

**SUR LES CHEMINS
D'UN *JUS COMMUNE* UNIVERSALISABLE**

Sous la direction de Mircille Delmas-Marty,
Kathia Martin-Chenut et Camila Perruso

2021

mare & martin

Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne

**NOTES SUR LA CHARIA
ET LES TRADITIONS JURIDIQUES ISLAMIQUES***

Suleiman A. MOURAD
Professeur, Smith College (Northampton, États-Unis)

I. AVANT-PROPOS

Qu'est-ce que la loi islamique ou charia (*shari'a*) ? La réponse à cette question dépend de ce que nous présupposons comprendre par les termes islam, charia et loi. Si nous voulons dire par islam un système de croyances des musulmans, nous devons alors parler de plusieurs islams¹. De même, si par charia nous voulons dire le système juridique fondé religieusement par les musulmans, nous devons alors parler aussi de plusieurs charias, puisqu'à aucun moment de leur histoire les musulmans ne se sont entendus sur une seule. Et, si nous comprenons par lois, les règles, statuts et institutions juridiques adoptés par une société pour organiser et régler ses affaires, nous ne nous intéressons alors qu'à une caractéristique particulière de la loi islamique. Les écoles classiques de charia l'ont appliquée à tous les aspects de la vie, et non pas seulement aux aspects strictement religieux. Ainsi, devons-nous nous rappeler que les termes d'islam et de charia sont en fait des désignations très vagues et générales, et que la loi appliquée durant la période islamique classique signifiait beaucoup plus que celle d'aujourd'hui. Charia en particulier est un terme collectif qui suppose une pluralité et une grande diversité, aussi bien dans ses écoles et sous-écoles que dans la manière dont chaque école entend la loi, ses origines, ses principes et ses applications. De ce fait, toute discussion sur la loi islamique doit clarifier de quelle école de charia spécifique il s'agit².

D'autres clarifications importantes doivent être notées au début de toute discussion sur la loi islamique. Une en particulier porte sur le fait que la loi

* Cette contribution est traduite de l'anglais par Rana KNO. Je remercie Mme le professeur Muriel Fabre Magnan (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) pour ses précieux commentaires.

1. Sur la multiplicité et la complexité de l'islam, v. S. MOURAD, *La mosaïque de l'islam*, Paris, Fayard, 2016.

2. Un exemple sur combien le manque de distinction mène à une confusion totale et à de mauvaises généralisations sur la loi islamique est constitué par l'étude de M. H. KAMALI, « Shari'ah and Civil Law : Towards a Methodology of Harmonization », *Islamic Law and Society* 2007, 14(3), p. 391-420.

islamique classique traite de deux domaines : le domaine des lois religieuses concernant les rituels et pratiques qui s'appliquent seulement aux musulmans, et le domaine de l'empire islamique (avec des lois portant sur des sujets tels que les compétences et la légitimité des dirigeants, le marché et les échanges, la moralité sociale et personnelle, les crimes, etc.), qui s'applique à tous ceux qui vivent sous l'autorité islamique. La raison en est que jusqu'au XVIII^e siècle, les califes et les sultans musulmans ne nommaient pas différemment des juges religieux et des juges civils³. C'étaient les mêmes juges musulmans qui traitaient des deux domaines. En termes purement religieux, les lois de charia ne s'appliquaient pas aux non-musulmans, lesquels, dans la plupart des cas, sauf quelques exceptions, avaient sous la charia droit à leurs propres systèmes juridiques intercommunautaires (les juifs avaient leurs lois juives, les chrétiens leurs lois chrétiennes, etc.). Mais, lorsqu'il s'agissait de gérer les affaires de l'empire, les musulmans n'avaient pas introduit un système juridique distinct pour aborder les questions et les problèmes que nous considérons de nos jours comme ceux de « l'État ». La charia traitait des affaires de « l'État », des besoins réglementaires de la société, ainsi que des affaires religieuses et personnelles des individus et des familles. En contraste, ces deux domaines sont structurellement distincts de nos jours. Une majorité écrasante de pays musulmans a réduit l'application de la charia au domaine strictement religieux (les besoins des individus et des familles, tels que les contrats de mariage, l'héritage, les pratiques religieuses, etc.). Ces pays ont rassemblé les domaines civils et séculaires dans un nouveau système juridique basé sur une constitution moderne, mais dont le rapport avec le domaine religieux n'est pas clairement démarqué.

Une autre clarification importante est liée à la question de l'origine de la charia et de qui la définit. Le Coran conseille vivement à tous les croyants (musulmans et non-musulmans) d'honorer leurs charias respectives comme Dieu les a données (ex. versets 5.48 et 6.145-146). Par contre, le Coran ne définit pas la charia qui appartient aux musulmans. Le Coran liste des règles (l'incursion du texte dans la loi positive est limitée à quelques centaines de versets parmi 6 536)⁴, mais n'offre pas un code pénal ni ne mentionne où le trouver. Or, si le Coran ne définit pas

3. La codification des coutumes impériales du sultan ottoman Suleyman le Magnifique (r. 1520-1566) constitue une exception ; v. ci-après.

4. Les chercheurs donnent des estimations différentes. Par ex. N. COULSON, *A History of Islamic Law*, Edimbourg, Edinburgh University Press, 1964, p. 12, estime qu'il y a 600 versets, dont 80 s'adressent strictement aux questions de loi. M. H. KAMALI, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge, Islamic Texts Society, 1991, p. 19-20, les estime à 640 versets. W. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-Fiqh*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 10, indique qu'il y a environ 500 versets. Ceci montre que tous ces chiffres ne sont que des estimations improvisées et imprécises. À noter que si nous acceptons en tant que loi ce que le texte « légifère » à son audience sur ce qu'il doit faire ou ne pas faire, le Coran contient alors beaucoup plus de déclarations « légales » qu'on ne le pense.

la charia, qui donc est supposé le faire ? Le Coran est muet sur ce point. Même dans des déclarations comme « Ce que le messager vous apporte prenez, et ce qu'il vous interdit évitez » (verset 59.7), il n'est pas clair que ceci fasse référence à une révélation ou à autre chose. Le début de l'histoire islamique nous démontre sans aucun doute que les musulmans n'étaient pas d'accord sur son sens. Plusieurs des premiers sunnites argumentent qu'il revenait au prophète de définir et d'affiner la charia, et après lui aux califes, compagnons et leurs successeurs. Mais plusieurs autres (certains des premiers sunnites et shiites) n'étaient pas du même avis et proposaient d'autres procédés pour définir la charia, y compris pour faire appel à d'autres systèmes légaux qui existaient préalablement⁵. Le résultat : plusieurs écoles de charia, comme nous le verrons ci-après.

À noter aussi que, contrairement aux systèmes juridiques modernes, la charia ne se trouve pas dans une compilation spécifique (ce qui est aussi le cas pour chaque école de la loi islamique). Vu la diversité des sources, les lois de la charia sont dispersées dans une variété de textes littéraires : Coran, collections de Hadith, livres d'exégèse coranique, traités de théologie, livres de jurisprudence, opinions religieuses (*fatwas*), essais sur le jihad, traités de prière, livres de moralité générale, etc. À ce sujet, il n'y a jamais eu dans l'histoire islamique de source spécifique, encore moins une autorité centrale (individu ou conseil) qui puisse parler pour toute la charia, même chez les chiites qui croyaient que leurs imams avaient un tel mandat. En général, nous avons les avis de savants (ce qui est aussi le cas dans la forme dominante chiite, appelée duodécimain), qui à travers le temps se sont unis autour d'écoles distinctes de charia (en arabe, *madhhab*). Chaque *madhhab* définit la charia par rapport à un système plus ou moins harmonieux, bien que teinté de discordes internes, qui combine des éléments sur la théorie de la loi ainsi que sur les applications de la loi.

De plus, les écoles islamiques classiques dépendaient de la volonté politique du dirigeant pour financer les institutions juridiques (juges, cours, etc.) et pour mettre en vigueur les lois et les règlements. Plus important encore, la plupart des lois islamiques étaient débattues et définies par des juristes dans leur capacité d'érudits. Les lois n'émanaient pas seulement des cours et des procédures législatives. Ainsi, la loi islamique classique ne se compare-t-elle pas aux systèmes légaux contemporains qui sont produits par des juridictions ou des corps législatifs avec l'objectif d'harmoniser et de conformer les lois⁶. L'essentiel de ce que nous appelons des « lois » dans n'importe quel système de charia ne représente en fait que des opinions légales, et non pas des lois, et les juristes et les savants

5. Pour une étude exceptionnelle sur la formation de la pensée et de la pratique de la loi islamique, v. l'ouvrage de L. SALAYMEH, *The Beginnings of Islamic Law : Late Antique Islamic Legal Traditions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

6. Pour une discussion sur ce sujet, v. l'importante étude de H. BENKHEIRA, « Sur la nature du Droit islamique », *Revista de Direito Internacional : Brazilian Journal of International Law* 2018, 15(3), p. 14-23.

n'hésitaient pas à se contredire ou même à accepter des contradictions légales comme des règles plausibles.

Finalement, il faut prendre en considération une période déterminée quand on parle de la charia. La loi islamique contemporaine est différente de la loi islamique de la période prémoderne. Le phénomène de la fatwa est indicatif du fait que les musulmans en général, et ceux qui prononcent les fatwas en particulier, ne maîtrisent pas le savoir, manquent de spécialisation dans la loi islamique, et recourent à des agissements désordonnés et aléatoires pour traiter les besoins des croyants. De plus, durant les trois premiers siècles de l'islam, la charia ne s'est pas conformée aux systèmes des écoles, et elle était bien différente des lois islamiques pratiquées dans le système des écoles à partir du X^e siècle⁷.

II. LES SOURCES DE LA LOI ISLAMIQUE ET LES TRADITIONS JURIDIQUES

Comme plusieurs systèmes juridiques, chaque école de charia a adopté, à partir du X^e siècle, un cadre théorique et un cadre pratique. Le premier se dénomme *usul al-fiqh* (principes de la loi) et le second est connu comme *furu' al-fiqh* (applications de la loi). Le but du cadre théorique est d'identifier les sources de charia et d'établir les principes herméneutiques et les procédures qui permettent d'extrapoler des règles de ces sources. Le but du cadre pratique est de déterminer les lois à suivre. Il est intéressant de noter que les applications de la loi en islam avaient émergé bien avant que le cadre théorique ne soit défini. En d'autres termes, les principes de la loi n'étaient déterminés qu'après que les juristes aient appliqué déjà la loi. Donc, les trois premiers siècles de pratique et de pensée légale des juristes et savants musulmans, en dépit de leurs divergences et contradictions, sont considérés comme un composant fondamental de la charia normative par rapport à chaque école. C'est la discussion sur la durée maximale d'une grossesse dans un ouvrage majeur sur la jurisprudence par le juriste

7. Pour une analyse historique de la charia sunnite, v. W. B. HALLAQ, *Shari'a : Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Je dois préciser que ce livre conçoit la loi islamique sunnite dominante comme étant la loi islamique générale, et qu'il la traite comme un système juridique cohérent pour la rendre intelligible aux étudiants en droit de nos jours qui ne comprennent la loi que sous la forme d'un système. Ceci n'est pas le but de cette contribution. Je ne limite pas la discussion à une loi islamique spécifique ni la traite comme un système, parce que c'est justement cette incohérence de la charia qui la rend intéressante. Parcellément, W. B. Hallaq essaie de proposer une harmonie dans la loi sunnite. Mais en tant qu'historien, je cherche à prouver la complexité et les contradictions inhérentes entre théorie et pratique, ainsi que dans chaque domaine, ce qui permettrait aux juristes de manipuler la loi. Finalement, la loi islamique n'a jamais été un domaine exclusif des « juristes ». Beaucoup de savants prémodernes intervenaient pour former, discuter et définir la charia.

Damascène Ibn Qudama (d. 1223) qui reflète le mieux ce point. Un juriste renommé de l'école hanbalite de la loi sunnite, Ibn Qudama, avait admis que les sunnites n'avaient pas abouti à un accord à ce sujet, et il présenta plusieurs points de vue à propos de la durée maximale d'une grossesse :

- deux ans : 'A'isha (d. 678), Abu Hanifa (d. 767), Sufyan al-Thawri (d. 778), et Ibn Hanbal (d. 855).
- trois ans : al-Layth b. Sa'd (d. 791).
- quatre ans : le calife 'Umar (d. 644), al-Shafi'i (d. 820), Malik (d. 795), Ibn Hanbal et l'opinion dominante des hanbalites.
- cinq ans : 'Abbad b. al-'Awwam (d. 804).
- six ans : al-Zuhri (d. 741).
- sept ans : al-Zuhri.
- sans temps limite : Abu 'Ubayd (d. 838)⁸.

Pendant combien de temps une femme peut-elle être enceinte ? Les juristes musulmans médiévaux n'avaient pas une position uniforme. La question se pose de savoir d'où provient cette vaste diversité d'opinions. Le Coran a un avis à ce sujet : « Sa gestation et son sevrage durent trente mois » (verset 46.15). Ailleurs le Coran déclare : « Les mères allaiteront leurs bébés pour deux années complètes » (verset 2.233). Donc, d'après le Coran, il faut trente mois pour porter, mettre au monde et allaiter un enfant. Si l'allaitement prend deux ans, il ne reste plus que six mois pour la grossesse⁹, ce qui correspond exactement à ce qu'Ibn Qudama déclare être la durée minimale d'une grossesse. Or, dans la section sur la durée maximale d'une grossesse, il argumente que, « par rapport à notre point de vue, lorsqu'il n'existe pas de texte bien clair sur un sujet, la règle se décide par rapport à ce qui existe en réalité »¹⁰. Mais, comme nous venons de le voir, il existe un texte très clair dans le Coran sur la durée d'une grossesse. Comment se fait-il qu'Ibn Qudama l'ait ignoré ? C'est parce qu'il a donné plus d'importance à ce que les premiers juristes musulmans avaient dit à ce sujet, ce qui est très curieux. D'un côté, le fait qu'il les liste tous montre qu'il les accepte comme des opinions valables, même s'il indique que sa propre école limite la durée à quatre ans (élément intéressant, Ibn Hanbal, le fondateur de l'école hanbalite, est connu pour avoir exprimé deux opinions : une limite de durée à deux ans, l'autre à quatre). D'un autre côté, ceci montre que les juristes, en général, étaient contraints de consulter d'autres écoles afin de déterminer les règles de la charia dans tout type d'affaires¹¹.

8. IBN QUDAMA, *al-Mughni*, Le Caire, Maktabat al-Qahira, 1968, vol. 8, p. 121-122.

9. Si le Coran signifie 30 mois lunaires, la période entière est donc équivalente à deux ans et cinq mois solaires.

10. IBN QUDAMA, *al-Mughni*, vol. 8, p. 121.

11. En général, les juristes sunnites consultaient et citaient des juristes sunnites, et les chiites des chiites. Mais il y a des cas d'influences et d'emprunts entre les sunnites et les

Contrairement à la formule convenue utilisée de façon mécanique, qui paraît dans de nombreux écrits sur la loi islamique, le Coran n'était pas le point de départ ni le texte d'autorité absolue lorsqu'il s'agissait de la théorie ou de la pratique juridique. Ceci est le cas même pour les écoles qui disent ouvertement donner au Coran une place première, telle l'école hanbalite à laquelle adhère Ibn Qudama.

Chaque fois qu'il y avait un désaccord entre le Coran et les opinions légales attribuées au prophète Muhammad ou aux premiers juristes musulmans, le Coran était ignoré ou réinterprété pour soutenir leur opinion. Ceci est dû au fait que la base des principes de la loi islamique est la théologie (*kalam*). La théologie détermine comment les problèmes sont réglés, et par conséquent renseigne sur les variations entre les érudits concernant les sources de la loi islamique. Par exemple, les juristes chiites considèrent les imams (souvent dénommés les Corans parlants)¹² comme une source absolue et adhèrent à leurs enseignements. Ce sont les paroles du juriste al-Qadi al-Nu'man (d. 974) qui expriment le mieux cette prémisse :

Dieu révéla son Livre, y rassembla toutes les obligations religieuses qu'il imposa aux croyants, y clarifia ce qu'il jugea devoir être clarifié, et laissa ambigu ce qu'il jugea devoir laisser ambigu. Il fit ceci pour obliger les croyants à avoir besoin de ceux qu'il fit supérieurs à eux, et à l'obéissance qu'il leur imposa comme une condition à la foi, afin de les guider vers les imams. Il donna exclusivement le savoir de la religion aux imams, et poussa les croyants à dépendre des imams à cet égard¹³.

Donc, pour al-Qadi al-Nu'man, les imams, et eux seuls, ont accès aux lois de dieu, y compris à celles du Coran, les claires et les dissimulées. Il n'est donc pas surprenant que le chiisme exige comme condition de foi la croyance dans le rôle divin des imams. Par rapport au théologien duodécimain al-Nawbakhti (d. entre 912 et 922), l'absence d'imams est synonyme d'absence de loi :

S'il n'y avait que deux personnes sur terre, une d'entre elles doit être la preuve de dieu pour que son commandement persiste. Si une meurt, celle qui a survécu serait la preuve pour que les commandements et les prohibitions de dieu continuent à être maintenus dans sa création¹⁴.

Les juristes sunnites et chiites ne sont pas du même avis sur cette prémisse théologique concernant le rôle exclusif de l'imam. Ils se trouvent même en désaccord

chiites. V. par ex. l'introduction de Devin STEWART pour l'ouvrage d'AL-QADI AL-NU'MAN, *Disagreements of the Jurists: A Manual of Islamic Legal Theory*, éd. et trad. D. J. STEWART, New York, NYUP, 2015.

12. Sur le sujet de l'imam comme Coran parlant v. l'ouvrage essentiel de M. Ali AMIR-MOEZZI, *Le Coran silencieux et le Coran parlant*, Paris, Éditions du CNRS, 2011.

13. AL-QADI AL-NU'MAN, *Disagreements of the Jurists*, p. 45.

14. AL-NAWBAKHTI, *Kitab Firaq al-Shi'a*, éd. H. Ritter, Istanbul, Matba'at al-Dawla, 1931, p. 90.

entre eux. Certains, dont al-Shafi'i, proclament que les sources révélées (Coran et Sunna) sont supérieures à toutes les autres, alors que d'autres juristes, tels Abu Hanifa et les hanafites, placent le raisonnement subjectif (*istihsan*) et l'opinion saine (*ra'y*) du juriste à parts égales avec les textes révélés. Al-Shafi'i, en particulier, a exercé une influence considérable sur les principes de loi sunnites. Et le système qu'il proposa eut en quelque sorte un impact sur les systèmes de ses adversaires sunnites, surtout en reconcentrant le sunnisme autour de la Sunna de Muhammad. Par exemple al-Shafi'i argumente que :

L'obligation que dieu a imposée de suivre les commandements de son messenger montre que la pratique du messenger de dieu est reçue de dieu seul, donc quiconque la suit le fait en raison du Livre de dieu. Autant qu'on le sache, dieu n'a fourni aucune rédaction révélée sous la forme de textes clairs contraignant ses créatures, excepté ceux de son Livre et de la Sunna de son prophète. Donc si cette Sunna est comme je l'ai décrite, et s'il est impossible de confondre avec elle les paroles d'une autre créature de dieu, alors seul son semblable peut l'abroger. Il n'y a rien de comparable au Livre de dieu que la Sunna du prophète parce que ce que dieu a accordé à son prophète il ne l'a accordé à personne après lui. En effet, il obligea ses créatures à suivre le prophète et a fait du commandement du prophète une obligation pour eux. Le partisan ne doit pas contrevenir à ce qu'il est obligé de suivre. Quiconque doit suivre la Sunna du messenger de dieu ne peut la contredire et n'a aucune compétence pour l'abroger en aucune manière¹⁵.

Dans un autre exemple, al-Shafi'i liste trois catégories de formulations législatives dans le Coran et la Sunna de Muhammad.

– formulations dans le Livre parfaitement claires qui concernent des obligations, et dont rien d'autre n'est requis en plus qui les regarde ;

– formulations dans le Livre qui présentent des obligations pour lesquelles dieu commanda d'obéir à son messenger parce que le messenger de dieu explique, de la part de dieu, comment les exécuter, à qui elles s'imposent, et quand certains de ses aspects deviennent inapplicables ou obligatoires ;

– formulations qu'il fut seulement à travers la Sunna de son prophète, sans aucun texte scriptural explicite.

Al-Shafi'i conclut ensuite :

Telles sont les formulations législatives dans le Livre de dieu. Toute personne qui accepte les obligations de dieu dans son Livre accepte la Sunna du messenger de dieu par dieu en raison du fait qu'il impose à ses créatures l'obligation d'obéir à son messenger et d'exécuter ses jugements.

15. AL-SHAFI'I, *The Epistle on Legal Theory*, éd. et trad. J. E. Lowry, New York, NYUP, 2013, p. 84-85.

Quiconque accepte une chose du messenger de dieu, l'accepte de dieu parce que dieu impose l'obligation de lui obéir¹⁶.

D'autres juristes sunnites attestent que la Sunna provient de dieu. L'érudit malikite Ibn 'Abd al-Barr. (d. 1071) dit :

Al-Awza'i racontait que Hassan b. 'Atiyya lui avait relaté que : « La révélation venait au messenger de dieu (que dieu le bénisse et lui accorde le salut), et Gabriel lui apportait la Sunna qui l'explique »¹⁷.

Dans cette discussion, il semble plutôt évident que le Coran et la Sunna de Muhammad sont tous deux des sources révélées et fonctionnent ensemble pour former une unité intégrale qui doit être la base de la loi islamique sunnite. Comme dans le cas du chiisme, ceci est en tout premier lieu une prémisse théologique.

Néanmoins, toutes les écoles de loi islamiques admettent que le cadre théorique de la charia a besoin de catégories supplémentaires pour fonctionner correctement. Par exemple, certaines écoles incluent le concept de consensus (*ijma'*) dans la catégorie des sources. Au début, cela faisait référence aux sujets sur lesquels s'entendaient les premières générations de spécialistes musulmans. Avec le temps, le consensus est devenu un corpus croissant reflétant l'accord des juristes à travers les siècles. De plus, mises à part les sources (qui peuvent être textuelles ou humaines), il y a aussi des outils herméneutiques tels le raisonnement subjectif (*istihsan*), le raisonnement intellectuel informé (*ijtihad al-ra'y*), le raisonnement analogique (*qiyas*), etc. Le mélange des sources textuelles/humaines et des outils herméneutiques sous la rubrique des principes de loi révèle le processus manipulatoire qui a permis aux juristes de faire de la loi islamique un domaine auquel eux seuls sont en mesure d'accéder et qu'ils peuvent expliquer. Je veux précisément dire que le juriste est lui-même l'autorité qui, au nom de dieu, peut véritablement expliquer la charia au reste des musulmans¹⁸.

D'ailleurs, nous réalisons la multipolarité des sources de la charia. Cette multipolarité devient problématique lorsque les sources ne sont pas du même avis, exigeant du juriste, comme nous le verrons ultérieurement, de forger des outils supplémentaires pour résoudre le désaccord sans compromettre l'intégrité des sources, telle la notion d'abrogation.

Le théologien et juriste sunnite renommé al-Ghazali (d. 1111), par exemple, donne une idée claire de ce processus. Il liste quatre pivots centraux qui, à son

avis, constituent les principes de la loi islamique et permettent au juriste de déduire les lois des sources :

1. Le premier pivot est le fruit, qui fait référence aux règles elles-mêmes : obligatoire, prohibitif, suggestif, restrictif, permissif, répréhensible, etc.
2. Le second est le porteur du fruit, qui fait référence aux trois sources : le Livre, la Sunna, le Consensus et rien d'autre.
3. Le troisième pivot est la méthode de récolte, qui fait référence aux méthodes d'enquête : par rapport au sens explicite, au sens implicite, à l'usage le plus commun, ou à l'analyse rationnelle et déductive.
4. Le quatrième pivot est le récolteur, qui est l'enquêteur (*mujtahid*)¹⁹.

Il est clair, par rapport à al-Ghazali, que l'enquêteur doit appliquer les méthodes de recherche de façon à produire à partir des sources les différentes règles judiciaires. Les sources ne parlent donc pas par elles-mêmes. Elles ont besoin de l'enquêteur pour déterminer leur sens par rapport aux outils herméneutiques, lesquels deviennent donc pratiquement aussi importants que les sources elles-mêmes.

L'opinion d'al-Ghazali constitue donc une parmi plusieurs variantes concernant les sources et les outils qui forment la base des principes de la loi islamique. Les juristes musulmans n'étaient jamais du même avis à propos des sources/outils et de leur classement. Par exemple, Ibn Tahir al-Baghdadi (d. 1037), qui était un important théoricien juridique chaféite, a exposé par inadvertance l'incohérence existant entre la théorisation pure et la théorie pratique relativement aux sources de la charia et à leur classement. Dans sa discussion sur la permissivité des fruits de mer, al-Baghdadi note non seulement le désaccord général parmi les écoles, mais aussi celui au sein de sa propre école :

Les chaféites ont des avis divergents en ce qui concerne les animaux aquatiques. Certains proclament que le poisson est autorisé, et non pas la grenouille. D'autres disent que si un animal a la forme d'un poisson ou d'un animal rituellement abattu de bonne foi, il est alors permis de le manger s'il provient de la mer sans avoir été rituellement abattu ; par contre, si l'animal a la forme de quelque chose qu'il n'est pas permis de manger de bonne foi, alors il est interdit de le manger ; c'est le jugement d'Abu Thawr. D'autres disent que tout ce qui provient de la mer doit être jugé selon la loi sur les poissons à l'exception de la grenouille parce que le prophète a interdit de la tuer ; c'est le jugement de 'Ali b. Khayran. Malik et Rabi'a déclarent tous les animaux aquatiques autorisés, même la tortue et autres animaux semblables ; ceci est suggéré dans un rapport d'Abu Bakr qui dit : « Il n'y a rien d'autre dans la mer que des animaux

16. AL-SHAH'I, *The Epistle*, p. 26-27.

17. IBN 'ABD AL-BARR, *Jami' bayan al-'ilm wa-fadlih*, éd. A.-A. al-Zuhayri, Riyad, Dar Ibn al-Jawzi, 1994, vol. 2, p. 1193.

18. Sur ce sujet, v. S. MOURAD, « Behold the Jurist ! The Indispensable Interpreter of God in Islam », in S. BESSON et S. JUBÉ (dir.), *Concertier les civilisations : mélanges en l'honneur d'Alain Supiot*, Paris, Éditions du Scuil, 2020, p. 319-329.

19. AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, éd. M. al-Shafi, Beyrouth, Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1993, p. 7.

que dieu abattra pour vous. » Abu Hanifa interdit tout ce qui n'a pas la forme d'un poisson parmi les animaux aquatiques²⁰.

Bien que la discussion porte sur la pratique – quel animal de la mer est-il légitime ou non de manger – elle montre une faille importante entre la théorie et la pratique durant les premiers siècles de l'islam, ce qui a influencé la nature de la loi islamique à venir. À noter que le Coran donne un avis à ce sujet : « La chasse en mer est licite pour vous et aussi sa consommation, pour votre plaisir et celle des voyageurs » (verset 5.96). Or ce verset ne figure nulle part dans la présente discussion, avant ou après. Il est important de noter que dans son autre livre sur les principes de religion, Ibn Tahir al-Baghdadi allègue que le consensus dans son école est que rien n'abroge le Coran que le Coran lui-même, et que l'analogie ne peut abroger le Coran ou la Sunna²¹. Cependant, son texte ci-dessus montre qu'il a accepté quatre opinions divergentes, chacune basée sur une source autre que le Coran. L'une dit que le prophète Muhammad interdit seulement la grenouille (probablement parce que elle est amphibie). Une autre cite le point de vue du premier calife Abu Bakr qui autorise tout ce qui provient de la mer. La troisième est attribuée à Abu Hanifa ; c'est la plus restrictive, autorisant seulement ce qui a la forme d'un poisson (ce qui pourrait être basé sur la loi juive). La quatrième opinion divise les animaux de la mer en deux catégories sans en donner une clarification nette, en se basant sur une analogie (déterminer quels sont les fruits de mer comestibles en comparant leur forme à celle des animaux terrestres). Elle est attribuée au juriste Abu Thawr (d. 854), qui à un moment donné a eu sa propre « école » de loi, laquelle s'est fusionnée quelque temps après sa mort avec l'école chafite.

Al-Baghdadi admet essentiellement que tous ces points de vue sont légitimes tant que son école est concernée, ce qui veut dire qu'il ignore le Coran et qu'il place sur un pied d'égalité l'opinion du prophète (ce qui est la Sunna), l'opinion du calife Abu Bakr²², et celles des juristes Abu Hanifa et Abu Thawr. S'il avait suivi la théorie pure sur les prémisses de son école chafite, il aurait dû rejeter trois de ces avis parce qu'ils contredisaient le Coran, ou du moins il aurait dû rejeter l'avis d'Abu Thawr parce qu'il était basé sur une analogie, et que l'analogie ne peut abroger la Sunna du Prophète. Nous réalisons donc que la classification supérieure des sources concernant celles qui sont révélées (le Coran et la Sunna) par rapport aux autres sources est défectueuse, surtout si nous pensons que c'est ce cadre qui donna forme à la loi islamique.

20. AL-BAGHDADI, *al-Nasikh wa-l-mansukh*, éd. H. 'Abd al-Hadi, Amman, Dar al-'Adawi, 1987, p. 104-105.

21. AL-BAGHDADI, *Kitab Usul al-Din*, Istanbul, Matba'at al-Dawla, 1928, p. 228.

22. Il n'est pas évident qu'Abu Bakr ait fondé son opinion sur le verset 5.96, mais il semble clair qu'Al-Baghdadi n'a pas fait le lien entre les deux, et considérerait l'opinion d'Abu Bakr comme son avis personnel.

Il est intéressant aussi de noter qu'al-Baghdadi envisageait deux aspects de la loi, que Hans Kelsen – dans son livre *Théorie Pure du Droit* – définit comme l'aspect statique et l'aspect dynamique. Les opinions de Muhammad, Abu Bakr, Abu Hanifa, et Abu Thawr ont été formulées à différentes reprises durant les trois premiers siècles de l'islam comme faisant partie d'un processus dynamique du raisonnement judiciaire et de la jurisprudence, et, à travers le temps, elles sont devenues des règles statiques.

Donc, en pratique, il existe une divergence au sein de l'islam entre les sunnites et les chiites au sujet des sources, ainsi qu'une divergence parmi les sectes. Les chiites considèrent leurs imams comme des sources de lois, et comme des Corans « parlants », mais ils sont en vif désaccord sur la lignée et l'autorité des anciens imams vis-à-vis des nouveaux. Les communautés chiites, qui avaient toujours un imam parmi elles, considèrent ce personnage comme une charia ambulante, en mesure de faire supplanter une charia ancienne par la leur (nous remarquons cette même dynamique chez les chiites ismaélites de nos jours). Chez les chiites duodécimains, de pareils imams n'existent plus depuis la fin du IX^e siècle. C'était le rôle des juristes de redéfinir la loi, et pour y parvenir ceux-ci empruntèrent certaines idées à la théorie judiciaire sunnite, sauf que les enseignements de leurs anciens imams devinrent une part de la Sunna. Il y avait aussi la loi juive, que plusieurs des premiers juristes musulmans ont utilisée comme source de loi, la loi juive étant considérée comme révélée et valide. De la sorte, les règles d'origine juive cessèrent d'être « juives » et devinrent des lois islamiques.

Les écoles sunnites incluent aussi les coutumes ('*urf*) comme des sources de la loi. Accepter l'*urf* comme une autre source reflète de supposer qu'il est dans l'intérêt d'une communauté de maintenir certaines de ses coutumes linguistiques et sociales ;²³ ce qui explique les variations d'une même école de loi dans différentes parties du monde. Par exemple, dans l'Afrique du Nord et le Sahara, la charia malikite stipule qu'une femme peut tomber enceinte jusqu'à une période de cinq ans après avoir eu des rapports avec son mari. Il est possible que les juristes malikites médiévaux aient lutté pour normaliser les pratiques de leurs communautés. Cette coutume d'un embryon endormi touche au problème de ces sociétés où les hommes laissaient leurs femmes seules pendant de longues périodes de temps pour le commerce ou la guerre. C'était une façon ingénieuse d'expliquer les grossesses « étranges ». Dans les termes stricts de la loi malikite, les grossesses inexpliquées d'une femme mariée ou veuve étaient châtiées par la lapidation. Donc, dans l'intérêt public, les juristes malikites ont « islamisé » cette coutume de l'embryon dormant, qui n'existait nulle part ailleurs dans le monde musulman, où les juristes (même malikites) n'acceptaient pas ce '*urf*. Inutile

23. Sur la coutume dans la pensée juridique islamique, v. A. SHABANA, *Custom in Islamic Law and Legal Theory : The Development of the Concepts of 'Urf and 'Adab in the Islamic Legal Tradition*, New York, Palgrave, 2010.

de dire qu'avec la science moderne l'avis concernant l'embryon dormant et les grossesses qui durent plus de neuf mois est rejeté aujourd'hui par la plupart des juristes religieux²⁴.

Si l'on en revient aux composants herméneutiques des principes de la loi islamique, ceux-ci comportent les outils qui permettent aux juristes de lire et d'interpréter convenablement les sources. Nous devons les comprendre plutôt comme des outils qui autorisent le transfert de l'autorité judiciaire des sources aux juristes. Une théologie solide et une connaissance des principes du langage (lexicologie, grammaire, syntaxe, métaphore, hyperbole, etc.) sont probablement les plus fondamentaux de ces outils herméneutiques. Si le juriste est partisan d'avis théologiques erronés et ne connaît pas le langage et ses règles, il ne peut comprendre les sources de la loi, menant par la suite à des lois contradictoires à ce que les sources disent ou ont l'intention de dire. D'autres outils herméneutiques incluent l'abrogation (*naskh*), où un verset du Coran ou Sunna annule un autre verset ou Sunna, et le raisonnement analogique ou *qiyas* qui permet le transfert d'une règle à un cas comparable. Il y a aussi les stipulations générales ('*am*) ou spécifiques (*khass*) qui déterminent l'applicabilité d'un cas dans un cadre universel ou restreint à des circonstances distinctives. Puis se présentent les expressions littérales (*haqiqa*) et figuratives (*majaz*), et les déclarations explicites (*muzhar*) et implicites (*mudmar*) des sources, qui distinguent entre ce qui doit être accepté littéralement et explicitement par opposition à ce qui doit être compris figurativement et implicitement. J'ajoute aussi que ces outils étaient nécessaires pour éliminer les contradictions dans les sources quand celles-ci se présentaient ou pour donner un sens différent à ce que disait un texte.

En outre, la charia dispose d'autres outils herméneutiques. Ce sont des principes qui gouvernent le raisonnement du juriste, et qui se classent dans un concept plus large que certains juristes modernes dénomment *maqasid al-shari'a* (les objectifs de la charia). Trois principes sont importants : *istihsan* (le raisonnement subjectif), *maslaha* (le bien public), et *darura* (l'extrême nécessité). Les objectifs de la charia se basent sur la conviction que la charia a un but ; celui de donner l'avantage à ceux qui croient en dieu²⁵. Les règles de la charia constituent donc

24. Un cas intéressant a été présenté en 1950 devant une cour de charia en Arabie saoudite. Un homme a accusé sa femme d'adultère à cause d'une grossesse de cinq ans et neuf mois après la dernière fois qu'ils aient eu des rapports. La cour s'est prononcée contre l'homme et l'a forcé à accepter l'enfant comme le sien. Le mari a fait appel devant le mufti de l'Arabie saoudite qui a validé cette décision. L'homme a plaidé devant le roi qui lui aussi a confirmé la décision du mufti : v. H. Al. SAYF, « Tarqid al-janin : haqiqa tubbiyya am ustura khurafiyya ? » publié sur le site d'Al-Jazeera <<http://www.al-jazirah.com/2007/20070724/sd1.htm>> (consulté le 4 novembre 2017).

25. Sur ce débat, v. R. KOUJAH, « Divine Purposiveness and its Implications in Legal Theory : The Interplay of *Kalam* and *Usul al-Fiqh* », *Islamic Law and Society* 2016, 24, p. 171-210.

simplement un moyen d'atteindre ce but. Par exemple, presque toutes les écoles de charia en islam bannissent la consommation de porc. Par contre, si le porc est le seul aliment disponible, la règle de la charia qui le bannit est remplacée par une autre règle éclairée par les objectifs de la charia, notamment par l'obligation de protéger et de sustenter la vie humaine. Pareillement, en se basant sur la notion de bien-être public (*maslaha*), plusieurs juristes permettent aux musulmans de gérer leurs obligations religieuses de façon à ne pas compromettre leur gagne-pain et leur bien-être financier (telle que l'autorisation de retarder certaines prières quotidiennes pour les accomplir en fin de journée).

Comment l'*ijtihad* rentre-t-il dans cela ? L'*ijtihad* est le processus consistant à déterminer de nouvelles règles de charia ou à réviser les anciennes en revisitant les principes de la charia. De la sorte, le juriste qui pratique l'*ijtihad* (dénommé en Islam *madhabib* ou enquêteur) peut réexaminer les sources et utiliser certains outils herméneutiques pour modifier des pratiques judiciaires établies et en introduire des nouvelles qu'il croit être précisément de l'intention de dieu. Ce qui est le mieux résumé par le grand juriste tunisien Ibn 'Ashur (d. 1973) qui paraphrase son prédécesseur malikite d'Andalousie al-Shatibi (d. 1388) : en instituant les commandements, le législateur a des objectifs primaires et secondaires. Certains d'entre eux sont explicitement formulés, à d'autres il est fait à peine allusion, d'autres encore sont déduits des textes. Nous en concluons donc que tout ce qui n'est pas clairement exposé mais qui peut être déduit par inférence provient de l'intention du législateur (dieu)²⁶.

L'*ijtihad* peut aussi impliquer de remettre en question les sources et les outils herméneutiques eux-mêmes. C'est surtout le cas depuis les deux derniers siècles. En ce sens l'*ijtihad* s'oppose à l'imitation (*taqlid*). Le *taqlid* veut dire que le juriste suit et applique les règles déjà établies, comme la plupart des juges et des avocats le font couramment de nos jours.

Sans doute le débat autour de l'*ijtihad* a-t-il divisé les musulmans, quoiqu'il n'ait jamais cessé d'être. Le fait est qu'après le IX^e siècle nous remarquons une prolifération d'écoles de loi (*madhabib*) similaires à des systèmes judiciaires organisés, chacune ayant un tribunal qui fonctionne comme les cours judiciaires de première instance aujourd'hui. Ce qui domine généralement dans ces cas c'est l'application des lois statutaires (telles que définies par l'école à laquelle appartient le juge), et non l'interprétation des lois ou la création de nouvelles. Cette procédure d'application de la loi est ce que la tradition dénomme l'imitation ou *taqlid*²⁷. Entre temps, chaque école a ses propres juristes qui interprètent la loi et en forgent de nouvelles selon les prémisses de leur école, comme le font les cours d'appel ou les cours suprêmes d'aujourd'hui. De plus, il a toujours existé

26. M. IBN 'ASHUR, *Maqasid al-shari'a al-islamiyya*, Beyrouth, Dar al-Kitab al-Lubnani, 2011, p. 20.

27. Les penseurs musulmans aujourd'hui traitent *taqlid* comme une soumission aveugle à un système juridique régressif.

en Islam des figures qui s'engageaient dans l'*ijtihad* à un niveau supérieur aux écoles de loi. De nos jours, l'*ijtihad* est fait d'une façon incohérente et manque d'une méthodologie, reflétant une scène chaotique au lieu d'une connaissance solide de la tradition de la loi islamique.

III. BIPOLARITÉ : CHARIA ET LOI CONSTITUTIONNELLE

Avec la modernité, des changements considérables se discernent dans l'attitude des musulmans envers la charia, son domaine, et son appareil judiciaire. Je veux dire précisément par là l'adoption dans chaque pays musulman d'un nouveau système judiciaire basé sur une constitution moderne, qui dans certains cas remplace la charia, ou la limite à un domaine bien spécifique, ou fonctionne en parallèle.

Ce n'est pas la première fois que la charia fait face à un défi sérieux d'un autre système légal ou pseudo-légal. Dans la période prémoderne, l'expansion du monde islamique a poussé la charia à affronter des systèmes judiciaires et des coutumes locales dans le Moyen-Orient, le Nord de l'Afrique, le Sahara, l'Asie centrale, l'Asie du Sud, etc. Les juristes musulmans ont réagi en adoptant quelques-unes des lois et des coutumes locales en tant que sources de charia, en les harmonisant par la suite avec la charia, et même en les soumettant à la juridiction de la charia. Inutile de dire que ceci n'était pas uniformément toléré par tous les juristes. Par exemple, des coutumes égyptiennes sont devenues sources de charia en Égypte, bien que certains juristes égyptiens les aient refusées. De plus, des juristes ailleurs n'avaient pas adopté les coutumes égyptiennes pour façonner leur propre charia (par exemple : les juristes en Syrie avaient rejeté la mutilation génitale des filles – connue aussi comme circoncision féminine –, mœurs auxquelles plusieurs juristes égyptiens avaient adhéré parce qu'elles faisaient partie des coutumes d'Égypte et de l'est de l'Afrique).

Je devrais aussi signaler l'effort réussi du sultan ottoman Suleiman le Magnifique (r. 1520-1566) d'introduire un système judiciaire parallèle dans l'empire ottoman sous la juridiction directe du sultan – d'où le nom de celui-ci connu parmi les musulmans comme Qanuni Suleiman, qui veut dire Suleiman le Législateur. De la sorte, les sultans ultérieurs ont pu faire appel à ce qui était reconnu comme la *Qanuni Osman* (la loi ottomane), contournant par la suite certaines matières de la charia et ses juristes (exemples : taxation, droit de propriété, droits des minorités religieuses, etc.).

Durant les XIX^e et XX^e siècles, les réformateurs musulmans ont réalisé que la réforme politique (qu'ils entendent être une étape fondamentale pour l'auto-nomisation du monde musulman contre l'hégémonie européenne) ne pouvait s'achever que si la charia était abandonnée, réformée ou réduite à un étroit domaine (principalement les contrats de mariage, l'héritage, les pratiques religieuses, et les

questions de ce genre). Ils ont encouragé des réformes du style européen, dont l'adoption de constitutions (inspirées par les constitutions européennes), qui écartent en douceur la charia.

La difficulté d'harmoniser la charia avec la modernité a pesé sur les musulmans, qui ont insisté sur le fait que l'islam était compatible avec le modernisme. Pour parvenir à leur but, certains réformateurs ont argumenté que la raison pour laquelle la charia était en contradiction avec la modernité était imputable aux musulmans eux-mêmes, parce qu'ils avaient conservé dans la charia des lois qui ne reflétaient pas l'essence véritable de l'islam, comme le dit le juriste renommé 'Abdullahi an-Na'im sur la raison pour laquelle la charia contredit les normes universelles des droits de l'homme :

À moins que le fondement de la loi islamique moderne ne s'éloigne des textes du Coran et de la Sunna de l'étape de Medina, qui constituaient les fondements de la construction de la charia, il sera impossible d'éviter des infractions aux normes universelles des droits de l'homme... Pour aboutir à ce niveau de réformes nous devons être en mesure d'établir les textes clairs et bien définis du Coran et de la Sunna de la phase de Medina comme ayant rempli leur objectif transitionnel, et de mettre en œuvre les textes du temps de La Mecque qui étaient précédemment inadéquats, mais qui constituent maintenant le seul moyen de procéder²⁸.

Ce qu'an-Na'im dit essentiellement c'est que les juristes musulmans classiques se sont trompés en acceptant les pratiques de la phase de Medina durant la carrière de Muhammad, et qu'ils ont échoué à remarquer que l'islam de La Mecque reflétait davantage les valeurs universelles et la véritable essence du message du prophète²⁹.

D'autres modernistes argumentent que la véritable voix du Coran et l'enseignement de l'islam montrent que dieu a délégué les questions judiciaires aux musulmans pour les décider. Par exemple, le moderniste sunnite indien Cheragh Ali (d. 1895) a déclaré que « la seule loi de Muhammad ou de l'islam est le Coran »³⁰, puis il a maintenu que :

Le Coran ne professe pas d'enseigner la loi sociale et politique... Ce n'était pas l'objectif du Coran et de la loi islamique de donner des détails et des instructions particulières à la loi civile, ni d'établir les principes généraux de jurisprudence³¹.

28. A. AN-NA'IM, *Toward an Islamic Reformation : Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1990, p. 179-180.

29. Pour une discussion approfondie sur cet argument, v. M. ТАИЯ (d. 1985), *The Second Message of Islam*, trad. A. AN-NA'IM, Syracuse, Syracuse University Press, 1987.

30. M. CHERAGH ALI, *The Proposed Political, Legal, and Social Reforms in Ottoman Empire and Other Mohammadan States*, Bombay : Education Society's Press, 1883, p. ii.

31. *Ibid.*, p. xiv.

Il conclut en disant que la tradition islamique « nous libère des quatre écoles de jurisprudence, et nous encourage à fonder toute législation sur les besoins du présent, et non pas sur les idées fossilisées du passé »³².

Plusieurs étaient de l'avis d'Ali. Le réformateur égyptien renommé Muhammad 'Abduh (d. 1905) a divisé l'islam en deux composantes : les croyances et pratiques religieuses ('*ibadat*) et les relations sociales (*mu'amalat*). Il a indiqué que les croyances et les pratiques religieuses sont régulées par dieu et Muhammad, et que les musulmans (individuellement ou en communauté) ne peuvent pas changer ces règles. Les relations publiques, par contre, doivent être déterminées par les musulmans eux-mêmes parce que la loi civile doit se conformer aux conditions toujours changeantes des musulmans³³. Le clerc Yusuf al-Qaradawi était partiellement d'accord avec 'Abduh, quoiqu'il ait insisté sur le fait que le jugement divin représente l'autorité législative souveraine absolue de dieu (*hakimiyya tashri'iyya amriyya*) communiquée à l'humanité à travers des messagers et des révélations, et que ceci va au-delà de toute contribution humaine. Pour Qaradawi, seules les questions déterminées par le jugement humain peuvent être modifiées³⁴.

'Abduh a aussi introduit le concept de *tafiq* (hybridation) pour permettre au juriste d'éviter les limitations de sa propre école, de les contourner et de rechercher la charia d'une autre école avec des lois plus adaptées à ses buts. Ce n'était pas une pratique totalement nouvelle, mais l'initiative d'Abduh fut introduite à un moment idéal dans la modernité islamique. Le succès de ce système d'hybridation est tellement répandu parmi les sunnites que la majorité d'entre eux ne soutient plus le strict système du *madhhab*. C'est précisément la raison pour laquelle beaucoup de sunnites de nos jours ne savent pas à quelle école de loi ils appartiennent, et qu'ils ne sont pas informés qu'il n'existe pas une charia unique en islam.

Un exemple qui illustre combien la loi islamique moderne est imbriquée dans les outils juridiques modernes que les réformateurs ont introduits et redéfinis (par exemple les objectifs de la charia, l'hybridation, etc.), est celui de la modification de deux composantes des rituels du pèlerinage (*hajj*) ; il est important de noter ici que le pèlerinage lui-même et certains de ses rituels relèvent d'anciennes coutumes de l'Arabie préislamique que les musulmans ont islamisées. Ces deux composantes sont relatives à la restriction du nombre des personnes qui peuvent

faire le *hajj* chaque année, et au sacrifice d'un animal auquel les pèlerins doivent procéder à la fin du pèlerinage.

La loi islamique, en général, exige que le pèlerinage à La Mecque soit obligatoire pour ceux qui peuvent se le permettre : étant entendu que « se le permettre » veut dire que l'individu ait les moyens financiers ainsi que la bonne santé pour entreprendre un voyage si ardu. Donc, par défaut, les juristes ont exonéré tous ceux qui ne peuvent pas satisfaire ces critères. Les juristes modernes, par contre, ont exigé une limite qui n'a rien à voir avec les moyens ou la santé. À la demande du roi d'Arabie saoudite, une limite est imposée au nombre des pèlerins en raison de l'incapacité des lieux à accueillir tous ceux qui souhaitent faire le voyage. Pour minimiser les conséquences politiques d'une telle décision, l'Arabie saoudite a demandé à l'Organisation de coopération islamique (OCI) de discuter et d'accorder cette mesure. À leur réunion tenue en Jordanie du 21 au 25 mars 1988, l'OCI a voté la fixation pour chaque pays d'un quota sur le nombre des pèlerins : un musulman sur mille par pays peut faire le pèlerinage. De nos jours, toute personne qui envisage d'effectuer le pèlerinage doit régulariser un visa de *hajj* ou une autorisation si l'individu vit en Arabie saoudite. Les visas et les autorisations sont délivrés par rapport au quota établi par l'OCI.

Le roi d'Arabie saoudite a soumis une pétition similaire au Conseil suprême des juristes religieux supérieurs de l'Arabie saoudite afin d'imposer la même limite aux Saoudiens. La pétition a été discutée par le Conseil le 1^{er} août 1997, et approuvée par une fatwa qui explique la logique de la détermination de cette limite :

Le Conseil a discuté de la réalité du problème concernant le *hajj* et de l'expérience des pèlerins à l'égard de la congestion excessive de plusieurs sites rituels, des rues, et des places, occasionnée par l'augmentation du nombre des pèlerins durant les dernières années. Ceci est le cas malgré les efforts du gouvernement d'Arabie saoudite pour faciliter l'accès aux sites rituels, et les mesures continues qu'il adopte pour faciliter aux musulmans l'accomplissement du *hajj*... Comme tel, le Conseil suprême des juristes religieux supérieurs ne voit aucune raison de s'opposer à un programme d'encadrement des pèlerins saoudiens, et le gouvernement peut notamment, si l'extrême nécessité (*darura*) l'exige, interdire à ceux qui ont déjà effectué le *hajj* de le répéter avant une période de cinq ans, comme c'est le cas pour les non-citoyens qui résident dans le royaume³⁵.

Le Conseil suprême des juristes religieux supérieurs d'Arabie saoudite qui suivent l'école hanbalite a donc utilisé la notion d'extrême nécessité pour changer une longue tradition et restreindre le nombre des pèlerins qui arrivent à La Mecque pendant une année donnée.

³⁵. La fatwa est publiée sur le site <<http://almoslim.net/node/217782>> (consulté le 4 nov. 2017).

³². *Ibid.*, p. xl.

³³. M. ABDUH, « iIkhtilaf al-qawanin bi-ikhtilaf ahwal al-umam, » dans *al-A' mal al-Kamila*, éd. M. 'Imara, Beyrouth, al-Mu'assasa al-'Arabiyya li-l-Dirasat wa-l-Nashr, 1972.

³⁴. Y. AL-QARADAWI, *Min fiqh al-dawla fi al-islam : makanatuba, ma' alimuha, tabi' atuha, mauqifuba min al-dimuqratiyya wa-l-ta'addudiyya wa-l-mar'a wa-ghayr al-muslimin*, Le Caire, Dar al-Shuruq, 1997, trad. partielle : R. L. EUBEN et M. Q. ZAMAN (dir.), *Princeton Readings in Islamist Thought, Texts and Contexts from al-Banna to Bin Laden*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 230-245.

Il y a eu aussi un autre changement majeur au rituel classique du hajj, prescrit toujours en raison des circonstances changeantes. Les écoles classiques de charia stipulent unanimement que chaque pèlerin doit offrir un sacrifice et l'administrer lui/elle-même, ou au moins être présent durant l'abattage. Dans les deux dernières décennies, et en raison du nombre considérable des pèlerins convergeant vers La Mecque, la pratique est devenue un cauchemar sanitaire autant que logistique. L'Arabie saoudite voulait limiter la pratique à des locaux professionnels spécifiques. Les juristes ne pouvaient pas catégoriquement bannir cette pratique si enracinée dans la loi islamique. En remplacement, ils ont accordé une restriction sous la forme d'un encouragement aux pèlerins à déléguer ce rituel à des organisations qui satisfont certains critères. Les pèlerins sont « encouragés » à acquérir un certificat qui déclare qu'ils se sont acquittés du rituel obligatoire du sacrifice. On trouvera ci-dessous une fatwa délivrée en 2010 en la matière par le cheikh Nuh 'Ali Salman, ancien mufti de Jordanie, qui autorise même le pèlerin à déléguer une entreprise de son propre pays, et non pas nécessairement de La Mecque :

Il est permis de déléguer l'achat et l'abattage de l'animal sacrificiel à d'autres. Il n'est donc pas prohibé selon la charia à un musulman de les déléguer à une entreprise digne de confiance. Le pèlerin acquitte le coût de l'animal sacrificiel, et l'entreprise achète et abat l'animal, même si ceci a lieu en dehors de l'Arabie saoudite, parce qu'ailleurs les animaux sont moins coûteux. Il y a par contre quelques conditions à observer :

– « L'abattage doit avoir lieu le jour de la fête d'Adha ou durant les trois jours à venir.

– ...

– « Si une entreprise est déléguée par plusieurs personnes, les bouchers doivent avoir une liste des noms des délégués, mentionner le nom de chacun avant l'abattage de l'animal correspondant, et dire qu'il est sacrifié de la part de tel ou tel. Je suis informé que les entreprises qui offrent ce service le font.

– « En conclusion, nous remercions les entreprises qui rendent ce service parce qu'elles facilitent pour les musulmans la réalisation de ce rituel, à un prix abordable pour la majorité des musulmans. Que dieu les récompense bien »³⁶.

Dans les deux fatwas, il est évident que, compte tenu des notions de bien-être public (*maslaha*) et d'extrême nécessité (*darura*), et étant donné les « nobles objectifs » (*maqasid*) de la charia, les juristes modernes peuvent modifier toute stipulation concernant la loi islamique, ce qui manifeste la mesure dans laquelle celle-ci, dans l'ensemble, procède aujourd'hui selon les préoccupations et les priorités modernes.

36. Publiée sur le site <<http://alifitaa.jo/Question.aspx?QuestionId=605#.Wf38EX1yVaw>> (consulté le 4 nov. 2017).

Il convient de signaler aussi une pratique relativement nouvelle qui s'est répandue durant le XX^e siècle avec la création des nations, notamment la nomination par l'État d'un ecclésiastique (souvent dénommé *mufti*) destiné à exercer les fonctions d'une autorité judiciaire supérieure pour tous les musulmans de la nation. Cette pratique avait été mise en place dans les grandes villes durant la période Mamlouk (1250-1517), avec un clerc maître au sein de chaque école de charia. Le mufti occupe un poste ministériel (exemples : Turquie, Jordanie, Palestine) ou considéré comme comparable à un ministère (exemples : Égypte, Arabie saoudite). Cet effort tendant à concentrer l'autorité religieuse sur un seul individu ou bureau n'a pas toujours fonctionné comme tel, surtout dans les pays où existent deux ou plusieurs sectes musulmanes de dimension considérable (tels le Liban et l'Iraq), et souvent en dehors de cet appareil politique imposé il existe des influences externes avec leurs propres légitimités et leurs propres audiences.

Où se positionne donc la charia aujourd'hui ? Dans la majorité du monde musulman, la charia, dont la portée médiévale s'était répandue dans tous les aspects de la vie et des relations sociales, est réduite au domaine religieux. Le vide créé a été rempli, comme mentionné ci-dessus, par une autre source législative, notamment par la constitution moderne, qui à plusieurs reprises a enfreint les stipulations de la charia quelle qu'en soit l'école. Par exemple, les constitutions donnent des droits égaux tant aux musulmans qu'aux non-musulmans, alors que les lois de la charia classent clairement les non-musulmans en dessous des musulmans en termes d'égalité et de droits. La distinction entre la loi civile et la charia n'est pas toujours nette, et dans plusieurs cas ceci entraîne ce que nous pourrions décrire comme une bipolarité. Cette bipolarité existe, et le problème s'accroît dans les zones grises, où il est délicat de savoir si certaines questions se rapportent à la loi civile ou à la charia. Dans certaines situations, ceci mène à la fragilisation de la loi civile, surtout dans les régions rurales du monde musulman, où le gouvernement central n'a pas toujours l'appareil législatif adéquat pour administrer ou imposer la loi civile. Nous remarquons cette tendance dans les États en faillite (comme la Somalie et l'Afghanistan), dans des pays musulmans où le tribunal islamique est toujours très répandue (comme en Arabie saoudite), et plus récemment dans des régions contrôlées par des groupes islamiques militants qui n'autorisent que le tribunal islamique et suspendent tout autre système juridique.

Il y a un autre aspect à cette bipolarité. Dans les pays musulmans où certaines coutumes sociales sont bien enracinées, la charia et la loi civile se contredisent, précisément parce que la charia a consacré ces mœurs alors que la loi civile les a criminalisées ou ne les a pas acceptées. Un bon exemple est constitué par l'esclavage, qui est pratiqué dans certains pays musulmans d'Afrique (telle la Mauritanie), mais pas ouvertement dans d'autres pays musulmans (tels le Soudan et l'Arabie saoudite). Cette pratique est légitimée sur la base de la charia bien que la loi civile dans ces pays interdise l'esclavage. Un autre exemple est constitué par la mutilation génitale féminine (dénommée aussi circoncision féminine), qu'accepte la charia dans les pays où la pratique est coutumière (tels le Soudan

et l'Égypte), alors que la loi civile dans ces mêmes pays la considère illégale. Un troisième exemple est constitué par le crime d'honneur (comme en Jordanie), que la charia approuve alors que la loi civile le condamne. J'ajoute aussi que parfois les coutumes sont si puissantes (comme en Égypte, en Jordanie et en Afghanistan) qu'elles informent et déterminent le sens de la loi civile et que les juges sont obligés de les prendre en considération.

IV. REMARQUES FINALES

La loi islamique a toujours été diverse en termes de sources, de pratiques et d'écoles de loi. Les juristes médiévaux considéraient cette diversité non seulement comme inévitable, mais plutôt comme une source de richesse et de sophistication. Même aujourd'hui, quand les systèmes des écoles disparaissent d'une façon ou d'une autre, leurs remplaçants – institutionnalisés avec le système du clerc suprême ou *mufti* – sont aussi variés que les anciennes écoles de charia et, étant donné que leur juridiction est limitée à un pays, ils sont géographiquement restreints. De plus, leur autorité est moindre que ce que souhaitent les gouvernements. Il n'y a aucun doute que l'internet a permis à certains clercs et personnages autoproclamés d'avoir un impact sur l'application de la loi de la charia, surtout dans les pays où la charia a été éliminée ou réduite, ou même dans les pays qui n'ont jamais eu une tradition de pratiques juridiques islamiques au départ (telles l'Europe et l'Amérique du Nord). Cependant, la loi islamique n'a toujours pas d'autorité centrale, et moins encore une compréhension uniforme de son fonctionnement.

On peut arguer que la charia aujourd'hui est tiraillée entre trois groupes de musulmans : ceux qui ne veulent rien à voir avec, ceux qui veulent la modérer et la maintenir applicable à un domaine religieux minimal, et ceux qui veulent l'appliquer à tout. Donc n'importe quelle discussion sur la loi islamique doit prendre en considération le fait que la plupart des musulmans soit rejettent catégoriquement la charia, soit acceptent sa limite d'influence et préfèrent vivre sous des systèmes juridiques non religieux. Même les défenseurs de la charia comme système unique ne discutent pas de la charia classique et de sa diversité, mais chaque sous-groupe imagine que sa propre mosaïque de lois est la charia. De plus, dans leur pratique, ils se permettent souvent de réviser les lois selon les circonstances ou les missions politiques modernes de l'islam. Ainsi y a-t-il une coupure entre la charia pratiquée jusqu'au XIX^e siècle et celle de nos jours.

L'idée d'une loi commune universalisable peut « s'islamiser » selon trois concepts de charia : *maslaha* (le bien-être public), *darura* (l'extrême nécessité), et *maqasid al-shari'a* (les objectifs de la charia)³⁷. Ces trois concepts ont effective-

ment permis aux quelques réformateurs de proposer « l'islamisation » de certains principes du Siècle des Lumières et des pratiques juridiques européennes, tels les droits universels de l'homme, l'interdiction de l'esclavage et de la polygamie, l'égalité, la protection de l'environnement, etc. La question structurelle n'est donc pas de savoir si la charia peut coexister avec d'autres systèmes de loi. Les écoles de charia médiévales coexistaient avec d'autres systèmes de loi qui s'appliquaient aux non-musulmans, et ont incorporé les systèmes de loi que les musulmans tenaient à conserver. Aujourd'hui, la loi islamique coexiste avec la loi civile dans la plupart des pays musulmans, et même les partisans de la loi de la charia acceptent cette réalité. La question de la possibilité de cette coexistence est donc dépendante de la politique de charia et non pas de la charia elle-même.

37. Sur le sujet de *maqasid al-shari'a*, v. A. DUDERIJA (dir.), *Maqasid al-Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought : An Examination*, New York, Palgrave, 2014.