maken immers geen deel uit van de Grondwet in tegenstelling tot de absolute principes. Het ongrondwettelijk verklaren van deze wetgeving kan gelegitimeerd worden omdat de Wetgever een interpretatie aan de sharia moet geven, die conform de Grondwet en dus conform de fundamentele rechten moet zijn. Het Hof – dat als enige de bevoegdheid heeft om de principes van de sharia te interpreteren – zou zich kunnen verantwoorden door op te werpen dat de Wetgever van zijn discretionaire bevoegdheid geen misbruik mag maken en een interpretatie aan de sharia moet geven die met de fundamentele rechten conform is.

Wanneer in de toekomst de Wetgever 'islamitische wetgeving' wil invoeren, moet hij dus zien dat deze in overeenstemming is met de fundamentele rechten van de Grondwet. Op die manier kan worden voorkomen dat islamitische wetgeving, net zoals andere wetgeving, de grondrechten niet schendt. Daarom moet ook in de toekomst worden voorkomen dat wetgeving die op de principes van de sharia gefundeerd wordt, een aparte behandeling zou krijgen.

Dergelijke redenering gaat niet op voor de absolute principes. Ten eerste vormen zij geen deel van de wetgeving, maar kunnen we ze via artikel 2 als deel van de Grondwet beschouwen. In feite kunnen we ze beschouwen als het ruimer kader waarbinnen de andere wetgeving zich vormt, net zoals het natuurrecht dat binnen de Europese traditie heeft gespeeld.

Par le biais de la jurisprudence de la Haute cour constitutionnelle, inévitablement amenée à se situer dans le champ de la charī'a dès lors qu'il lui revient d'interpréter l'article 2 de la Constitution, droit positif et charī'a évoluent vers une situation d'interrelation accrue. Leur coexistence ne semble plus tant pouvoir s'analyser en termes de parallélisme qu'en termes de compénétration. Si le droit positif représente un corpus de règles contraignantes applicable en un lieu et un moment donnés, il est aussi le fruit d'un processus de formalisation consacré. En ce sens, une norme trouvant son fondement dans la charia peut très bien suivre le processus de "positivisation". Inversement, le propre d'un ordre normatif d'inspiration religieuse – d'ailleurs, de ce qu'on appelle le "droit naturel" – est de fournir un cadre qu'il est interdit d'outrepasser du fait de son référent transcendant.<sup>168</sup>

Dit heeft twee belangrijke implicaties voor de bescherming van de fundamentele rechten. Ten eerste kunnen de absolute principes juridisch niet aangevochten worden omdat ze deel uitmaken van de Grondwet. Ten tweede moeten de absolute principes in overeenstemming zijn met de Grondwet omdat deze zichzelf niet kan tegenspreken. De Grondwet is immers een organiek geheel wat door het Hof in het verleden al talrijke keren werd bevestigd. In zijn rechtspraak oordeelde het dat *"de Grondwet geen onderscheid maakt tussen de rechten die*

---

<sup>167</sup>De term islamitische wet wordt hier gebruikt als een wet die door de Wetgever wordt gebaseerd op de principes van de sharia.

<sup>168</sup>DUPRET, B., "La charī'a est la source de la législation": interprétations jurisprudentielles et théories juridiques", *Annuaire de l'Afrique du Nord*, CNRS Editions, 130.

ze *garandeert*'.<sup>169</sup> Het Hof oordeelde dat de rechten elkaar aanvullen<sup>170</sup>. Hoewel de verwoording van het voormalige artikel 2 deed uitschijnen dat principes van de sharia boven de grondwet zouden staan, beschouwt het Hof deze principes als deel van de organieke eenheid van de Grondwet.<sup>171</sup> De artikels van de Grondwet worden verklaard op een manier alsof ze samen een coherent deel vormen.

Cette methode insiste donc sur le fait que chacun des articles ou principes abstraits doit être appliqué et interprété de façon de former un tout cohérent sur le plan des principes avec les interprétations acceptées pour d'autres parties de la Constitution.<sup>172</sup>

Omdat het Hof deze eenheid van de Grondwet heeft benadrukt, lijkt het onmogelijk dat zij een interpretatie van de Grondwet afleidt die de andere fundamentele rechten zou schenden. Als de Grondwet beschouwd wordt als één geheel, dan kunnen de absolute principes de andere fundamentele principes niet schenden. Wanneer het Hof een absoluut principe uit de sharia afleidt dat een ander recht zou schenden, dan zou er immers geen sprake meer zijn van een organieke eenheid van de Grondwet.

Daarenboven heeft het Hof reeds in zijn rechtspraak bevestigd dat de sharia kan worden ingeroepen ten interpretatieve titel ter bescherming van de fundamentele rechten zoals het recht op privacy<sup>173</sup>, recht op eigendom<sup>174</sup>, ...<sup>175</sup>

### 1.1.2. Kernwaarden

Wanneer het Hof onderzoekt of er een absoluut principe kan afgeleid worden uit de sharia, moet het rekening houden met de andere fundamentele rechten. Gezien enerzijds de ruime interpretatiemarge van het Hof bij de interpretatie van de principes van de sharia en anderzijds de dynamiek en diversiteit inherent aan de sharia, lijkt dergelijke afweging een haalbare kaart. Het valt echter niet uit te sluiten dat er een mogelijk conflict zou zijn tussen een absoluut principe en een fundamenteel recht.<sup>176</sup> Dergelijke conflicten zijn de keerzijde van de eenheid van de Grondwet. Dezelfde problematiek komt ook voor bij het Europees Hof van de Rechten van de Mens, die de doctrine rond de "*very essence of rights*"<sup>177</sup> heeft afgeleid.<sup>178</sup> Volgens het Hof bevat elk recht een essentie die niet geschonden mag worden.

In het geval van het Europese Hof werd deze redenering afgeleid uit het verdrag zelf.<sup>179</sup> Ook het Hof zou deze theorie kunnen toepassen door zich te baseren<sup>180</sup> op het

---

<sup>169</sup>HGH, 16 mei 1992, n°6/13<sup>e</sup>.

<sup>170</sup>HGH, 16 mei 1987, n°131/6<sup>e</sup>.

<sup>171</sup>HGH, 4 mei 1985, n° 20/1<sup>e</sup>

<sup>172</sup>DWORKIN, R., "Controverses constitutionnelles", Pouvoirs, Paris, Presses Universitaires de France 9.

<sup>173</sup>HGH, 4 mei 1991, n°23/9<sup>e</sup>

<sup>174</sup>HGH, 16 mei 1992, n°65/4<sup>e</sup>,

<sup>175</sup>Art. 2 wordt altijd samen met een ander fundamenteel recht ingeroepen, en enkel in de overwegingen. In het dispositief werd nog geen schending van artikel 2 vastgesteld.

<sup>176</sup>Het Hof heeft zich in zijn rechtspraak nog niet moeten buigen over dergelijk conflict.

<sup>177</sup>Het EHRM spreekt voornamelijk over de "*essence of rights*" en gebruikt zelden de term "*core of rights*". CHRISTOFFERSEN Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden, Brill, 2009, 136.

<sup>178</sup>Belgian Linguistic case, 23 juli 1968, Serie A, n°6. "it goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights nshrined in the Convention"

<sup>179</sup>CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden, Brill, 2009, 135 e.v.

<sup>180</sup>Stelzer, *Das Wesengehaltsargument under der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 2001, 47.

effectiviteitsbeginsel<sup>181</sup> of het rechtstaatsbeginsel<sup>182</sup> die door haar reeds werden erkend. Een verre gaande uitholling van het fundamentele recht zou immers de democratische principes schaden. Ten tweede kan de doctrine van de kern van de rechten ook gefundeerd worden op het effectiviteitsbeginsel. De mensenrechten in de grondwet zijn pas effectief als ze niet uitgehoud kunnen worden. Het is ook de mening van het Hof dat de rechten vervat in de Grondwet een effectieve bescherming moeten geven. Daarenboven heeft het Hoog Grondwettelijk Hof in zijn arresten reeds vermeld dat elk recht zijn eigen onafhankelijke inhoud heeft.<sup>183</sup> Het zou deze aanzet kunnen gebruiken om de theorie van de kernwaarde van het recht verder uit te bouwen.

Maar de Grondwettelijke Commissie zou de essentie van de rechten ook kunnen waarborgen door een grondwetsbepaling op te nemen zoals ook in het Duitse *Grundgesetz* te vinden is in art. 19§2: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*” Op die manier worden de rechten beschermd voor een te grote uitholling door een eventuele beperking. Deze bepaling geeft de bijkomende garantie dat de bescherming van de kern van het recht wordt geobjectiveerd en dus een bescherming biedt die onafhankelijk is van de andere rechten.<sup>184</sup>

Op deze manier kan het Hof ervoor zorgen dat de kern van elk recht beschermd wordt en er een minimumstandaard wordt ontwikkeld die de garantie biedt dat de interpretatie van de sharia de verschillende fundamentele rechten niet schendt. Het Hof zal in zijn overwegingen moeten afwegen of een beperking van een grondrecht toegestaan is op basis van de principes van de sharia. Het spreekt voor zich dat de ‘kern’ van het recht bij elk recht anders zal zijn. Sommige rechten zijn ook zo essentieel dat er geen beperkingen aan gesteld kunnen worden.<sup>185</sup>

Deze aanpak zorgt voor een tweezijdige bescherming. Enerzijds zouden de fundamentele rechten niet beperkt kunnen worden door de principes van de sharia. Maar anderzijds zouden de principes van de sharia ook niet beperkt kunnen worden door de fundamentele rechten en vrijheden. Net als de andere bepalingen moet dit artikel ook

---

<sup>181</sup>“Considérant que la constitution prévoit des garanties d’application pratique, et non des énoncés théorique, des droit qu’elle énonce en son sein” HGH, 2 februari 1992, n°13/2e

<sup>182</sup>“En matière de droits et libertés fondamentaux des citoyens, le contenu de la règle juridique qui, dans un Etat de droit (*dawla qānūniyya*), se place au-dessus de lui et le lie, se détermine à la lumière des niveaux que les Etats démocratiques (*al-duwal al dīmûqrātiyya*) ont toujours respectés dans leurs sociétés et ont, en conséquence adoptés dans leurs divers comportements. Dans ce cadre, et en respectant ses différentes dimensions, l’Etat de droit ne peut, dans ses diverses organisation, assurer une protection des droit et libertés de ses citoyens qui soit inférieure aux exigences généralement acceptées dans les Etats démocratiques, ni imposer à la jouissance et à l’exercice de ces droits et libertés des restrictions dont l’essence ou la portée seraient contraires à celles habituellement appliquées dans les régimes démocratiques. Au contraire, la soumission de l’Etat à la loi, à la lumière du concept démocratique, signifie que ses lois ne doivent pas déroger aux droits dont la reconnaissance dans les Etats démocratiques est un postulat préalable à l’existence de l’Etat de droit et une garantie fondamentale de la protection des droits de l’homme, de sa dignité, de sa personnalité, avec leurs diverses composantes »

HGH, 4 januari 1992, n°22/8<sup>e</sup>.

<sup>183</sup>HGH, 4 januari 1992, n°22/8<sup>e</sup>.

<sup>184</sup>ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 193.

<sup>185</sup>Het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens beschouwt volgende rechten als notstandfest: het recht op leven (artikel 2) het verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling (artikel 3), het verbod op slavernij en dwangarbeid (artikel 4), het principe “geen straf zonder wet” (artikel 7) en het non bis in idem principe (artikel 4, 7e protocol); In België mag geen enkel recht geschorst worden (artikel 187 van de Grondwet); Spanje laat bepaalde opschortingen toe in het kader van onderzoek naar gewapende bendes en terrorisme (art. 55§2, Spaanse Grondwet). Volgende rechten kunnen opgeschort worden: begrenzing van opsluiting (art. 17§2), onschendbaarheid van de woning (art. 18§2), recht op van het communicatiegeheim (art. 18§3)

meegenomen worden in de eenheid van de grondwet. Het komt dan aan het HGH toe om een afweging te maken tussen beide principes.

## **1.2. Een goede bescherming van de basisrechten**

De hierboven besproken conflictstrategie gaat natuurlijk pas op wanneer de andere grondrechten op afdoende manier in de grondwet beschermd worden. Om het evenwicht te bewaren tussen de sharia en de mensenrechten, dienen de fundamentele rechten op een heldere manier in de Grondwet geformuleerd te worden. Dit compromis zou zowel islamisten als seculieren kunnen bevallen. Islamisten zouden zich kunnen tevreden stellen met het feit dat de principes van de sharia een voornamelijk bron van wetgeving uitmaken. Seculieren zouden zich kunnen beroepen op de sterke bescherming van de grondrechten. Zoals hierboven uiteengezet zou dergelijke benadering een beïnvloeding van de sharia op het nationale recht toelaten, zonder dat de essentie van de mensenrechten wordt aangetast.

Van belang is dat de fundamentele rechten een tegengewicht bieden aan de 'netelige kwesties' die reeds werden besproken, nl. de discriminatie van de vrouw, discriminatie van niet-moslims, godsdienstvrijheid en lijfstraffen. In zijn vergelijkende studie over de sharia en nationaal recht in twaalf landen bespreekt Otto zes punten waarop de grondwet en het staatsrecht in het algemeen vaak beïnvloed worden door de sharia.<sup>186</sup> Hij kijkt of sharia een voornamelijk bron van wetgeving is, of het staatshoofd een moslim kan zijn, of er een gelijkheidsbeginsel is, ... Op basis van deze vragenlijst kan men een *checklist* maken die gebruikt kan worden om te zien of er genoeg fundamentele rechten zijn die een tegengewicht kunnen bieden aan de principes van de sharia bij de bescherming van de mensenrechten.

### ***Discriminatie van vrouwen***

1. Wordt het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet vermeld, is gender een verboden discriminatiegrond? Is er een directe beperking vanwege de sharia?
2. Moet het staatshoofd een man zijn?

### ***Discriminatie van niet-moslims***

3. Wordt het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet vermeld, is religie een verboden discriminatiegrond? Is er een directe beperking vanwege de sharia?
4. Moet het staatshoofd een moslim zijn?

### ***Geloofsvrijheid***

5. Is de godsdienstvrijheid grondwettelijk vastgelegd? Is er een directe beperking vanwege de sharia?
6. Wordt geloofsafval strafbaar gesteld?

### ***Lijfstraffen***

7. Wordt de integriteit van het lichaam beschermd? Is er een directe beperking van de sharia?
8. Zijn de *hadd*-straffen opgenomen in de Grondwet?
9. Zijn de vergeldingsstraffen opgenomen in de Grondwet?

---

<sup>186</sup> OTTO, J.M., *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 86-96.

## 2. De Grondwet van 2012

Een Grondwetanalyse maken van een staat die volop in verandering is zonder enige notie van de sociopolitieke context zou ervoor zorgen dat het juridische onderzoek ver van de realiteit verwijderd blijft. De jurist die een betere bescherming van de mensenrechten als doel heeft, kan geen constitutionele theorie opwerpen die politiek niet haalbaar is. Hoewel een uitgebreide politieke analyse een duidelijke meerwaarde zou betekenen, valt deze buiten het bereik van deze studie. Dit kunnen we echter opvangen door de voorgestelde oplossingen te toetsen aan de Grondwet van 2012.

De legitimiteit van deze Grondwet werd in twijfel getrokken door vele Egyptenaren en internationale media omdat de Grondwettelijke commissie voornamelijk door islamistische partijen werd gedomineerd. Dit leidde tot grote onrusten en protesten en een relatief lage opkomst bij zijn goedkeuring. Toch neemt dit niet weg dat de Grondwet een inzicht geeft in de consensus die leeft onder de politieke partijen die ze hebben geschreven. In die zin kan de Grondwet beschouwd worden als het politieke akkoord dat zich vormt tussen de verschillende revolutionaire bewegingen.<sup>187</sup> Sterker nog, juist omdat de Grondwet werd gecontesteerd vanwege de islamistische dominantie, biedt zij ons een inzicht op de islamistische visie rond constitutionalisme en de verhouding tussen sharia en fundamentele rechten.

Ten eerste, bij een nauwere systeeminterpretatie kunnen we ons de bedenking maken of deze genoeg waarborgen biedt indien de principes van de sharia, zoals bepaald in de grondwet, verstrengen. Tijdens het regime van Mubarak had het Hof relatief veel vrijheid bij zijn interpretatie van de sharia. De Grondwetgever van 2012 wou deze interpretatievrijheid verminderen door een richtlijn mee te geven die het Hof verplicht een traditionelere interpretatiemethode toe te passen. Kortom, kan het Hof de sharia nog steeds zo interpreteren opdat zij niet raakt aan de bescherming van de mensenrechten? Er zal worden aangetoond dat de richtlijn van de Grondwet van 2012 het Hof nog steeds de mogelijkheid biedt om vrij te redeneren waardoor het nog steeds de eenheid van de Grondwet kan toepassen.

Een tweede bedenking is of de voorwaarde van een afdoende bescherming van de fundamentele rechten die het vaakst door de sharia worden ingeperkt zoals het gelijkheidsbeginsel of de geloofsvrijheid wel politiek mogelijk is? Er werd reeds opgeworpen dat de systematische interpretatietechniek zowel islamisten als seculieren kan bekoren indien beide elementen (zowel principes van de sharia als mensenrechten) aanwezig zijn.

### 2.1. De principes van de sharia en art. 219

De Grondwet van 2012 geeft naast het 'oude' artikel 2 nog een richtlijn mee om de sharia te interpreteren. Het 'nieuwe' artikel 219 bevat vooral traditionele terminologie. In verschillende media werd dit artikel dan ook gezien als de grote boosdoener van de Grondwet en de invloed van de islamisten op het Grondwettelijk proces. De meeste analyses beperken zich echter tot de politieke implicaties<sup>188</sup> van het artikel zonder verder te onderzoeken wat de mogelijke juridische gevolgen kunnen zijn, of ze maken een juridische analyse zonder de rechtspraak van het Hof hierbij te betrekken.

---

<sup>187</sup> TEITEL, R., "Transitional Jurisprudence", *The Yale Law Journal*, 2075, 1996-1997, 2076. Over hoe dit compromis over art. 219 is ontstaan zie [http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam\\_in\\_egypts\\_new\\_constitution](http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam_in_egypts_new_constitution)

<sup>188</sup> [http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam\\_in\\_egypts\\_new\\_constitution](http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam_in_egypts_new_constitution)

Er werd reeds gezegd dat dergelijk juridisch onderzoek van belang is omdat de Grondwet een consensus is en een beeld geeft van een islamitische visie. Het artikel werd in de Grondwettelijke Verklaring van 2013 samengevoegd met de sharia-bepaling die voordien steeds in art. 2 stond<sup>189</sup>. Maar de kans is reëel dat het artikel ook in een volgende Grondwet behouden zal blijven.<sup>190</sup>

Om een betere inschatting te maken van de gevolgen die het artikel zou kunnen hebben, is het echter noodzakelijk om een omstandige exegetische verklaring van dit artikel te geven en de termen vanuit de traditionele islamitische rechtsleer<sup>191</sup> te verklaren. Vervolgens zullen deze termen in het licht van de rechtspraak van het Hoog Grondwettelijk Hof worden geïnterpreteerd.

De Grondwet van 2012 bepaalde in artikel 219 het volgende:

De beginselen van de sharia bestaan uit de algemene schriftelijke bronnen ('*adilla kulliya*'), *qawâ'id usûli* en *qawâ'id fihiyya* en de bronnen erkend door de soennitische rechtsscholen.

De meeste termen die gebruikt worden in artikel 219 zijn afkomstig uit de traditionele soennitische rechtsleer die door de madhhabs in de loop der eeuwen werd uitgewerkt. Achtereenvolgens worden hieronder de betekenis van de termen '*adilla kulliya*', '*qawâ'id usûli* en *qawâ'id fihiyya*' en tenslotte 'de bronnen erkend door de soennitische rechtsscholen' besproken.

### 2.1.1. *Adilla Kulliya*

Het eerste principe waaruit de sharia bestaat, zijn de algemene schriftelijke bronnen<sup>192</sup>, de "*adilla kulliya*". De term *dalîl*, mv *adilla*, die in het dagelijkse taalgebruik verwijst naar bewijs of teken, wordt ook veel gebruikt in de islamitische rechtsleer maar heeft hier een andere betekenis. Binnen de *fiqh* dekt deze term echter verschillende ladingen. Hij kan verwijzen naar (a) de algemene regels van de sharia (*adilla kulliya* of *ijmâliyya*) of (b) naar de specifieke regels die een antwoord geven op een individuele vraag (*adilla tafsiliyyah*) of (c) bij uitbreiding naar de bronnen van de islam (*adilla shar3iyyah*).<sup>193</sup>

Volgens de *fiqh* bevat de Koran (a) algemene regels die de grote onderliggende richtlijnen vormen van de klassieke sharia. Deze algemene principes kunnen uit de Koran worden afgeleid op basis van het redeneren naar analogie, *qiyâs* genaamd (zie supra) "*de gebiedende wijs brengt verplichtingen met zich mee*"<sup>194</sup>. Uit deze algemene regels worden dan (b) specifieke antwoorden afgeleid op individuele vragen, zoals bijvoorbeeld het verbod op alcohol. Het Hof gebruikt deze term al om te verwijzen naar de (c) fundamentele teksten van de islam. Volgens de traditionele *fiqh* kunnen islamitische rechtsregels afgeleid worden uit vier bronnen. De Koran en de Soenna worden aanzien als de belangrijkste bronnen, de

---

<sup>189</sup> art. 1 Grondwettelijke Verklaring van 2013

<sup>190</sup> Bij de huidige grondswetwijziging is het vooral de Al-Nour partij die weigert om het principe uit de Grondwet te halen. De geruchten gaan dat er reeds een politiek akkoord bestaat over het behoud van dit artikel in de nieuwe grondwet. <http://madamasr.com/content/nour-party-rejects-calls-change-constitution>

<sup>191</sup> Hiervoor wordt gebruik gemaakt van parolin

<sup>192</sup> Volgens LOMBARDI en BROWN verwijst deze term naar de "*the general scriptural sources of God's law*". Parolin vertaalt de term als "*the foundational texts*" en baseert zich voor zijn vertaling op de verklaringen van de leden van de constitutionele vergadering (zowel FJP als al-Nur)

<sup>193</sup> PAROLIN, "(Re)Arrangement of State/Islam Relations in Egypt's Constitutional Transition", Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 6. <http://ssrn.com/abstract=2251346>

<sup>194</sup> al-amr li-l-wujûb

*ijmâ'* (consensus) en de reeds vermelde *qiyâs* (redeneren naar analogie) zijn de andere twee.

Er zijn echter nog andere bronnen die niet door alle rechtsscholen worden erkend. *Istihsan*<sup>195</sup> en varianten zoals *istishal*, of *maslaha*<sup>196</sup> zijn hiervan voorbeelden. PAROLIN stelt als mogelijk gevolg dat het Hof vaker zal concluderen dat er een absoluut principe bestaat omdat het uit een groter geheel van rechtsregels moet putten.

Een toename van het aantal absolute principes zou de discretionaire bevoegdheid van de staat kunnen beperken, wat een nefast gevolg zou kunnen hebben indien de wetgevende macht te veel bevoegdheid wordt ontnomen. Een andere bedreiging voor de bescherming van de mensenrechten vormt deze bepaling evenwel niet. Zoals reeds aangetoond vormen de absolute principes geen bedreiging voor de bescherming van de mensenrechten indien zij de andere fundamentele rechten niet schenden.

### 2.1.2. *Qawâ'id usûlî en qawâ'id fiqhiyya*

De *qawâ'id* zijn regels die op basis van inductie worden afgeleid uit de sharia. Is het een regel met betrekking tot de rechtsmethodologie (*usûl al-fiqh*), dan spreekt men van de *qawâ'id usûliyya(a)*. Is het een regel met betrekking tot het materieel recht (*furû' al-fiqh*)(b), dan spreekt men van een *qawâ'id fiqhiyya*<sup>197</sup>. De aflijning tussen de verschillende categorieën is verre van strikt. De regel "*de gebiedende wijs brengt verplichtingen met zich mee*"<sup>198</sup> is zowel een regel van de *qawâ'id usûliyya(a)* als van de algemene regels die de grote onderliggende richtlijnen vormen van de klassieke sharia (zie *adilla kulliyya*). De regel "*Zekerheid wordt niet overtroffen door twijfel.*" is een voorbeeld van een materiële regel (b), met een sterke procedurele component (a).

De Soennitische rechtsscholen stelden buiten de specifieke rechtsregels van de *furû' al fiqh*, ook enkele algemene principes van het islamitisch recht op (*qawâ'id fiqhiyya*). Deze werden afgeleid op basis van de Koran en de Soenna. Wanneer geleerden dienden te antwoorden op een rechtsvraag, keken ze eerst naar deze algemene principes om te zien of men hieruit een antwoord kon afleiden op de specifieke vraag. De geleerde mocht dus niet zomaar vrij redeneren (*ijtihâd*) maar moet zijn antwoord vormen binnen de algemene principes die zijn rechtsschool had opgesteld. Wanneer het onmogelijk bleek om een antwoord te bieden op basis van deze algemene regels, grepen ze terug naar de teksten en werd een rechtsregel geformuleerd via de regels van de *usûl al fiqh*.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> De Hanafietische rechtsschool, die gekend staat als de minst stringente rechtsschool baseert zich vaak op *istihsan*, die vertaald wordt als "juridische preferentie". Het is een vorm van *ijtihâd* waarbij men een bepaalde rechtsregel verkiest boven een andere door bijvoorbeeld af te wijken van een bepaalde analogie (*qiyâs*) om een andere analogie te kiezen die beter past. Zo is het bijvoorbeeld verboden om te drinken uit een bron die bevuild is door de karkassen van dieren. Hanafi redeneerde dat in geval van noodzaak men deze bronnen wel mocht gebruiken als daar nood toe was en men de nodige voorzorgsmaatregelen nam. Het is een techniek die vandaag vaak gebruik wordt door islamitische hervormers. NYAZEE, I.A.K., *Islamic Jurisprudence*, International Institute of Islamic Thought, 2000, 231.

<sup>196</sup> Dit principe bestaat uit "het zoeken naar datgene wat het publiek belang best dient" en wordt toegepast door de Maliekieten.

<sup>197</sup> HEINRICH, W.P., "'Kawâ'id Fiqhiyya." *Encyclopaedia of Islam*, Second Edition, Brill Online, 2013, <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kawaid-fikhiyya-SIM\\_8763](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kawaid-fikhiyya-SIM_8763)>

<sup>198</sup> al-amr li-l-wujûb

<sup>199</sup> LOMBARDI, C.B., BROWN, N.J., "Islam in Egypt's New Constitution", *Foreign Policy*, 13 december 2012, <[http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam\\_in\\_egypts\\_new\\_constitution](http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam_in_egypts_new_constitution)> De verschillende madhabs probeerden het aantal algemene rechtsregels zo laag mogelijk te houden om de rechtseconomie te bevorderen. Op deze manier werd de complexiteit van de sharia vervat in een compactere en meer toegankelijke



Opnieuw lijkt deze nieuwe vereiste weer de keuze aan het Hof te geven hoe zij er mee omgaat. De verwijzing naar deze regels die van rechtsschool tot rechtsschool afhangen, heeft weinig nut indien er geen specifieke rechtsschool wordt gegarandeerd. De termen werden reeds in de rechtspraak van het Hof gebruikt maar zonder dat dit gevolgen had voor de beslissing van het Hof.<sup>200</sup>

### 2.1.3. Bronnen erkend door de soennitische rechtsscholen

Een derde element dat door art. 219 als een principe van de sharia wordt beschouwd zijn de bronnen (*masâdir*) erkend door de soennitische rechtsscholen. Het woord *masdar* is geen technische term die in de klassieke islamitische sharia wordt gebruikt. Het HGH heeft dus een redelijk groot speelveld om te bepalen wat de “bronnen” van de soennitische rechtsscholen juist inhouden. Aangezien het eerste deel van artikel 219 al verwijst naar de bronnen die gebruikt mogen worden om de sharia-rechtsregels te bepalen, lijkt deze bepaling weinig toe te voegen aan het artikel.<sup>201</sup>

De conclusie van PAROLIN is dan ook dat het Hof in zijn gedane rechtspraak niet tot een andere besluit zou komen mocht het zijn redeneringen op art. 219 hebben gebaseerd. Een conclusie die we enkel kunnen bijtreden. Ook voor de bescherming van de fundamentele rechten lijkt het artikel weinig gevolgen te hebben. Mogelijks zal het Hof meer absolute principes uit de sharia afleiden. Maar zoals aangetoond, hoeft dit geen probleem te vormen wanneer wordt vastgehouden aan een systematische interpretatiemethode.

## 2.1. De minimumnormenbescherming

Er werd reeds vermeld dat de hierboven besproken conflictstrategie pas opgaat wanneer de andere grondrechten op afdoende manier in de grondwet beschermd worden. Is er een politieke consensus mogelijk dat bepaalde fundamentele rechten in de Grondwet worden opgenomen? Hiervoor gaan we een “checklist” af om na te gaan of er voldoende waarborgen zijn ingebouwd die de fundamentele rechten beschermen ondanks een klassieke benadering van de sharia. Als de kern van deze rechten steeds wordt beschermd, geeft deze checklist de waarborg dat klassieke conflictpunten tussen sharia en mensenrechten geen bedreiging voor de fundamentele rechten van de Egyptenaren zorgen.

CHECKLIST	1971 <sup>202</sup>	2012
<b>discriminatie van vrouwen</b>		
1. Wordt het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet vermeld,	Ja	Ja
Is gender een verboden discriminatiegrond?	Ja	Nee

vorm.<sup>199</sup> Hoewel de meeste algemene rechtsprincipes gebonden zijn aan een bepaalde rechtsschool, zijn er vijf die door alle Soennitische aanvaard worden. Deze worden al qawa'id al hams genoemd, de “vijf algemene rechtsprincipes”:

<sup>200</sup> PAROLIN, “(Re)Arrangement of State/Islam Relations in Egypt’s Constitutional Transition”, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 7. <http://ssrn.com/abstract=2251346>

<sup>201</sup> Volgens Parolin is deze bepaling dan ook omwille van sterke politieke redenen toegevoegd als compromis op vraag van de Salafisten. Ze werd ingevoerd op vraag van de Salafisten in ruil toen overeengekomen werd dat de verwijzing naar Al Azhar onder artikel 4 met betrekking tot kwesties van islamitisch recht enkel een advies zou vormen voor de wetgever.

<sup>202</sup> OTTO, J.M, *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 87.

Is er een directe beperking vanwege de sharia?	Ja	Nee
2. Moet het staatshoofd een man zijn?	Nee	Nee
<b>discriminatie van niet-moslims</b>		
3. Wordt het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet vermeld?	Ja	Ja
Is religie een verboden discriminatiegrond?	Ja	Nee
Is er een directe beperking vanwege de sharia?	Nee	Nee
4. Moet het staatshoofd een moslim zijn?	Nee	Nee
<b>geloofsvrijheid</b>		
5. Is de godsdienstvrijheid grondwettelijk vastgelegd?	Ja	Ja
Is er een directe beperking vanwege de sharia?	Nee	+/-
6. Wordt geloofsafval strafbaar gesteld?	Nee	Nee
<b>lijfstraffen</b>		
7. Wordt de integriteit van het lichaam beschermd?	Ja	Ja
Is er een directe beperking van de sharia?	Nee	Nee
8. Zijn de <i>hadd</i> -straffen opgenomen in de Grondwet?	Nee	Nee
9. Zijn de vergeldingsstraffen opgenomen in de Grondwet?	Nee	Nee

Wanneer we de grondwetten van 1971 en 2012 op deze punten met elkaar vergelijken, lijkt er een afdoende bescherming van de basisrechten. Alleen het gelijkheidsbeginsel mag duidelijker verwoord worden.

DISCRIMINATIE VAN VROUWEN- Hoewel de Grondwet van 2012 een gelijkheidsbeginsel bevatte<sup>203</sup> wordt de gelijkheid tussen man en vrouw niet expliciet vermeld zoals in de vorige Grondwet. Die bepaalde in artikel 11: “*The State shall [ensure] her equality status with man in fields of political, social, cultural and economic life without violation of the rules of Islamic jurisprudence.*(eigen benadrukking)” De gelijkheid mocht de regels van de *fiqh* schenden. De verwoording van het huidige gelijkheidsbeginsel lijkt op die van het vorige ‘algemene’ gelijkheidsbeginsel.

art. 40 Grondwet van 1980

All citizens are equal before the law.

They have equal public rights and duties without discrimination on grounds of race<sup>204</sup>, ethnic origin, language, religion or creed.

art. 33 Grondwet van 2012

“All citizens are equal before the law. They have equal public rights and duties without discrimination.”

De expliciete vermelding van discriminatiegronden vinden we ook terug in de internationale mensenrechtenverdragen.<sup>205</sup> Toch hoeft het ontbreken van dergelijke bepaling in een Grondwet niet problematisch te zijn. Het Hof heeft in talrijke rechtspraken de reikwijdte van

<sup>203</sup> art. 33 Grondwet van 2012.

<sup>204</sup> Het Arabische *jīns* kan zowel ras als gender betekenen. Het Hof heeft zich nog niet over de exacte betekenis van de term moeten uitspreken.

<sup>205</sup> art. 2 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, **without distinction of** any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

artikel 40 uitgebreid en beschouwde de criteria in art. 40 niet als uitputtend<sup>206</sup>. Ze stelde ook schendingen vast van ongelijkheid tussen studenten<sup>207</sup>, politieke opvattingen<sup>208</sup>, ... het artikel werd zelfs gebruikt om ongelijkheid tussen mannen en vrouwen aan te klagen.<sup>209</sup> Indien het Hof art. 33 Grondwet 2012 op dezelfde extensieve manier zou benaderen als (in het verleden) art. 40 Grondwet 1980, dan zou dit artikel kunnen gebruikt worden om genderdiscriminatie te bestrijden. Deze onduidelijkheid zou echter wel kunnen worden weggewerkt indien de toekomstige grondwet discriminatie omwille van gender expliciet verbiedt.

Voor de volledigheid wordt ook nog vermeld dat zowel de Grondwet van 1971 als die van 2012 een positieve verplichting legt om gelijkheid van kansen te creëren (art. 8). Dit recht wordt echter niet vaak opgeroepen en dan nog dikwijls in samenhang met artikel 40. Vrouwen kunnen, net als in de vorige grondwet, staatshoofd worden. Tenslotte bevat de Grondwet van 2012 ook nog in haar preambule dat *“gelijkheid en gelijke kansen worden verwezenlijkt voor alle burgers, zowel man als vrouw”*.<sup>210</sup>

DISCRIMINATIE VAN NIET-MOSLIMS- Voor de bescherming van niet-moslims is het belangrijk dat er een duidelijk gelijkheidsbeginsel in de Grondwet staat. Zoals gezegd, bevat de Grondwet van 2012 geen expliciete discriminatiegronden. Het Hof heeft zich in het verleden wel al talrijke malen uitgesproken over art. 40 van de Grondwet 1971. Hierbij werd dit artikel met succes gebruikt om discriminatie tussen moslims en christenen aan te vechten<sup>211</sup>. Een typisch voorbeeld hiervan is de zaak waarin een koptische moeder met succes betoogde dat ze minder lang het voogdijschap over haar kinderen had dan een islamitische vrouw; dit werd als discriminerend beschouwd met betrekking tot het hoederecht.<sup>212</sup>

Voor de volledigheid wordt nog vermeld dat ook niet-moslims staatshoofd kunnen worden.

GODSDIENSTVRIJHEID- Net als in de vorige Grondwet wordt de godsdienstvrijheid beschermd.

Artikel 46 van de Grondwet van 1971

The State shall guarantee the freedom of belief and the freedom of practice of religious rites.

Artikel 43 van de Grondwet van 2012

Freedom of belief is an inviolable right.

The State shall guarantee the freedom to practice religious rites and to establish places of worship for the divine religions, as regulated by law.

Artikel 43 Grondwet 2012 bestaat uit twee delen. Ten eerste wordt bepaald dat het recht op geloofsvrijheid een onschendbaar recht is. Ten tweede rust er een positieve verplichting op de staat om de uitoefening van dit recht te vrijwaren en gebedshuizen in te richten.

Er bestaat een licht verschil in de verwoording tussen beide artikels wat betreft het recht op vrijheid van geloof. Het recht om religieuze rites uit te voeren wordt in de Grondwet van 2012 wel beperkt. Ten eerste wordt het afhankelijk gemaakt van een wet, waardoor er een mogelijkheid bestaat om het recht uit te hollen. Ten tweede roept de zinsnede “voor de

---

<sup>206</sup> HGH, 19 mei 1990, n°37/9<sup>e</sup>

<sup>207</sup> HGH, 1 februari 1992, n°41/7<sup>e</sup>

<sup>208</sup> HGH, 16 mei 1987, n°131/6<sup>e</sup>

<sup>209</sup> HGH, 7 maart 1992, n°37/7<sup>e</sup>

<sup>210</sup> Preambule 5: Equality and equal opportunities are established for all citizens, men and women

<sup>211</sup> Christenen hebben hun eigen personen- en familierecht dat verschilt van dat van de staat, dat islamitisch is.

<sup>212</sup> HGH, 1 maart 1997, n°74/17<sup>e</sup>; voor andere zaken m.b.t. discriminatie zie HGH, 6 december 1997, n°79/18<sup>e</sup>; HGH, 3 juni 2000, n° 151/20<sup>e</sup>; HGH, 9 december 2001, n° 107/21<sup>e</sup>; HGH, 15 april 2007, n°23/20

goddelijke religies” veel vragen op. Dit lijkt de reikwijdte van het artikel te beperken tot de drie monotheïstische godsdiensten die door de islam worden erkend: islam, christendom en jodendom. Een interpretatie die al door het voormalige Hooggerechtshof werd gegeven aan art. 46 van de Grondwet van 1971<sup>213</sup>, maar die niet werd gevolgd door het HGH. Het HGH verwierp deze visie. In één van de zeldzame arresten over geloofsvrijheid oordeelde het dat:

And whereas: The plaintiff's complaint that the contested Decision violates the freedom of creed stipulated in Article 46 of the Constitution is rejected. This freedom-at root-means that an individual is not to be compelled to accept a creed that he does not share or to renounce a creed that he has entered into or that he has proclaimed. One creed should not be discriminated against in favor of others through denunciation, contempt, or disdain. Rather, the religions (al-adyan) should tolerate each other; there must be mutual respect.

Likewise: The concept of the right to freedom of creed does not grant the protection to someone practicing [his creed] in a manner that harms other creeds. Nor is the state to encourage-secretly or publicly-conversion to a creed under its protection, pressuring others to embrace it. It may not intervene by penalizing (as punishment) those who practice a faith that it has not designated. In particular, it is not for [the state] to kindle strife among religions by discriminating in favor of some [creeds] at the expense of others. Nor may the freedom of creed be separated from the freedom to practice the rites of a creed. This is what the Constitution imposed when it connected these two freedoms in a single sentence in the forty-sixth article, stipulating that freedom of creed and freedom to practice religious rites are guaranteed. This indicates their complementarity; indeed, they are two parts that are not to be separated. The second represents the manifestation of the first, considering that it transforms creed from mere faith and vital inspiration into a practical expression of its [the faith's] content so that it may be practically applied and not hidden inside. This makes it possible to say that the first freedom [i.e. freedom of creed] is unlimited. The second freedom [to practice religious rites] may be limited by ordering it, affirming some of the higher interests connected with it-in particular, what connects it with the protection of the public order and ethical values and the defense of the rights of others and their freedoms.<sup>214</sup>

Het Hof benadrukt hier dat het ene geloof het andere niet mag discrimineren, waaruit we kunnen afleiden dat de islam de andere geloofsovertuigingen niet mag discrimineren. Verder betoogt het de godsdienstvrijheid: niemand mag verplicht worden om tegen zijn wil een ander geloof aan te nemen waardoor het Hof expliciet de bestraffing van apostasie afkeurt. Het Hof laat in het midden of deze vrijheid enkel geldt voor de monotheïstische godsdiensten of ook voor andere. Volgens BERNARD-MAUGIRON is dit wel het geval.<sup>215</sup>

Verder bepaalt het Hof in zijn arrest dat het niet aan de Staat is om één geloof boven het andere te verkondigen. De vrijheid van religie is volgens het Hof verbonden met de vrijheid om het geloof te belijden. De twee rechten werden door de Grondwet (van 1971) met elkaar verbonden wat duidt op hun complementariteit. Het ene is de keerzijde van het andere. Het Hof maakt wel een onderscheid in de bescherming tussen beide bepalingen. De vrijheid van religie is absoluut en kan niet aan beperkingen worden onderworpen. De vrijheid om zijn geloof te belijden kan dat wel wegens bescherming van de openbare orde, ethische waarden en het verdedigen van de rechten en vrijheden van anderen. Deze beperkingen komen zeer goed overeen met die van art. 18 §3 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Egyptisch Hooggerechtshof, 1 maart 1975, n°7/2<sup>e</sup>

<sup>214</sup> HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup>

BROWN, J.N. en LOMBARDI, C.B., "The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: an annotated translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No.8 of Judicial Year 17", *American University International Law Review*, 21, p.437-460.

<sup>215</sup> BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003,191.

<sup>216</sup> Art. 18 Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.

De bescherming van de godsdienstvrijheid door de Grondwet biedt geen afdoende garanties naar internationale standaarden. In een volgende Grondwet zou de vrijheid om het geloof te belijden niet enkel mogen gelden voor de 'goddelijke religies'. Ook zou een Grondwet moeten vastleggen dat verdere wetsbepalingen enkel mogelijk zijn bij noodzaak om de publieke veiligheid, orde, gezondheid, moraal of de fundamentele rechten van anderen te respecteren.

LIJFSTRAFFEN- Net zoals in de vorige Grondwet wordt de persoonlijke integriteit beschermd en zijn lijfstraffen niet mogelijk. Het toepassen van de lijfstraffen is dan ook een uitstervende praktijk in de meeste Arabische landen. Als ze al wettelijk worden toegelaten, worden ze maar zelden uitgevoerd.<sup>217</sup>

### **3. Conclusie**

Hoewel het Hoog Grondwettelijk Hof de principes van de sharia op een liberale manier heeft geïnterpreteerd, blijven er enkele kritische punten bestaan waardoor een totale bescherming van de mensenrechten niet gegarandeerd kan worden. Het Hof heeft namelijk een ruime beoordelingsmarge, waardoor het op voorhand moeilijk te bepalen is wanneer een bepaald principe van de sharia absoluut is of niet. Een bijkomend probleem is het feit dat in het verleden reeds fundamentele principes zijn afgeleid die niet met de mensenrechten te verzoenen zijn, zoals het recht van de man op polygamie.

Een mogelijke oplossing voor dit probleem zou kunnen zijn dat het Hof zijn interpretatiemethode aanpast, om in de toekomst een bescherming van de fundamentele rechten in alle gevallen te kunnen garanderen. De kiemen hiervoor liggen reeds in de rechtspraak van het Hof zelf. Door het beginsel van de eenheid van de grondwet verder uit te werken, kan het Hof voorkomen dat absolute principes de Grondwet schenden. Deze principes, die via artikel 2 deel uitmaken van de Grondwet, moeten geïnterpreteerd worden op een manier die de andere fundamentele rechten niet schendt. Wetten die volgens de Wetgever conform de sharia zijn, kunnen als wetgeving worden getoetst aan de Grondwet. Er is immers geen wetgeving die dit verbiedt. Wanneer een 'islamitische' wet de Grondwet zou schenden, dan kan de wet in voorkomend geval worden aangevochten. Juridisch gezien heeft het Hof dan de bevoegdheid om deze wetgeving ongrondwettelijk te verklaren, ongeacht artikel 2, omdat het om gewone wetgeving gaat. De wetten maken immers geen deel uit van de Grondwet, in tegenstelling tot de absolute principes. Wanneer in voorkomend geval het Hof een absoluut principe afleidt dat interfereert met een fundamenteel recht, moet het Hof er voor zorgen dat de absolute principes van de sharia de kern van de rechten niet schendt. Dergelijke interpretatie kan ook afgedwongen worden via een artikel in de Grondwet dat bepaalt dat de kern van de rechten onschendbaar is. Gezien enerzijds de ruime interpretatiemarge van het Hof bij de interpretatie van de principes van de sharia en anderzijds de dynamiek en diversiteit inherent aan de sharia, lijkt een afweging tussen sharia en fundamentele rechten haalbare kaart.

De hierboven besproken conflictstrategie gaat natuurlijk pas op wanneer de andere grondrechten op afdoende manier in de grondwet beschermd worden. Om het evenwicht te bewaren tussen de sharia en de mensenrechten, dienen de fundamentele rechten op een

---

<sup>217</sup> OTTO, J.M., *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 105.

klare manier in de Grondwet geformuleerd te worden, met name op het vlak van discriminatie van vrouwen, discriminatie van niet-moslims, geloofsvrijheid en lijfstraffen.

De voorgestelde oplossing lijkt politiek haalbaar wanneer we ze toetsen aan de Grondwet van 2012. Deze geeft een inzicht in de consensus die leeft onder de politieke partijen die ze hebben geschreven en hiertoe behoorden een overgrote meerderheid islamistische partijen.

In art. 219 geeft de Grondwet een richtlijn mee voor de interpretatie van de principes van de islam. Hoewel deze richtlijn in vele media wordt afgeschilderd als een verstrenging van de principes van de sharia, moeten we de effectieve invloed ervan mildereren. De principes zijn relatief vaag waardoor het Hof ze op haar eigen (liberale) manier kan interpreteren. Mogelijks kan het artikel er toe leiden dat er meer absolute principes uit de sharia worden afgeleid. Zoals aangetoond hoeft dit geen bedreiging te vormen voor de fundamentele rechten.

Kijken we naar de bescherming van de fundamentele rechten, dan lijkt deze al bij al mee te vallen. De Grondwet bevat geen gelijkheidsbeginsel meer dat discriminatie op basis van gender of geloof expliciet verbiedt. Deze problematiek is relatief wanneer het Hof net als tijdens het Mubarakregime het gelijkheidsbeginsel zeer ruim interpreteert. De geloofsvrijheid wordt wel niet afdoende beschermd. In een volgende Grondwet zou de vrijheid om het geloof te belijden niet beperkt mogen worden tot de monotheïstische godsdiensten.

## Conclusie

Zoals in vele Arabische landen bevat de Egyptische Grondwet een bepaling die van de sharia de voornaamste bron van wetgeving maakt. Het behoud van dit artikel in de opeenvolgende Grondwetten en verklaringen maakt de kans dat het blijft staan in een toekomstige Grondwet groot. In dit onderzoek werd er niet gefocust op de verwoording van de bepaling van de sharia maar werd er nagegaan wat de concrete gevolgen voor de bescherming van de fundamentele rechten zijn en hoe deze bescherming mogelijk verbeterd kan worden.

Dat de exacte verwoording van zulke bepalingen van minder belang is, blijkt als we kijken naar de diversiteit die binnen de islam bestaat en zijn verschillende liberale stromingen. We moeten de mogelijke bedreigingen van de sharia voor de bescherming van de mensenrechten analyseren en een correcte plaats binnen zijn context geven. De rijkdom van de sharia zorgt ervoor dat het Hof een sharia-interpretatie kan doen die conform de mensenrechten is.

Bijkomend dienen we te beseffen dat voor vele moslims de universaliteit van de mensenrechten geen evidentie is, vooral op het vlak van discriminatie van vrouwen en niet-moslims, godsdienstvrijheid en (in mindere mate) lijfstraffen. Deze “netelige kwesties” zijn niet alleen van theoretisch belang, maar blijken ook voor de mensenrechtenbescherming in Egypte van belang. De religieuze fundering mag ons evenwel niet beletten om kritiek te geven en een betere bescherming te eisen.

Het Hoog Grondwettelijk Hof van Egypte heeft een sterke positie wegens zijn onafhankelijkheid en autonomie, die ze is blijven behouden ondanks de politiek onrustige toestand. Het is de enige rechtbank bevoegd om de sharia-bepaling te analyseren. In zijn rechtspraak erkent het twee soorten principes: absolute, die een metahistorische waarde hebben en die onveranderlijk zijn doorheen tijd en ruimte en relatieve, die zijn gebaseerd op menselijke redenering (*ijtihād*) en kunnen worden aangepast aan de veranderlijke maatschappij. Het Hof geeft de Wetgever de bevoegdheid om de relatieve principes in te vullen, zolang zij de absolute principes niet schaden. Het Hof heeft de invloed van de sharia-bepaling op verschillende manieren beperkt. Het heeft geen retroactieve werking aan het artikel toegekend. Een mogelijke verandering in de toekomst zal dus ook geen direct effect hebben. Het Hof bepaalde ook dat de sharia-bepaling zich niet tot rechterlijke macht maar zich exclusief tot de Wetgever richt. De principes van de sharia zijn dus niet rechtstreeks toepasbaar geworden in de andere rechtbanken. Door de organieke eenheid van de Grondwet te benadrukken, belette het Hoog Grondwettelijk Hof dat de sharia-bepaling supraconstitutionele waarde kreeg. Kortom, het Hof belette een al te grote invloed van de sharia.

Toch bestaan er enkele bedreigingen, waardoor de bescherming van de fundamentele rechten niet kunnen gegarandeerd worden in de toekomst. De beleidsmarge van het Hof om te bepalen wat de sharia inhoudt, is groot. Bovendien is uit het verleden gebleken dat sommige absolute principes van de sharia de internationale mensenrechten schenden. Hoewel er nog geen wetgeving ongrondwettelijk is verklaard wegens een schending van zulk principe, kan dit in de toekomst niet uitgesloten worden. Een ander vraagstuk is hoe het Hof zal reageren op een “islamitische” Wetgever. Tijdens het regime van Mubarak verkoos de Wetgever steeds een liberale interpretatie van de islam, die steeds werd goedgekeurd door

het Hof als conform de sharia. Wat als er in de toekomst een Wetgever gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid om islamitisch gefundeerde wetgeving te formuleren?

De kiemen van een oplossing voor een betere garantie liggen reeds in de rechtspraak van het Hof zelf. Door het beginsel van de eenheid van de grondwet verder uit te werken, kan het Hof voorkomen dat absolute principes de Grondwet schenden. Deze principes, die via artikel 2 deel uitmaken van de Grondwet, moeten geïnterpreteerd worden op een manier die de andere fundamentele rechten niet schendt. Wetten die volgens de Wetgever conform de sharia zijn, kunnen als wetgeving worden getoetst aan de Grondwet. Er is immers geen wetgeving die dit verbiedt. Wanneer een 'islamitische' wet de Grondwet zou schenden, dan kan de wet in voorkomend geval worden aangevochten. Juridisch gezien heeft het Hof dan de bevoegdheid om deze wetgeving ongrondwettelijk te verklaren ongeacht artikel 2 omdat het om gewone wetgeving gaat. De wetten maken immers geen deel uit van de Grondwet in tegenstelling tot de absolute principes. Wanneer in voorkomend geval het Hof een absoluut principe afleidt dat interfereert met een fundamenteel recht, moet het Hof er voor zorgen dat de absolute principes van de sharia de kern van de rechten niet schendt. Dergelijke interpretatie kan ook afgedwongen worden via een artikel in de Grondwet dat bepaalt dat de kern van de rechten onschendbaar is. Gezien enerzijds de ruime interpretatiemarge van het Hof bij de interpretatie van de principes van de sharia en anderzijds de dynamiek en diversiteit inherent aan de sharia, lijkt een afweging tussen sharia en fundamentele rechten haalbare kaart.

De hierboven besproken conflictstrategie gaat natuurlijk pas op wanneer de andere grondrechten op afdoende manier in de grondwet beschermd worden. Om het evenwicht te bewaren tussen de sharia en de mensenrechten, dienen de fundamentele rechten op een klare manier in de Grondwet geformuleerd te worden, met name op het vlak van discriminatie van vrouwen, discriminatie van niet-moslims, geloofsvrijheid en lijfstraffen.

Door te benadrukken dat de kern van de mensenrechten vervat in de Grondwet niet geschonden mag worden, voldoet de voorgestelde oplossing aan de internationale mensenrechtenstandaarden. Door de strategie te toetsen aan de Grondwet van 2012, lijkt hij ook politiek haalbare kaart.



# Bibliografie

## Monografie

ABU-SAHLIEH, S.A.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008,

ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002

BERGER, M., *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006

BERNARD-MAUGIRON, N., "La politique à l'épreuve du judiciaire; la justice constitutionnelle en Egypte, Bruylant, Brussel, 2003.

BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Den Haag, Nijhoff, 2001

Brems, E., "Inclusieve universaliteit: Een theoretisch en methodologisch kader om inzake mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit." *Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2003

CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden, Brill, 2009

DUPRET, B., *Au nom du quel droit*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000; DUPRET, B., "What is Islamic Law?", *Theory, Culture and Society*, 2002

HALLIDAY, F., *Islam and the myth of confrontation: Religion and politics in the Middle East*, London, Tauris.

FAREED, M., *Legal Reform in the Muslim World*, San Francisco (Calif.), Austin and Winfield, 1996, 23.

AL-JABRI, M. A., *Human Rights and Law in Islamic Thought.*, London, Tauris, 2009

KNUT, V.S., , *Between God and the Sultan*, Londen, Hurst, 2005.

MAYER, A.E., *Islam and Human Rights*, Boulder (Colo.), Westview Press, 1995.

NYAZEE, I.A.K., *Islamic Jurisprudence*, International Institute of Islamic Thought, 2000, 231.

AN-NA'IM, A.A., *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse (NY): Syracuse University Press, 1990.

AN-NA'IM, A.A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, Pennsylvania Press, 1995.

KEPEL, G. *Muslim Extremism in Egypt: The Prophet and Pharaoh*, Berkeley, University of California Press

OTTO, J.M., *Sharia en nationaal recht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006.

SCHACHT, J., , *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon press, 1966, 70.

SONNEVELD, N., *Khul' divorce in Egypt: public debates, judicial practices, and everyday life*, onuitg. doctoraatsthesis Maatschappij- en gedragswetenschappen, Universiteit van Amsterdam, 2009

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Dynamiek in islamitisch activisme*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006.

## Artikel

ABDELAAL, M.A., "Religious Constitutionalism in Egypt: a case study. *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2013

AZIZ, A., "Islāh.", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013. <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islam-COM\\_0386](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islam-COM_0386)>

BERNAND, M., "Kiyās." *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013, <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM\\_0527](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kiyas-COM_0527)>

- BOYLE, K., "Human Rights in Egypt: International Commitments", *The role of the judiciary in the protection of human rights*. Kluwer law international
- BROWN, N.J., "Judicial Review and the Arab World, *Journal of Democracy*, 1998, 5
- DUPRET, B., "What is Islamic Law?", *Theory, Culture and Society*, 2002
- DUPRET, B., "La chari'a est la source de la législation": interprétations jurisprudentielles et théories juridiques", *Annuaire de l'Afrique du Nord*, CNRS Editions, 130.
- DWORKIN, R., "Controverses constitutionnelles", *Pouvoirs*, Paris, Presses Universitaires de France
- HALLAQ, Wael B., 1984, "Was the Gate of Ijtihad Closed?", *International Journal of Middle East Studies*, Cambridge: Cambridge University Press, XVI
- HEINRICH, W.P., "'Kawā'id Fikhiyya." Encyclopaedia of Islam, Second Edition, Brill Online, 2013, <[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kawaid-fikhiyya-SIM\\_8763](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/kawaid-fikhiyya-SIM_8763)>
- AL-HIBRI, A *Study of Islamic Herstory: Or How Did We Ever Get Into This Mess?*, in "Women and islam", 1982, Pergamon Press, Oxford, 216.
- HIRSHL, R., "Constitutional Courts v . Religious Fundamentalism, *Texas Law Review*
- AL-JABRI, Intellectuele vernieuwing in een modern hervormingsproject. WWW.JABRIABED.NET
- JOHANSEN, B., "The Case of France and Egypt", *The role of the judiciary in the protection of human rights*. Kluwer law international, 1997
- KAMRAVA, M., "Introduction: Reformist Islam in Comparative Perspective" in *The New Voices of Islam*, Londen, Tauris, , 2006
- KRUIJS VOORBERGE, N., "De nieuwe Egyptische wet op het personeel statuut." *Recht van de Islam* 5, 1987
- LOMBARDI, C.B., "Islamic law as a source of constitutional law in Egypt: The constitutionalization of the Sharia in a modern Arab state." *Columbian Journal of Transnational Law*, 1998,
- LOMBARDI, Clark B. "Constitutional Provisions Making Sharia" A" or" The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?." *American University International Law Review* , 2013
- LOMBARDI, C. B., AND BROWN, N.J., "Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights-How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law." *American University. International Law Review*, 2005, 418-419.
- LOMBARDI, C.B., BROWN, N.J., "Islam in Egypt's New Constitution", *Foreign Policy*, 13 december 2012, <[http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam\\_in\\_egypts\\_new\\_constitution](http://mideast.foreignpolicy.com/posts/2012/12/13/islam_in_egypts_new_constitution)>
- NOOLAM, G. M.I., 2006, "Ijtihad and its Significance for Islamic Legal Interpretation", *Michigan State Law Review*, onbekend
- PAROLIN, "(Re)Arrangement of State/Islam Relations in Egypt's Constitutional Transition", Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 6. <<http://ssrn.com/abstract=2251346>>
- RADI, S., « Pour une approche anthropologique de la réislamisation », *Égypte-Monde arabe*, 1995, 13, et « De la toile au voile : les actrices voilées et l'islamisme », *Maghreb Machrek*
- SIEGMAN, H., "The state and the individual in Sunni Islam", *Muslim World*, 1964.

VOGEL, F., "Siyâsa" i, *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill Online, 2013.  
<[http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM\\_0386](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-2/islah-COM_0386)>  
Egyptian Democracy and the Muslim Brotherhood, Institute for security studies, EU. n°10, 2011.

## **Wetgeving**

Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

Europese Verklaring van de Rechten van de Mens

### ***Origineel***

#### **EGYPTE**

wet n°1/2000

wet n°100/1985

Grondwet van 1971

Grondwet van 1971, na ammendering in 1980

Grondwettelijke Verklaring van 2011

Grondwet van 2012

Grondwettelijke Verklaring van 2013

#### **ANDEREN**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

### ***Vertaling Egyptische wetgeving***

Wet n°48 van 1979 betreffende het Hoog Grondwettelijk Hof. Deze wet werd vertaald door JACQUEMOND, R., "La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *AJJC*, IV, 1988, pp. 549-559

## **Rechtspraak**

### ***Origineel***

Hoog Grondwettelijk Hof:

HGH, 4 mei 1985, n° 20/1<sup>e</sup>

HGH, 16 mei 1987, n°131/6<sup>e</sup>

HGH, 19 mei 1990, n°37/9<sup>e</sup>

HGH, 4 januari 1992, n°22/8<sup>e</sup>

HGH, 1 februari 1992, n°41/7<sup>e</sup>

HGH, 7 maart 1992, n°37/7<sup>e</sup>

HGH, 16 mei 1992, n°6/13<sup>e</sup>

HGH, 15 mei 1993, n°7/8<sup>e</sup>

HGH, 26 maart 1994.

HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup>

HGH, 6 december 1997, n°79/18<sup>e</sup>

HGH, 1 maart 1997, n°74/17<sup>e</sup>

HGH, 3 juni 2000, n° 151/20<sup>e</sup>

HGH, 9 december 2001, n° 107/21<sup>e</sup>

HGH, 15 april 2007, n°23/20

Andere:

Hoogerechtshof Egypte in het arrest van 3 juli 1976, n°10/5<sup>e</sup>

Hoogerechtshof Canada: arrest Syndicat Northcrest t. Amselem van 30 juni 2004

Hoogerechtshof VS Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)

EHRM, 12 november 2008, n°34503/97

### **Vertaling**

HGH, 4 mei 1985, n° 20/1<sup>e</sup>

JACQUEMOND, Richard, "La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois", *AJJC*, IV, 1988, pp. 549-579.

HGH, 26 maart 1994, n°29/11

DUPRET, B., "À propos de la Constitution arabe. Présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute cour constitutionnelle égyptienne", *Islamic Law and Society*, Leiden, Brill, 1997, 91-124.

HGH, 18 mei 1996, n°8/ 17<sup>e</sup>

BROWN, J.N. en LOMBARDI, C.B., "The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: an annotated translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No.8 of Judicial Year 17", *American University International Law Review*, 21, p.437-460.

## Appendix A

Voor de rechtspraak in de periode 2004 – tot de revolutie in januari 2011 werd gebruik gemaakt van de website van het Hoog Grondwettelijk Hof, waar het al zijn rechtspraak publiceert. Het Hof doet elk jaar tussen de 150 en 300 uitspraken. De arresten waarin het Hof effectief uitspraak heeft gedaan werden gefilterd op uitspraken over de sharia, de gelijkheid tussen man en vrouw (art. 11), gelijkheid van kansen (art. 8), gelijkheidsbeginsel wanneer dit ingeroepen werd om discriminatie tussen gender en religie aan te vechten (art. 40), menselijke waardigheid (art. 42) en geloofsvrijheid (art. 46) (zie appendix A). Na de revolutie van 2011 lijken er geen principiële arresten te zijn uitgesproken. Dit kon echter niet volledig geverifieerd worden wegens het offline halen van de rechtspraak.

Rolnummer	Rechterlijk jaar	Datum	Onderwerp
223	23	2004/02/08	Sharia
170	22	2004/04/04	Sharia
283	23	2004/06/06	Sharia
68	19	2005/01/31	sharia
297	25	2005/02/05	Sharia
221	24	2005/03/13	Sharia
127	24	2005/06/12	sharia
221	11	2006/01/15	Sharia
113	26	2006/01/15	Sharia
296	25	2006/04/09	sharia
120	26	2006/04/09	sharia
23	20	2007/04/15	Sharia
140	27	2007/05/13	Sharia
20	70	2008/01/13	Sharia
125	7	2008/05/04	Sharia
23	33	2008/05/04	sharia
27	111	2008/07/06	Sharia
223	19	2009/01/04	sharia: non-retroactiviteit
45	28	2009/07/06	Sharia
157	21	2009/05/04	sharia: non-retroactiviteit
86	29	2010/03/07	Schending van gelijkheid tussen man en vrouw ingeroepen
25	28	2010/11/07	Sharia
36	3	2011/01/02	sharia