

## Qu'est-ce que le droit musulman ?

Ahmed Jaballah

---

### Citer ce document / Cite this document :

Jaballah Ahmed. Qu'est-ce que le droit musulman ?. In: Raison présente, n°141, 1er trimestre 2002. Figures de l'islam. pp. 33-50;

doi : <https://doi.org/10.3406/raipr.2002.3728>

[https://www.persee.fr/doc/raipr\\_0033-9075\\_2002\\_num\\_141\\_1\\_3728](https://www.persee.fr/doc/raipr_0033-9075_2002_num_141_1_3728)

---

Fichier pdf généré le 16/03/2019

## *QU'EST-CE QUE LE DROIT MUSULMAN ?*

***Abmed Jaballah\****

Le droit musulman est parmi les disciplines religieuses les plus importantes dans l'enseignement théologique en islam. Cette importance s'explique essentiellement par le champ étendu que couvre le droit, qui part du domaine cultuel, en passant par le cercle de la famille et en arrivant aux transactions économiques et aux questions politiques. C'est en effet cette place primordiale accordée au droit qui a favorisé une production juridique islamique considérable selon des approches diverses exprimées par des écoles différentes.

Pour donner une présentation générale du droit musulman, tel qu'il est enseigné dans les institutions musulmanes de théologie, nous abordons les deux axes suivants :

- Les grands principes du droit musulman, qui représentent ses fondements et sa philosophie générale.
- Les sources spécifiques de ce droit.

En conclusion, nous évoquons quelques questions concernant la prise en compte du droit musulman dans un contexte laïc.

Il est peut-être judicieux de commencer par quelques définitions relatives au droit musulman.

\* Directeur de l'I.E.S.H. de Paris, professeur de théologie musulmane, membre du Conseil Européen de la Fatwa

### ***Définition du droit musulman et termes techniques***

*Droit musulman*: désigne l'ensemble des travaux produits par les juristes musulmans à travers les époques — car ce travail n'a jamais cessé — à propos des différentes questions, dans une approche de diversité et d'évolution.

*Fikh*: en arabe, ce mot signifie littéralement la compréhension profonde. En effet, l'instrument premier de ceux qui veulent travailler dans le *fikh* est la compréhension et le raisonnement. La définition conventionnelle du *fikh* est « l'élaboration par l'interprétation et la déduction des lois pratiques de la religion à partir de ses arguments et ses références spécifiques ». C'est le terme le plus fréquemment utilisé pour désigner le droit musulman.

*Sharî'a*: littéralement ce terme signifie « l'effort d'explicitation ». Il signifie également « l'endroit qui nous permet d'arriver à une source d'eau inépuisable ». En quelque sorte, la *Sharî'a* est une grande source qui sera travaillée continuellement pour aller le plus loin possible dans la découverte de ses profondeurs. Le sens conceptuel de la *Sharî'a* désigne « la loi divine ». Ainsi, pour mettre l'accent sur l'aspect divin de la loi, on utilise le terme *Sharî'a*.

Les deux termes, *fikh* et *Sharî'a*, sont presque synonymes dans leur contenu: pour étudier la *Sharî'a* ou pour étudier le *fikh*, on fera pratiquement la même chose. Mais le mot *fikh* met plutôt en valeur l'effort de raisonnement humain alors que le mot *Sharî'a* met plutôt l'accent sur le caractère divin de la loi. Le *fikh* désigne plutôt l'effort des juristes, la production intellectuelle de ceux-ci, alors que la *Sharî'a*, même s'il s'agit de la même chose en terme de contenu, désignera plutôt la prise en compte de l'accent divin de la loi.

*Qanûn*: ce mot signifie « droit canon ». Il est surtout utilisé par des juristes musulmans contemporains, bien qu'il ait été aussi employé par quelques savants anciens. On utilise généralement le mot *qanûn* pour désigner le *fikh* mais surtout dans les domaines pratiques, en dehors du domaine culturel. Pour certains, ce mot est également utilisé pour désigner le droit positif humain distinct du droit divin qu'est la *Sharî'a*. Dans quelques ouvrages, on présente même le *qanûn* à l'opposé de celle-ci, comme « l'effort » de l'Homme en dehors de toute référence religieuse. Tout

dépend donc, à propos de ce mot, du contexte de son utilisation.

### ***Les différentes disciplines juridiques***

En matière juridique, il y a huit sciences islamiques dont chacune constitue une discipline d'étude spécifique. Un théologien qui veut être qualifié dans le droit musulman, doit passer par ces huit matières sinon il n'a pas vraiment étudié de manière exhaustive.

1. La science du *fikh*: elle comprend l'étude des travaux juridiques selon des approches différentes, nous pouvons en évoquer essentiellement trois :

— l'étude dans le cadre des Écoles juridiques. Les écoles importantes qui continuent à exister parmi les musulmans aujourd'hui, sont: les quatre écoles sunnites: Hanafite, Chafi'ite, Malékite et Hanbalite, l'école Ja'farite chiite et l'école Ibadhite kharidjite. Il en a existé d'autres mais elles ont disparu. Chaque École a des spécificités au niveau de ses principes de raisonnement juridique.

Il existe également une approche comparative entre les différentes Écoles — le droit comparé — et c'est à partir de cette approche que s'est créée une autre science très connue chez les Anciens jurisconsultes, la « science des divergences des juristes », qui n'est plus suffisamment travaillée actuellement.

— le *fikh* selon le Coran et la Sunna. C'est une approche consistant à puiser directement dans les sources pour chercher les arguments de références dans les textes. Il consiste à étudier le droit en dehors des limites des Écoles et des divergences des juristes. C'est la position du courant salafite qui refuse que le droit soit étudié dans le cadre des Écoles car, selon lui, ces Écoles ont mis une distance entre la pensée juridique et les textes de référence. Cette approche pourrait être intéressante dans la mesure où elle permettra de mener une réflexion directe partant du texte, mais malheureusement ce n'est pas le cas dans l'approche salafite qui se contente d'une lecture plutôt littérale aboutissant à une étude superficielle des textes, en les prenant à la lettre.

— les fatwas. Il s'agit de l'étude des avis juridiques relatifs à des sujets particuliers. La différence entre le *fikh* et la fatwa, c'est que le *fikh* traite les thèmes juridiques dans une dimension globale, alors que les fatwas sont plutôt des

réponses données à des questions précises. Dans le droit musulman, il est très important de faire la différence entre la loi au niveau absolu et la fatwa qui est une façon d'adapter la loi à des cas bien déterminés. En effet, la loi s'applique à la majorité des cas mais, en présence d'un cas particulier, le juriconsulte peut changer de raisonnement et ainsi donner une réponse basée sur des règles exceptionnelles du droit. Dans les livres du *fikh*, on trouve d'ailleurs deux sortes de Traités: certains exposent les différents sujets d'une façon générale et d'autres sont consacrés aux fatwas, c'est-à-dire aux avis juridiques. Les livres de fatwas comprennent une matière très importante à étudier historiquement, car ils nous donnent une idée sur les préoccupations à travers leurs questions, des musulmans au cours du temps.

2. Les fondements de la jurisprudence. Cette science a été élaborée postérieurement à la science du *fikh* et vise à établir des règles qui orientent l'effort de raisonnement et d'interprétation du juriconsulte dans son travail. Ce sont des règles d'ordre théologique, logique et linguistique. L'aspect linguistique et épistémologique est très important ici puisqu'il s'agit d'établir des principes permettant l'interprétation du texte arabe du Coran et de la tradition prophétique. La science des fondements de la jurisprudence est considérée comme fondamentale dans le domaine juridique, car elle constitue, au moins en partie, les éléments de la philosophie du droit musulman.

3. Les principes juridiques. Il s'agit d'une science complémentaire des fondements de la jurisprudence qui consiste à préciser les règles générales auxquelles se rattachent des dispositions juridiques particulières. Les principes juridiques tels qu'ils sont élaborés par les savants, sont au nombre d'une centaine. Le but de cette science est d'établir une harmonie entre les lois répondant à une même règle, ce qui aide également les juriconsultes dans leur travail juridique et notamment dans le raisonnement par analogie.

4. Les théories juridiques: Il s'agit du fruit des travaux juridiques autour de grandes questions globales qui débouchent sur des théories générales telles que la théorie du contrat, de la propriété, de la compétence, de l'engagement, de la garantie, etc. C'est une autre façon d'aborder le droit. En effet, à l'opposé de la science des principes juridiques qui veut établir des règles générales, la

science des théories juridiques s'intéresse à des thèmes qu'elle va étudier transversalement dans tout le droit. Par exemple lorsqu'on parlera du « contrat », ce ne sera pas uniquement dans le domaine des transactions économiques, mais on parlera aussi du contrat dans le mariage et dans tous les autres domaines, tout en dégagant les principes généraux qui régissent le contrat.

5. Les versets juridiques. Il s'agit de sélectionner les versets du Coran qui ont un contenu juridique et de les analyser en vue de préciser les arguments coraniques des lois. Les savants en ce domaine ont recensé environ cinq cents versets — sur les 6200 que contient le Coran — qui ont, d'une façon ou d'une autre, une signification ou un contenu juridique.

6. Les paroles prophétiques. Cette sixième matière est en tout point comparable aux « versets juridiques » mais concerne la tradition prophétique: il s'agit là de s'intéresser aux paroles et faits prophétiques sous l'approche juridique.

7. Les finalités de la *Shari'a*: C'est une matière très importante dans le processus de l'Ijtihad (effort d'interprétation). Auparavant, cette science faisait partie des fondements de la jurisprudence mais, avec les écrits de quelques grands savants contemporains, elle devient de plus en plus une science travaillée et enseignée séparément. L'objet de cette science est de dégager, à travers une réflexion profonde sur les lois, les grandes finalités du droit, que ce soit dans un domaine particulier ou dans le droit musulman en général. Il y a deux niveaux de finalités: les grandes finalités du droit en général et, ensuite, les finalités de chacune des parties du droit — par exemple, les finalités du droit musulman concernant le droit de la famille, etc. On rassemble les différentes dispositions juridiques pour en déduire des finalités. C'est, évidemment, une science d'interprétation avec, de ce fait, des divergences entre les différents jurisconsultes.

8. L'histoire du droit. On s'intéresse dans cette science principalement à l'évolution du droit, depuis l'époque prophétique jusqu'à l'époque moderne, avec les étapes, les Écoles et leurs spécificités, les ouvrages de référence, etc.

### ***Les grands principes du droit musulman***

Pour découvrir les caractéristiques et la logique interne du droit musulman, il est nécessaire d'évoquer ses grands principes, que nous pouvons résumer dans les points suivants :

1. Le caractère global du droit. Le droit musulman s'intéresse aux principaux domaines de la vie. L'islam se présente comme un mode de vie complet : ce n'est pas seulement l'aspect cultuel qui est évoqué par la loi mais tous les domaines de la vie. Les jurisconsultes musulmans divisent généralement le droit musulman en deux grandes parties :

— la partie cultuelle qui comprend « les piliers » de la pratique de l'islam : à savoir la purification, la prière quotidienne, le jeûne, l'aumône obligatoire et le pèlerinage. Ce sont des pratiques qui incombent à chaque croyant et qui représentent l'élément important dans sa relation spirituelle avec Dieu. Cette partie du droit est assez volumineuse, puisque les textes nous ont donné un grand nombre de précisions, et ainsi la part laissée à l'interprétation est relativement limitée, car il s'agit d'actes cultuels et de rites à accomplir. En effet, les livres du *fikh* y consacrent une grande part, car c'est la vie quotidienne de chaque musulman qui en question et il a besoin, de ce fait, de savoir comment accomplir sa prière, son jeûne, etc.

— la partie consacrée aux lois régissant les rapports humains. Traditionnellement cette partie est divisée en trois grands domaines<sup>1</sup> : les rapports économiques (l'achat, la vente, les sociétés, etc.), le droit de la famille (le mariage, le divorce, le droit de succession...), les rapports avec la justice (droit pénal, rapports internationaux - les pactes, la guerre, la paix, etc.).

Pour faire la différence entre la partie cultuelle et la partie consacrée aux lois régissant les rapports humains, les jurisconsultes considèrent que le cultuel gère la relation spirituelle, de manière verticale entre le croyant et son Seigneur, et là l'autorité juridique n'intervient pas ; il s'agit d'un rapport direct, c'est l'affaire du croyant et la fonction du droit est ici d'explicitier et de donner les règles. Les textes donnent beaucoup de précisions sur tous ces aspects, surtout dans la tradition prophétique, et la possibilité de l'interprétation reste très limitée.

Mais dans la partie concernant les rapports humains, les textes ont plutôt déterminé des principes fondamentaux

sans entrer dans les détails, d'où le grand travail de réflexion et d'interprétation qui a été mené par les jurisconsultes à travers les temps.

2. Le principe de l'intérêt (al-maslaha, en arabe): Tous les savants sont d'accord sur le fait que toutes les lois de la *Sharî'a*, celles explicitées par les textes ou celles qui sont interprétées par les jurisconsultes, doivent viser l'intérêt, soit individuel, soit collectif. S'il y a contradiction entre les deux, l'intérêt collectif doit prédominer. L'intérêt est toujours recherché surtout dans le cercle des lois régissant les rapports humains. C'est l'intérêt qui peut orienter l'interprétation et qui fait qu'on retiendra un sens plutôt qu'un autre. Cet intérêt représente la finalité justificative de toute la loi juridique. Il est à découvrir dans les dispositions contenues dans les textes. Parmi les conceptions fortes en ce domaine, les travaux d'un jurisconsulte très connu parmi les savants du treizième siècle, Ibn Al-Qayyam, qui a laissé des écrits remarquables où il a traité profondément la notion de l'intérêt. Il disait, notamment: « Vous devez toujours chercher l'intérêt. Là où vous trouvez l'intérêt, sachez que là est le droit divin. Le droit divin n'est venu que pour vous garantir un intérêt: cherchez-le et si vous arrivez à le découvrir, sachez bien que le droit ne peut pas le contredire ».

3. La dimension réaliste. Contrairement à ce que l'on peut croire, le droit musulman prend en compte la réalité sociale de chaque société à travers l'un des grands fondements de la jurisprudence, qui est « al-'urf »: c'est-à-dire « la règle de l'usage » ou de la coutume, dans le sens de ce qui est établi dans une société. C'est le Prophète lui-même qui, dans sa tradition, a instauré ce principe. Si on examine la question des transactions économiques par exemple, l'Islam a reconnu beaucoup de formes d'échanges qui ont été antérieurement pratiquées par les gens. On trouve même quelques formes d'échanges qui sont contradictoires avec les principes de certaines lois mais qui restent reconnues, malgré cela, parce qu'elles sont usuelles. C'est le principe de facilité qui dispose que le droit n'est pas venu pour demander aux gens ce qui va au-delà de leur possible, tant que ce qui est établi répond à un intérêt véritable et réel.

Des dispositions juridiques se sont même basées sur la règle de l'usage et, lorsque celle-ci change, elle entraîne le changement de ces dispositions comme l'atteste l'exemple connu de ce grand jurisconsulte fondateur d'une école,



l'Imam Shâfî (767-820). Il a vécu une partie de sa vie en Irak puis, en allant en Égypte, il a changé pratiquement les deux tiers de ses opinions juridiques parce que la réalité égyptienne était autre que la réalité irakienne, malgré toutes les ressemblances qui réunissent les deux pays.

4. La souplesse du droit. Le droit musulman a pris en compte les cas de nécessité, les exceptions et les circonstances particulières. Il y a d'ailleurs une grande théorie, dans le *fikh*, qui s'appelle « la nécessité » : l'Homme n'est pas toujours en mesure d'observer toutes les pratiques lorsqu'il se trouve en cas d'exception ou de nécessité, comme dans les circonstances de la maladie, du voyage, etc. et, dans des cas pareils, le droit musulman accorde des allègements et même parfois des dispenses, des dérogations spécifiques. C'est comme dans le cas de maladie, où le jeûne n'est pas exigé du musulman, et aussi dans le cas du voyage où les prières du jour comme celles de la nuit peuvent être regroupées au lieu d'être accomplies dans leurs temps respectifs.

5. Une diversité indispensable. Parfois, les musulmans sont décontenancés devant les divergences du droit, y compris en ce qui concerne les questions culturelles. Certains pensent que cette diversité est plutôt une mauvaise chose et que si l'on avait un droit à lecture unique, ce serait plus simple. Mais celui qui étudie le droit ne peut qu'être convaincu que cette diversité est indispensable. C'est une caractéristique du droit musulman qui consacre l'existence de plusieurs Écoles juridiques.

Parmi les Écoles juridiques sunnites, nous pouvons considérer que l'École hanafite est la plus largement répandue dans le monde musulman, et ceci pour plusieurs raisons. D'abord, l'intérêt donné à l'interprétation y est plus grand que dans les autres Écoles. D'autre part, l'École hanafite a été adoptée par l'Empire Ottoman, ce qui lui a permis d'être plus impliquée dans le domaine de la législation que les autres écoles. Des Traités de codification du droit musulman, et notamment dans le droit de la famille, établis par l'Empire Ottoman sont encore en pratique dans certains pays musulmans de nos jours.

Cette diversité existe depuis la première époque du Prophète : on trouve dans les textes des exemples où il encourage ses compagnons à rendre des interprétations différentes et où il leur laisse la possibilité de comprendre

différemment le sens de ce qui est dit; quand ils sont en contradiction, il lui arrive de reconnaître leurs diverses interprétations. Cela nous conduit à une question très importante dans le droit musulman et dans la jurisprudence: lorsqu'on fait une interprétation juridique pour arriver à une loi, la vérité doit-elle être unique ou peut-elle être multiple? Il y a plutôt tendance chez des juristes à considérer que la vérité peut être multiple.

6. Le souci d'harmonie. L'approche juridique islamique a toujours ce souci d'un raisonnement propre à créer une certaine harmonie juridique. Les lois doivent concorder les unes avec les autres: il ne faut pas, par exemple, appliquer une loi en matière de transactions qui serait en contradiction avec certaines prescriptions du droit de la famille. Une discipline religieuse connue sous le nom de « systèmes islamiques » essaie d'exprimer cette concordance.

7. Privilégier la prévention et l'autorégulation à l'intervention de l'autorité. Normalement, le droit — dans tous les domaines et plus particulièrement en matière culturelle — est l'affaire du croyant. C'est lui qui doit fixer ses règles d'autorégulation. L'enseignement, l'éducation et la foi doivent l'y aider. L'autorité juridique, ou parfois politique, intervient lorsqu'il ne parvient pas à respecter la loi de lui-même. Une parole du compagnon du Prophète Othman Ibn 'Affân disait: « L'autorité humaine intervient là où la crainte de l'autorité divine fait faillite chez le croyant ».

Les jurisconsultes ont également instauré la règle de prévention qui aide à éviter la transgression de la loi. Il ne s'agit pas d'interdire ce qui est licite, mais de mettre en œuvre tous les moyens qui préservent le croyant contre l'infraction. L'aspect préventif est ici privilégié.

8. L'Ijtihad. Les jurisconsultes le définissent comme « l'effort total » du savant qui pousse le raisonnement à son point le plus lointain pour aboutir à un résultat dans la réflexion. Ils disent même que si le raisonnement n'est pas complet, il faut s'arrêter de s'exprimer sur la question étudiée. L'Ijtihad n'est pas seulement toléré, il est vivement encouragé. Une parole prophétique dit que lorsqu'on fait l'Ijtihad, soit on aboutit à un résultat, à une vérité, et on est récompensé doublement, soit on n'aboutit pas, on se trompe, et on est également récompensé mais une seule fois, pour l'effort qui a été fait de chercher. Quelques savants, à

certaines époques, ont demandé « la fermeture de la porte de l'Ijtihad ». Ils ne voulaient pas par cette position interdire la réflexion juridique mais ils déploraient la hâte de certains personnes à donner des avis juridiques sans une étude suffisante. A travers l'Histoire, nous trouvons à toutes les époques des érudits qui ont fait avancer la pensée juridique; ce qui confirme que l'avis de ces savants n'a pas empêché des jurisconsultes compétents de continuer leur travail, même si on peut constater que le mouvement d'évolution n'a pas toujours eu la même envergure depuis.

L'Ijtihad peut être individuel ou collectif. L'Ijtihad individuel, c'est une liberté donnée à chaque jurisconsulte de réfléchir sur une question et de formuler un avis. La liberté d'expression du jurisconsulte est toujours garantie même dans le cas où l'autorité politique adopte un avis différent. Avec la diversité juridique l'autorité politique a la possibilité de choisir l'interprétation qui lui semble le plus convenable mais, en aucune sorte, elle ne doit interdire les autres avis. Ce sont surtout les lois et les textes régissant les rapports humains qui sont évidemment les plus concernés par cette règle.

Cependant, par rapport à la pratique du culte, l'autorité politique n'intervient pas: elle ne doit pas obliger les gens à jeûner ou prier de telle ou telle façon. En revanche, pour établir une loi au niveau économique ou une loi concernant le droit de la famille, le choix d'interprétation est politique, mais il ne peut pas interdire la liberté de l'Ijtihad individuel. Aujourd'hui, les savants contemporains favorisent plutôt l'Ijtihad collectif: ils estiment que les questions sont devenues tellement complexes qu'il faut se réunir dans la réflexion pour les traiter.

Il existe pour cela des Conseils juridiques, au niveau mondial et au niveau local, qui représentent plus ou moins l'autorité juridique dans le monde musulman. Les institutions les plus connues dans ce domaine sont:

— l'Assemblée du droit musulman, qui dépend de la Ligue islamique mondiale; son siège est à La Mecque et il regroupe des jurisconsultes musulmans de plusieurs pays.

— Un deuxième Conseil se trouve également en Arabie Saoudite, à Djedda. Il s'appelle aussi l'Assemblée juridique musulmane. Il comprend des représentants des États et dépend de l'Organisation du Congrès musulman, organisation qui regroupe les pays musulmans.

— Il y a également des Conseils nationaux ; par exemple en Égypte, c'est le conseil des recherches islamiques qui est l'organe juridique officiel qui dépend d'Al-Azhar.

Dans les pays où il n'y a pas de Conseil, l'État désigne un mufti, représentant ainsi l'autorité religieuse qui est consultée sur les questions de droit. Parfois, dans les pays où la démocratie n'est pas tout à fait exemplaire, il arrive que ce soit l'autorité politique qui prenne une décision et le mufti est amené à chercher les explications et les justifications à cette décision.

Au niveau de l'Europe, un Conseil a été fondé en 1999, à l'initiative d'une fédération islamique européenne, qui est l'Union des Organisations Islamiques en Europe. C'est le Conseil européen de la fatwa et de la recherche juridique. Il regroupe des savants et des spécialistes en droit musulman représentant les communautés musulmanes européennes, avec plusieurs savants du monde musulman. Il représente toutes les Écoles et les sensibilités existant en Europe. Certains muftis des minorités musulmanes d'Europe de l'Est siègent également dans ce conseil.

C'est une expérience inédite car jusqu'à la création de ce Conseil européen, on ne pouvait se diriger que vers les conseils existants dans le monde islamique. Or les musulmans d'Europe ont constaté que les fatwas décidées par des institutions extérieures ne peuvent pas toujours prendre en compte leur réalité, et ainsi il était temps qu'ils puissent résoudre ce problème en fondant leur propre institution.

Il est intéressant de préciser que les différents conseils de fatwas font appel dans leurs travaux et lors de leurs sessions aux spécialistes dans plusieurs disciplines scientifiques, afin d'éclairer les juristes et les théologiens à propos des questions touchant des domaines tel que : l'économie, la médecine, les sciences physiques, etc.

9. La codification. Parmi les difficultés qui caractérisent le droit musulman est son champ très vaste avec plusieurs Écoles et des divergences, et le fait qu'il est présenté, dans les traités traditionnellement rédigés, d'une manière différente de ce qui est connu dans les codes juridiques composés d'articles de lois bien distincts. Pour assouplir cette difficulté, des juristes musulmans, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, se sont exprimés favorablement pour une codification du droit musulman, sur

laquelle ils ont d'ailleurs travaillé: une première loi codifiée a été adoptée par l'Empire Ottoman. Mais un débat assez vif existe entre les partisans et les adversaires de cette codification, ces derniers ayant peur qu'elle limite la grande souplesse d'interprétation des textes que permet la diversité des Écoles. En effet, codifier, c'est choisir et une fois les choix effectués et les articles déterminés, il faut par conséquent éliminer, en quelque sorte, les autres avis parallèles.

### ***Les sources du droit musulman***

Le droit musulman se base sur deux sources complémentaires: les textes et l'Ijtihad.

Les textes: ce sont essentiellement le Coran et la Sunna. Le mot arabe « Sunna » signifie la « tradition prophétique ». Les jurisconsultes distinguent trois catégories de Sunna:

- les paroles du Prophète qui sont collectées dans les Traités spécialisés;
- les faits du Prophète;
- et les « approbations ».

À l'inverse du Coran qui ne traite pas généralement des détails juridiques — sauf sur quelques points bien précis comme, par exemple, la question de l'héritage — la Sunna s'intéresse aux détails. Or les jurisconsultes qui sont amenés à travailler beaucoup sur la Sunna, qui leur offre une grande quantité de textes juridiques, ont essayé d'établir des règles sur la portée significative de ces textes. En effet, une question importante se pose: est-ce que toute tradition prophétique a nécessairement une signification juridique? Les faits du Prophète doivent-ils avoir tous une interprétation juridique? Le Prophète, dans la conception islamique, est une « personne humaine » qui a reçu la Révélation, mais sa spécificité prophétique ne lui fait pas perdre son caractère humain, et de ce fait il se comporte en prophète et en humain. Pour montrer la subtilité de l'interprétation juridique de la Sunna, prenons l'exemple de certains musulmans qui portent la djellaba<sup>2</sup> et qui disent qu'il s'agit pour eux de suivre la Sunna, car le Prophète a porté la djellaba. Mais ce « fait » rentre-t-il ou non dans les faits juridiques? C'est tout un débat. La majorité des jurisconsultes considèrent qu'il y a des aspects de la vie quotidienne du Prophète qui n'ont pas de portée juridique: la façon de s'habiller, de manger, etc., ce sont plutôt des choses

qui dépendent de la réalité usuelle de l'époque et l'islam ne peut pas imposer de porter la djellaba ou le turban..., cela n'aurait aucun sens. La religion a fixé des règles éthiques générales d'habillement, mais sur le type même de l'habit elle n'est pas intervenue. D'ailleurs, lorsqu'on se déplace aujourd'hui dans le monde musulman, on constate des coutumes vestimentaires très différentes, répondant aux mêmes règles générales, mais conservant leur particularité selon les lieux. Les textes n'ont pas la volonté de tout codifier, et les savants affirment que la religion a laissé hors codification une bonne partie des actes humains. Seule une partie très limitée est codifiée. Mais s'il y a une sorte de « vide juridique », ce n'est pas par oubli — le Seigneur n'oublie pas — mais par Miséricorde<sup>3</sup>, car une religion qui veut durer dans le temps ne doit pas contraindre les gens dans les questions susceptibles de changement, avec des préceptes figés et limités; elle doit avoir une flexibilité qui laisse des possibilités ouvertes. Et c'est là tout le travail d'interprétation et d'Ijtihad.

Les textes (du Coran et de la Sunna) sont généralement divisés par les savants en deux catégories:

— les textes à signification explicite ou univoque. Ce sont les textes qui ne comportent pas plusieurs possibilités d'interprétation. Cette catégorie de textes est assez limitée en nombre, mais importante de statut puisqu'ils concernent les fondements de la religion. Généralement, il y a une large unanimité entre les savants dans l'interprétation des textes explicites et les divergences ne concernent que quelques aspects secondaires relatifs aux déductions de détails. Par exemple, le texte coranique (Coran: verset 185 de la sourate 2) qui parle du jeûne, prescrit son obligation, et là-dessus il y a une unanimité, mais lorsque dans le même contexte le verset évoque l'allègement accordé au voyageur pour lui permettre d'arrêter le jeûne, les interprétations par rapport aux conditions d'une telle permission peuvent diverger.

— les textes équivoques ou à signification implicite se prêtant à plusieurs interprétations possibles. C'est là où se trouve le grand champ de travail devant les Écoles juridiques, car à partir du même Texte, elles arrivent à des conclusions différentes, le Texte lui-même leur donnant cette possibilité. D'où la nécessité de l'Ijtihad.

Il est contraire à ce qu'on peut penser que la religion islamique comporte beaucoup d'interdits, or une règle établie par les jurisconsultes stipule: « tout est licite et

l'interdiction fait l'exception. » Cela signifie que l'on n'a pas le droit de proclamer l'interdiction d'une chose sans avancer un argument solide qui le justifie.

### *L'Ijtihad*

Il fonctionne sur trois niveaux.

— Un Ijtihad en rapport avec les textes, qui dirige la réflexion en direction des textes étudiés en vue de les interpréter, pour dégager le sens qu'ils comportent.

— la déduction à partir des textes et notamment, par la méthode de l'analogie : on peut emprunter une loi énoncée pour un fait et, par l'intermédiaire de l'analogie, l'appliquer pour un fait comparable non évoqué par les textes.

— le raisonnement sur les questions qui ne sont pas évoquées par les textes. Il s'agit du travail opéré par les juristes, dans la partie non codifiée, que nous avons évoquée précédemment.

Pour aider méthodologiquement les juristes à pratiquer l'Ijtihad, les savants ont élaboré « la science des fondements de la jurisprudence », qui a défini des règles, dont les plus importantes sont :

— le consensus : c'est l'accord de l'ensemble des juristes sur une lecture, une compréhension du texte dans une époque donnée. Mais il faut reconnaître que les conditions exigées pour le consensus sont très difficiles à remplir.

— l'analogie : elle consiste à donner le même statut juridique pour un fait qui a une cause comparable, avec un deuxième fait déjà évoqué par les textes. Mais toute la difficulté réside dans la détermination de la cause de la loi énoncée, et ensuite dans le rapprochement avec le cas étudié,

— l'intérêt : il représente la finalité de la religion et consiste à réaliser « le bien-être des gens, c'est-à-dire pourvoir à leurs besoins et éloigner d'eux tout préjudice »<sup>4</sup>. Le juriste doit partir dans sa réflexion juridique de cette règle. Historiquement, il est connu que c'est l'École malékite qui a spécifiquement travaillé sur la règle de l'intérêt,

— l'usage : qui consiste à prendre en considération, dans la réflexion juridique, les traditions individuelles et collectives relatives à un contexte social bien déterminé,

— les législations précédentes: il s'agit de réfléchir sur les lois énoncées dans les religions précédemment révélées, dans ce qui a été évoqué par le Coran: faut-il retenir ces lois ou les considérer comme caduques? Les juristes se sont interrogés sur ce point et, dans leur majorité, pensent que si le Coran a confirmé ou n'a pas invalidé des lois des autres religions, nous devons les retenir et les observer.

### ***Questions posées par l'exercice du droit musulman dans un contexte laïque***

Il est évident pour un musulman pratiquant d'observer les prescriptions religieuses dans sa vie, mais il est aussi certain que le contexte peut faciliter comme il peut rendre plus difficile cette observation. Le cadre laïque est à la fois facilitant dans la mesure où la pratique religieuse y est en principe respectée, mais il peut constituer une difficulté puisqu'il n'est pas en mesure d'offrir des aménagements aidant à pratiquer sa religion comme ce pourrait être le cas dans des sociétés se référant aux règles religieuses. Il est aussi intéressant de souligner que c'est aussi la conception de la laïcité qui peut aider ou limiter l'épanouissement des croyants dans leurs pratiques religieuses.

Par rapport à un musulman pratiquant vivant dans la société française laïque d'aujourd'hui, il y a certainement un espace de liberté qui est garanti par les lois et qui concerne l'ensemble des religions présentes dans ce pays, mais dans la vie pratique des difficultés peuvent surgir. Nous pouvons à titre d'exemple évoquer trois catégories de difficultés:

1. Les difficultés liées à la pratique culturelle. Nous pouvons à cet égard prendre des exemples de situations rencontrées par de simples musulmans concernant notamment le respect de la pratique des prières quotidiennes et la possibilité de les accomplir dans les temps déterminés, sachant que les moments des cinq prières sont répartis tout au long de la journée. Il n'est pas facile pratiquement d'observer cette exigence lorsque les horaires du travail sont établis selon une règle qui n'intègre pas, bien évidemment, la question de la prière musulmane. La question du jeûne pendant le mois de Ramadan peut être aussi posée, dans la mesure qu'il n'est pas toujours possible de faire la rupture du jeûne au moment voulu. Dans les pays musulmans,



généralement les horaires sont aménagés pour permettre l'observation de ces pratiques. Il est vrai qu'on ne peut dans une société laïque et multiconfessionnelle demander des arrangements prenant en compte les pratiques religieuses dans leur diversité, mais il est possible d'avoir une attitude de souplesse qui peut aider à trouver des aménagements possible sans heurter la règle laïque de la société. Mais il y a aussi de la part de la religion une attitude de flexibilité qui peut donner des solutions exceptionnelles dans le cadre de ce qui est permis. Pour revenir à notre exemple du respect des temps de la prière, il est possible pour un musulman ne pouvant pas observer la règle de principe de regrouper quelques prières et ainsi dépasser la contrainte qui s'impose à lui.

2. Une difficulté liée au fait que les lois de la *Sharî'a* doivent être en principe applicables en intégralité lorsqu'on vit dans une société musulmane, car l'islam ne se limite pas au simple exercice du culte, mais couvre les autres domaines, de la vie. Pour qu'il soit un « bon musulman », fidèle à sa religion, le musulman en France devrait prendre en compte l'ensemble des préceptes édictés. Ceci nous amène à la question suivante: est-ce que les musulmans attentifs à la pratique idéale de leur religion doivent revendiquer que la *Sharî'a* soit appliquée dans son intégralité, notamment dans sa partie concernant les rapports humains, dans une société non musulmane?

On ne trouve pas beaucoup d'éléments de réponse à cette question dans la littérature juridique ancienne car ce cas de figure du musulman minoritaire dans un pays sécularisé est récent. Jusqu'ici, le droit musulman a surtout réfléchi à partir d'une situation généralement inversée: des minorités non musulmanes dans les pays musulmans. On trouve néanmoins des antécédents dans le *fikh*: ainsi, les juristes les plus anciens se sont demandé si les lois, dans les sociétés à majorité musulmane, concernaient l'ensemble des individus ou seulement les croyants. Sur ce point, une majorité de juristes fait la différence entre la loi générale, qui gouverne la société tout entière, et le droit des personnes privées, de la famille, les prescriptions alimentaires etc. La tendance est de ne pas imposer à des gens qui ne sont pas musulmans les préceptes religieux qui concernent l'individu.

Pour ce qui est de musulmans vivant en minorité dans une société non musulmane, comme c'est le cas en

France, il faut distinguer le niveau individuel, le niveau communautaire et le niveau de l'organisation générale de la société.

Pour ce qui est du niveau individuel et communautaire, la mise en application du droit musulman, dans la réalité de la France d'aujourd'hui, ne pose aucun problème pratique. En effet, se rassembler en communauté pour célébrer des prières collectives, des fêtes, pour pratiquer l'aumône, pour se rendre au pèlerinage etc. est une chose tout à fait possible et ne peut faire l'objet de remarques particulières. Au regard de la laïcité, elles s'intègrent parfaitement dans les dispositions concernant la liberté de culte (art. 1 et 4 de la loi de 1905).

Concernant l'organisation de la société tout entière, il faut faire la différence entre une société musulmane et une société non musulmane. Ainsi, il est évident que la partie du droit de l'islam qui se rapporte à la vie globale en société n'est pas à revendiquer. Il se trouve néanmoins des musulmans qui estiment qu'il est possible, par exemple dans le domaine économique, d'imaginer, dans le cadre de ce qui est permis par les lois, des modes de financement respectant la prohibition de l'intérêt exigée par le système islamique.

3. La troisième difficulté est liée à l'interrogation des musulmans qui se posent la question concernant la manière de concilier leur respect de la religion et de la loi islamique avec la loi générale, et surtout en cas de contradiction manifeste. Leur question touche surtout deux domaines essentiels.

Il s'agit d'abord des sujets liés à la famille, le mariage, le divorce, l'autorité parentale etc. Ces questions ne sont pas apparemment une préoccupation spécifique aux musulmans, mais elles peuvent concerner tous ceux qui croient à des valeurs dont ils ressentent qu'elles ne sont plus prises en compte par les lois. En droit musulman, le divorce est reconnu et lorsqu'il doit intervenir, il est facilité bien davantage que dans la plupart des droits nationaux. Mais la question essentielle, dans ce domaine, concerne l'autorité parentale, et ses limites exigées par la loi, et qui peut aller parfois à l'encontre du droit de l'éducation. Que faut-il faire dans ce genre de situations? Surtout, lorsque les enfants arrivent à l'âge difficile de l'adolescence, que des conflits s'installent au sein de la famille, et que les intervenants sociaux prennent position, en partant d'une idée préconçue

selon laquelle les familles musulmanes sont autoritaires; elles vont donner entièrement raison aux enfants contre les parents. Il y a parfois des excès d'autorité parentale mais beaucoup de familles musulmanes souffrent de ces situations et se demandent si la loi — ou l'interprétation qui leur en est donnée — peut réellement les priver de ce qu'ils pensent être leur droit d'éducation, l'exigence de respect des parents, etc.

L'autre domaine du questionnement concerne les problèmes économiques et, essentiellement, celui de l'intérêt. Pour les musulmans, les prêts bancaires à intérêt, assimilé à l'usure, sont prohibés. Mais aujourd'hui avec des musulmans qui se sédentarisent et qui ont envie de quitter les appartements des cités difficiles, au lieu de construire une maison dans leur pays d'origine — ce qu'ils ont souvent regretté — s'orientent volontiers vers l'acquisition d'un logement: se pose alors le grand problème du prêt à intérêt. Il y a une solution dans l'École hanafite, qui fait la différence entre les musulmans vivant dans une société musulmane et ceux vivant dans une société non musulmane. Dans ce dernier cas, le droit leur est accordé de passer par les transactions d'usage dans leur contexte. Le Conseil européen de la Fatwa a adopté un avis juridique permettant le prêt bancaire pour l'acquisition d'un logement pour y habiter. Mais le problème des prêts d'investissement reste posé pour ceux qui ne suivent pas l'avis des hanafites, et ceci représente une difficulté réelle pour les personnes qui veulent monter des projets économiques. Faut-il penser à d'autres modes de financements pratiqués aujourd'hui par les banques islamiques? C'est peut être un moyen qui peut aider à résoudre ce problème!

1. Dans les Facultés de théologie, on étudie généralement le droit en quatre années: la première année, on étudie la partie cultuelle et les trois dernières années on étudie cette partie consacrée aux lois régissant les rapports humains en la divisant en trois sous-ensembles.

2. La djellaba est une longue robe portée par les hommes.

3. Le sens d'une parole (hadith) du Prophète.

4. 'Abd Al-Wahab Khallab, *Les Fondements du droit musulman*, p. 119, éd. Al-Qalam, Paris 1997.