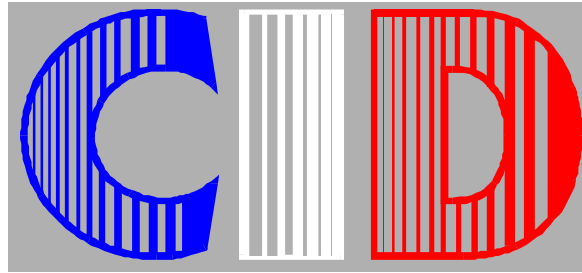


COLLEGE INTERARMEES



D E D E F E N S E

LE DROIT MUSULMAN

FONDEMENTS, PARTICULARISMES ET REALITES ACTUELLES

**Mémoire de géopolitique
Du Commandant OLIVIER GOUDAL
Dans le cadre de l'étude dirigée
« L'islam, réalité et perspectives »**

**Directeur : Mustapha BENCHENANE
Professeur de Sciences politiques
géopolitique et Questions de Défense
à la faculté de droit de Saint-Etienne**

Le Droit musulman : Fondements, Particularismes et Réalités actuelles

Sommaire

Partie 1 :

Les fondements du droit musulman

La compréhension de la religion islamique

Les fondement historiques du Droit musulman

Les racines du Fiqh

Partie 2 :

Particularismes et contenu du droit musulman

Le droit musulman, droit révélé

Le droit musulman, droit doctrinal

Les méthodes d'adaptation du droit confronté aux sociétés musulmanes

Partie 3 :

Le droit musulman et le monde moderne

L'éclipse du Fiqh

La réaction islamiste

La place de la Loi islamique dans la législation des Etats musulmans

Le droit musulman contemporain face aux réalités du monde moderne

INTRODUCTION

Création millénaire, le droit musulman apparaît aujourd'hui comme l'une des clés de la compréhension de notre temps.

Après une longue période de confinement, et une éclipse qui semblait présager de sa disparition, il intéresse désormais plus d'un milliard d'hommes. De manière totale ou partielle, ce sont près de cinquante pays qui se réclament dorénavant de ses règles. Et cantonné hier, sauf quelques exceptions, au seul statut personnel, il tend à s'imposer chaque jour davantage dans des domaines tels que ceux du droit pénal, des obligations, voire du droit fiscal, qui semblaient avoir définitivement échappé à son emprise.

Mais à ce poids humain s'ajoute l'intérêt propre que présente le fiqh. Il tient d'abord à l'origine révélée que celui-ci revendique, origine qui l'imprègne tout entier et lui confère une place particulière parmi les grands systèmes contemporains . Mais il se trouve également lié à l'intérêt intrinsèque que peut revêtir une création juridique originale. Dans la mesure, en effet, où les droits socialistes ont hérité pour l'essentiel des techniques et des concepts venus de Rome, le droit musulman apparaît bien, avec le système romaniste et celui de la Common law, comme l'une des trois créations originales en la matière .

Les particularités qui viennent d'être relevées commandent les développements qu'appelle le système, quant à ses origines, à ses sources, à sa nature et à son évolution. Avant toute autre chose, il conviendra donc d'évoquer sa formation, en esquissant les grandes lignes du fondement religieux qui est le sien et en décrivant les conditions dans lesquelles a été assurée son élaboration. On analysera ensuite attentivement la signification et la portée des différents éléments sur lesquels il repose, le Coran, les traditions remontant au Prophète ou Sounnah, le consensus des docteurs ou Ijma, et le raisonnement par analogie ou qiyas. Il s'agira ensuite de mettre en lumière sa nature propre, non seulement révélée mais aussi doctrinale. On retracera enfin son évolution contemporaine et l'on rappellera les défis majeurs qui se posent aujourd'hui à lui.

Partie 1 :

Les fondements du droit musulman

L'islam est un ensemble universel de devoirs religieux, la totalité des commandements de Dieu, qui règlent la vie de chaque musulman dans tous les domaines. Les Etats musulmans veulent conserver les normes qui ont vocation à rythmer la vie des individus et à régir le fonctionnement de la société. Ces normes précisent ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Elles délimitent ainsi le droit des individus et leur espace de liberté. Tenter de séparer la religion et le droit dans les Etats musulmans, et de laisser de côté les textes religieux est impossible. L'islam reconnaît un droit musulman et le contenu juridique proprement dit fait partie intégrante d'un système de règles religieuses et morales.

11 – La compréhension de la religion islamique

La Loi islamique est le cœur et le noyau de l'islam. Il est impossible de comprendre l'islam si l'on ne comprend pas la Loi islamique, comme il est impossible de comprendre la Loi islamique sans identifier les textes fondateurs de l'islam.

En langue arabe, le mot islam signifie Paix, Soumission et Obéissance. La religion islamique consiste à accepter sans réserve les enseignements et la règle de Dieu, tels qu'ils furent révélés à Mahomet, son Prophète.

L'islam n'est pas une nouvelle religion. C'est le même message et la même règle que Dieu a révélé à chacun de ses prophètes. Le message que Dieu a révélé à Mahomet constitue l'islam, sous sa forme la plus complète et définitive.

Ses possibilités d'adaptation à tous les peuples explique l'universalité de son message. L'islam aux yeux de tous apparaît comme la "communauté " (l'Oumma) des croyants auxquels Dieu dit :

" Vous formez la meilleure Communauté suscitée par les hommes :

Vous ordonnez ce qui est concevable,

Vous interdisez ce qui est blâmable,

Vous croyez en Dieu. "

(Sourate III ; verset 110)

" Nous avons fait de vous une Communauté éloignée des extrêmes "

(Sourate II ; verset 143)

Le croyant doit tout sacrifier pour sa Communauté et mourir pour elle, s'il le faut, dans la lutte pour la défense et l'expansion de l'Islam dans le monde. La Loi divine est souveraine en toutes circonstances. Elle s'applique aux grands de ce monde comme aux plus humbles, à celui qui commande comme à celui qui obéit. La Loi divine est énoncée par le Coran et illustrée par la vie du Prophète.

12 – Les fondements historiques : la formation du droit et les grandes écoles

La Loi islamique naquit et se développa dans un contexte politique et administratif confus de l'époque pré-islamique. Elle apparaît en 610, en même temps que la première révélation du Prophète. A la mort du Prophète en 632, la période qui suit est agitée. Avant de mourir, Mohamed n'avait pas relevé le problème de sa succession. La Loi islamique n'avait pas réglé le fondement du pouvoir après sa disparition. C'est la période des califes de Médine ou " califes justes " de 632 à 661 qui étaient les Compagnons du Prophète.

Ce n'est que sous le règne des Omeyades, la première dynastie de l'Islam (661-750), que les cadres d'une nouvelle société musulmane furent créés, et au sein de cette société, un nouveau mode d'administration de la justice, une jurisprudence islamique, et la Loi islamique elle-même, virent le jour. Les Omeyades furent renversées par les Abbassides, et ceux-ci tentèrent de faire de la Loi islamique, qui était encore en formation, la seule Loi de l'Etat. C'est alors seulement que l'on constate l'existence d'un droit musulman entièrement élaboré. La première compilation exhaustive qui nous soit parvenue remonte au XIe siècle. En fait, tout au cours du Ier siècle de l'Islam, la communauté musulmane a vécu sous l'empire du droit coutumier qui était alors en

vigueur soit au Hidjaz soit en Iraq. Sous les Omeyyades, les qadis nommés par les califes ont dû faire face à une société plus développée. Ils ont rendu la justice en faisant état du droit en vigueur, mais aussi en prenant en considération qu'ils détenaient leur pouvoir du calife musulman et que le droit applicable devait être un droit adapté à la nouvelle foi. Mais, jusqu'ici, la « science » du droit musulman n'était pas née. La doctrine musulmane n'apparaît dans l'histoire qu'après l'avènement des Abbasides. Elle a alors pris corps sous une forme achevée, dans la compilation de Shaybani (mort en 189 de l'hégire). Cet auteur se réclame d'Abu Hanifa (m. en 150 hég.) qui a été considéré comme le fondateur du droit appelé, de son nom, hanéfite. Tous ces noms que la tradition a conservés n'ont pu, malgré tout, fonder d'un coup tout le système juridique qu'incarne le droit hanéfite. En fait, le système dit hanéfite n'est que la cristallisation d'un droit de source iraquienne qui a été accommodé aux besoins de la société musulmane. Généralement tenue pour l'école la plus libérale, elle se caractérise en admettant qu'en dehors du Coran et de la Sounnah, des règles de droit puissent être dégagées par un effort de réflexion, d'où le nom de « Gens du raisonnement » donné à ses représentants. Cette réflexion pouvait prendre en premier lieu la forme d'un raisonnement par analogie (qiyas), mais surtout, n'hésitait pas, le cas échéant à écarter une solution tirée de la simple analogie pour y substituer une autre, tenue pour meilleure en équité aux termes d'un jugement purement personnel. Cette méthode étant qualifiée d'« istihsan » (préférence).

Mais, sensiblement contemporain de l'école hanéfite, un autre droit appelé malékite prend consistance, et son développement répond dans une certaine mesure à une réaction contre le libéralisme des docteurs iraqiens. Il est rattaché à Malik ibn Anas (m. en 179 hég.). En fait, Malik et ses prédécesseurs (les sept jurisconsultes de Médine) ont modelé la coutume médinoise, et le droit dit malékite n'est qu'une nouvelle dénomination du système juridique appelé médinois et qui était toujours opposé, dès avant la fondation des écoles, au système iraquien. Ils n'abandonnent par conséquent qu'une place restreinte au raisonnement, bien qu'ils admettent dans certains cas l'adaptation d'une solution conformément au principe d'« istiçlah » (prise en compte de l'intérêt général), très proche en pratique de l'« istihsan » hanéfite, mais qui évite le reproche d'arbitraire par sa référence au bien commun. Incarnant avant tout une généralisation et une systématisation des

pratiques juridiques médinoises, l'école malékite fait donc figure d'école « historique », et ses conceptions ont valu à ceux qui s'en réclamaient l'appellation de « Gens des traditions ».

L'histoire du droit musulman a, depuis, traversé trois phases. La première que nous appellerons « préclassique » est celle où les compilations fondamentales ont vu le jour. Le fait prédominant de cette période est celui de la prolifération des écoles. Déjà en Syrie, tout au début de l'époque préclassique, al-Awza'i (m. en 157 hég.) avait essayé de poser les bases d'une école autonome. Mais après la fondation des écoles hanéfite et malékite, à l'intérieur de l'orthodoxie musulmane (sunnites), al-Chafi'i (m. en 204 hég.) fondera l'école chaféite qui établit un compromis entre les deux tendances et fait prévaloir celle de Médine. C'est l'école « modérée », et son fondateur a fait porter une part essentielle de son effort sur la détermination exacte et l'autorité respective des différentes sources, rejetant les traditions douteuses, contestant le recours aux opinions simplement personnelles de l'istihsan ou précisant les conditions dans lesquelles pouvait s'exercer l'analogie.

Puis ce fut le tour d'Ibn Hanbal (m. en 241 hég.), fondateur de l'école hanbalite, très rigoriste, qui opte pour un retour inconditionnel aux sources originelles par méfiance de la raison humaine. Au sein des dissidents (chiites), on constate aussi la multiplication des écoles: l'école zaydite fondée par Zayd ibn Ali (m. en 145 hég.) et l'école imamite (duodécimains). Signalons enfin l'école zahirite, qui s'attache à la lettre des sources scripturaires. Un autre mouvement à caractère politique appelé le kharijisme s'est créé une école propre, l'école kharijite, qui se situe en dehors des sectes sunnites et chiites.

L'époque « classique » verra l'éclosion des ouvrages qui au cours des III^e et IV^e siècles de l'Islam vont exposer, chaque auteur suivant son école, le droit musulman tel qu'il découle des collections fondamentales, mais selon une méthode plus rationnelle. Des tentatives de systématisation ont été dès lors amorcées sans enlever, malgré tout, au droit musulman son caractère empirique. Ces ouvrages continuent, de nos jours, à être invoqués pour établir l'authenticité de telle ou telle solution.

On a coutume de dire que la « Porte de l'Effort » (Bab al Ijtihad) a été scellée dès la fin du IV^e siècle de l'hégire. On entend par là que toute liberté d'émettre une opinion a été abolie. Plus précisément, l'« effort » personnel par excellence pour tirer du donné révélé l'ensemble des conséquences qu'il comporte, incluant donc l'effort de réflexion juridique, fût définitivement interrompu. L'on a considéré, en effet, après leur disparition, que seuls les fondateurs des écoles avaient eu qualité pour exercer dans toute sa plénitude l'Ijtihad, se voyant ainsi reconnaître la qualité de « moujtahid moutlaq », c'est-à-dire docteur absolu de l'Islam. De plus, un consensus d'experts ayant reconnu assez de hadiths pour combler le vide de la Loi, c'est alors qu'on déclara final et définitif le contenu de la Tradition ainsi que la décision à laquelle avait abouti le consensus et la porte de l'Ijtihad fut fermée. Il s'agissait alors d'empêcher toute tentative de déviation et de dissolution face aux foisonnements d'idées. Ajoutons que cette fermeture eut lieu au moment fort de l'histoire de la civilisation islamique. L'immobilisation de la structure au profit d'un résultat passé et permanent fut positif à court terme, mais par la suite elle engendra la stagnation et la léthargie. Cette fermeture de la porte de l'Ijtihad s'exprima par ce qu'on appelle le Taqlid, c'est-à-dire le conformisme ou l'acceptation sans réserve des décisions juridiques des prédécesseurs. Dès lors, la littérature juridique va consister principalement à gloser les ouvrages classiques. Ce sera l'époque que l'on peut appeler « postclassique » et qui s'est étendue jusqu'à nos jours. Mais il faut constater qu'au contact de la civilisation occidentale le droit musulman entre à l'heure actuelle dans une nouvelle phase, qui sera décrite plus loin.

13 – Les racines du fiqh

La problématique des sources de droit présente, dans le domaine musulman, une caractéristique spécifique. Ailleurs — dans le système romaniste par exemple, ou dans celui de la Common law — la loi d'une part, la jurisprudence de l'autre, apparaissent comme des sources autonomes, susceptibles de donner à tout moment naissance à des règles applicables à une question donnée. Dans le système musulman au contraire, les sources de droit se confondent pour l'essentiel avec les « racines » du fiqh, c'est-à-dire avec les différents éléments qui ont contribué à la formation de celui-ci. Il ne s'agit donc plus à proprement

parler de sources de droit restées vivantes, mais seulement, en raison de la fermeture de la Porte de l'Effort, de sources du droit, devenues fossiles et dont la fonction créatrice se trouve désormais épuisée.

Au total, ces sources sont au nombre de quatre, fortement hiérarchisées, et il est permis de distinguer entre elles deux ensembles.

La source fondamentale est évidemment représentée par la Révélation elle-même, telle qu'elle résulte au premier chef du donné coranique. Mais à cette révélation s'ajoutent les règles tirées de l'exemple fourni par le Prophète et qui forment la Sounnah. Ensemble, le Coran et la Sounnah constituent l'essence de la Chariah.

Un second ordre de sources présente un caractère dérivé, dans la mesure où elles ont été dégagées par la raison humaine, mais à partir du donné révélé. Elles s'expriment en premier lieu dans l'Ijma, consensus infallible des premiers docteurs de la loi ou moujtahid. Mais, la réflexion doctrinale a également déduit des principes, issus de ces trois sources, un ensemble de conséquences juridiques très diversifiées qui s'expriment dans le cadre des quatre écoles juridiques. C'est cette œuvre de réflexion doctrinale qui est à l'origine du fiqh proprement dit.

- Le Coran, révélation divine

Le Coran est l'ultime révélation de Dieu, car Mahomet, est considéré comme le dernier des prophètes, le dernier messenger de Dieu. Il est la source fondamentale de l'enseignement et des Lois islamiques. Une part considérable du Coran est consacrée à des enseignements de la justice sociale, de l'économie, de la politique, de la législation, de la jurisprudence, du droit et des relations internationales, notamment dans les versets de l'époque médinoise. Code de vie sociale et religieuse, il a tout prévu, tout réglementé, implicitement ou explicitement. Ces principes énoncés d'intangible manière, sont immuables et toute réforme qui leur sera apportée constituerait une nouveauté blâmable, c'est-à-dire une hérésie. A vrai dire, bien qu'il ne soit pas lui-même un ouvrage juridique, le Coran est le fondement du droit musulman, et environs six cents versets (c'est à dire un petit dixième du total) relèvent du droit proprement dit, et règlent les rapports de l'individu avec la société, édictant des règles de conduite.

- La Sounnah, Livre des Traditions

Le caractère somme toute restreint du donné proprement coranique en matière juridique a tout naturellement amené les premiers jurisconsultes de l'Islam à chercher ailleurs des principes permettant de justifier les solutions données à la quantité considérable de questions que le Livre sacré laissait sans réponse. Ils les ont trouvés dans le modèle que pouvait constituer le comportement de Mahomet, le « bel exemple » proposé par le Coran lui-même. Ainsi, en raison des règles qui en ont été tirées, la Sounnah, ou coutume du Prophète, représente-t-elle la seconde par ordre d'autorité des sources de la Chariah. Elle est constituée par l'ensemble des Hadith (paroles), c'est-à-dire des traditions relatives aux actes et propos de Mahomet, rapportés par une chaîne ininterrompue d'intermédiaires. De grands docteurs de l'islam, El Bokhari et Moslem, ainsi que d'autres savants, ont minutieusement recherché les hadith authentiques. Cela a permis de classer les hadith en authentiques, bons et faibles. Seuls les premiers peuvent servir à l'élaboration des règles de droit.

- L'Ijma ou consensus des docteurs

C'est la troisième source du droit musulman. Refusée par certains chiïtes, elle correspond à l'accord unanime des docteurs de la loi, et se fonde sur le hadith qu'aurait prononcé le prophète: « Ma communauté ne s'accordera jamais sur une erreur ». Cela semble en contradiction avec la division en 4 rites, mais ce n'est qu'une contradiction apparente. D'abord, il y a un hadith du prophète qui aurait dit: « Les divergences d'opinion dans ma communauté sont une manifestation de la grâce de Dieu ». Ensuite, l'unanimité a été tout de suite comprise comme la majorité au sein d'un même rite. L'Ijma est utilisée pour approfondir et développer l'interprétation légale des sources scripturaires. Pour qu'une règle de droit soit admise par l'Ijma, il faut qu'elle recueille l'assentiment des spécialistes: les Fuqqaha.

Les chiïtes et les Kharijites refusent toute valeur à l'Ijma. Les Hanbalites quant à eux n'acceptent que l'Ijma issu des compagnons du prophète.

- Le Qiyas ou raisonnement par analogie

Dernière source du droit musulman, c'est le raisonnement par analogie qui permet de combiner révélation divine et raisonnement humain. Cette démarche trouvent sa légitimité dans le Coran et la Sunna (de l'interdiction de prêter à intérêt du grain, on a déduit, par analogie, l'interdiction de prêter à intérêt des dattes ou du raisin sec).

Dans le recours au qiyas, il y a des divergences selon les rites. Le Coran interdit de boire du vin. Pour les malékites et les chaféites, cela signifie l'interdiction de toute boisson enivrante, alors que pour les hanéfites, si le Coran a pris soin de préciser le vin, c'est qu'il ne voulait pas étendre l'interdit. Les hanéfites sont ceux qui pratiquent le plus ce raisonnement par l'analogie. Le qiyas ne peut pas aboutir à la création de règles de droit nouvelles. Parfois cette pratique est même interdite ;c'est le cas en matière pénale pour les versets concernant directement le prophète, car ce dernier étant un être unique, il ne peut pas y avoir d'analogie.

La doctrine musulmane est divisée sur la valeur d'autres sources du droit, car incontestablement elles favorisent trop l'arbitraire. Ni la coutume (ourf), ni la jurisprudence (amal) ne sont des sources du droit.

~

~ ~

Le droit musulman nous apparaît donc très marqué par son fondement religieux, l'Islam, ainsi que par un parcours historique très riche, mais prématurément interrompu par la fermeture de la porte de l'effort. Ces racines sont complexes et laissent une large

part à la Révélation et à l'Exemple du prophète. Cependant, le raisonnement humain a considérablement compté au cours de sa formation.

A la lumière de ses éléments, il convient désormais de tenter de dégager les caractéristiques qui définissent la spécificité même du droit musulman.

Partie 2 :

Particularismes et contenu du droit musulman

21 – Le droit musulman, droit révélé

211 – La place de la Révélation dans le donné juridique

Développé dans les conditions qui ont été énoncées supra et reposant sur les sources qui sont les siennes, le droit musulman apparaît donc d'abord comme un droit théologique, un droit dont la particularité majeure est de se présenter comme conçu à partir d'un donné révélé, et non de bases simplement humaines. Il ne se veut donc pas une construction au premier chef rationnelle mais, fondé sur la foi.

Dans cette perspective, la comparaison entre le droit musulman d'une part, et le droit canonique des Églises chrétiennes (en particulier, catholique) de l'autre, a souvent été esquissée. Le contraste touche à l'essentiel, les divergences étant de deux ordres. En premier lieu, sur le plan du fondement, rares sont les règles du droit canon qui invoquent une origine révélée : la plus grande partie de ses dispositions se présentent comme d'origine purement humaine et ne prétendent en aucune façon à une quelconque immutabilité.

Par ailleurs, le droit canonique apparaît aussi, quant à son champ d'application, comme un droit partiel par nature (« Mon royaume n'est pas de ce monde », a dit le Christ), un droit qui ne s'intéresse qu'à certaines questions proprement confessionnelles, et qui pour le reste renvoie simplement à la législation civile, rendant ainsi à César ce qui lui appartient. C'est au contraire comme un système reposant tout entier sur les bases de la Révélation que se présente le droit musulman ; et il se veut un droit complet, n'établissant aucune distinction entre le spirituel et le temporel, entre un domaine proprement religieux d'une part, et ce qui serait un domaine profane ou laïc de l'autre. Dans la mesure où les fondements de la Charia font partie de la Révélation, les règles

légales apparaissent par là même comme possédant un caractère religieux évident, et participent à ce titre à la majesté du sacré. Etre bon musulman, c'est d'abord observer scrupuleusement les règles du fiqh. Jamais autre civilisation n'a accordé au droit semblable dignité.

212 – Conséquences de cette conception

Les conséquences du caractère révélé ainsi revendiqué sont multiples, et d'une importance considérable.

La première, et la plus évidente pour ses fidèles, tient à la dimension éthique à laquelle le droit musulman prétend. Par sa nature même, celui-ci refuse de se laisser réduire à une simple technique gouvernant les relations sociales, moins encore à la fonction d'instrument au service de l'Etat. Dans la mesure où il se veut le reflet de la volonté divine, il se considère comme exprimant la morale la plus haute. Ce qu'il se propose, c'est d'abord « d'ordonner le Bien et de punir le Mal » (Cor. III, 106). Et si, ailleurs, le droit a pu être analysé comme le reflet des structures sociales existantes, ici au contraire, c'est la société tout entière qui se voit invitée à modeler ses comportements sur les principes que le droit contient.

C'est aussi, à l'évidence, ce fondement religieux qui justifie, en opposition avec tous les autres grands systèmes, le caractère personnel du fiqh. C'est lui qui permet d'expliquer son aspect contraignant et le caractère impératif de ses règles, puisque issues des commandements de Dieu. C'est toujours à cette origine religieuse qu'il est permis de rattacher sa nature casuiste et son absence de principes généraux, celle-ci tenant non seulement au caractère d'abord concret du contenu de la Révélation. Enfin, c'est encore à l'évidence ce même caractère qui commande cet aspect essentiel du système qu'est l'immutabilité de principe qu'il revendique.

22 – Le droit musulman, un droit doctrinal

221 – Place réelle et modalités d'intervention de la doctrine

Mais si le droit musulman se présente bien, selon la conviction des Musulmans eux-mêmes, comme essentiellement révélé, une analyse plus approfondie conduit à nuancer très largement cette conception, et à mettre au contraire l'accent sur son caractère profondément doctrinal. C'est la doctrine, en effet qui a tout d'abord fixé la signification exacte du texte du Coran et la portée réelle des règles qui pouvaient y être contenues : ainsi, entre deux énonciations contradictoires, c'est elle qui a déterminé laquelle devait prévaloir ; c'est elle aussi qui a attribué à certaines de ces énonciations la valeur d'une simple exhortation morale et aux autres le caractère d'une règle contraignante. Ce sont aussi les docteurs qui ont défini l'autorité des Traditions (hadith) constitutives de la Sounnah, d'abord en déterminant celles qui devaient être retenues, mais surtout en établissant quelles conséquences impliquait chacune d'entre elles. C'est la doctrine, toujours, dans le cadre des différentes écoles, qui a déduit par analogie des principes issus des textes sacrés, des conséquences d'ordre juridique multiples. Et finalement, c'est cette même doctrine qui a consacré de manière définitive sa propre autorité en énonçant le principe du Taqlid, en vertu duquel obligation est faite à tous les musulmans d'accepter sans la discuter l'opinion des docteurs.

Ainsi, selon une formule particulièrement heureuse, le droit musulman apparaît-il bien comme étant en réalité « un système doctrinal fondé sur l'autorité de sources révélées » (R. David).

222 – Conséquences du caractère doctrinal

Mais, à son tour, cette nature doctrinale va, elle aussi, expliquer différentes particularités du fiqh. La première tient à son caractère essentiellement écrit. Dans la mesure, en effet, où le droit musulman se définit par cette essence doctrinale, il apparaît par là même comme un droit d'abord théorique. L'objet fondamental de sa réflexion a tendu à dégager les règles les plus conformes à certaines prémisses religieuses, non à proposer les solutions les plus commodes ni à refléter la pratique concrète. Ainsi s'expliquent les hypothèses extraordinaires qui ont été relevées dans les ouvrages spécialisés. Tel, par exemple, l'examen des droits successoraux d'un être mi-pierre, mi-garçon : ce n'est que pour la théorie qu'elles revêtent un quelconque intérêt. Ainsi s'explique l'absence de la

jurisprudence en tant que source du droit : trop liée aux faits, elle reste trop éloignée de la théorie.

Il convient également de relever que cette double nature, révélée et doctrinale, qui est celle du droit musulman trouve son reflet dans les termes mêmes qui servent à le désigner, Chariah d'une part et fiqh de l'autre. Bien qu'elle soit très mal observée, la distinction tient à ceci : la Chariah « chemin à suivre » correspond à la Loi divine, c'est à dire à l'ensemble des règles voulues par Dieu et révélées par Lui aux hommes ; le fiqh au contraire représente la science juridique, celle-ci impliquant au premier chef la connaissance (c'est le sens originel du mot) du donné révélé, des conséquences qui y sont liées et des modalités par lesquelles il peut être mis en œuvre. Il faut cependant aussi préciser que la Chariah déborde largement le domaine du droit, au sens occidental du terme, pour s'étendre à l'ensemble des obligations du Croyant y compris à celles qui relèvent directement du domaine de la foi, comme l'exercice du culte.

Enfin, à tout ce qui précède, on peut encore ajouter qu'en dépit de l'unité à laquelle il prétend, il est possible de distinguer à l'intérieur du droit musulman, en fonction de la place respective qu'y occupent la Révélation d'une part et les constructions doctrinales de l'autre, trois grands ensembles. Le cœur en est formé par le droit des personnes et de la famille (auquel l'on peut ajouter les éléments de base du droit pénal et fiscal) qui est lié plus que tout autre au donné proprement religieux. Un second ensemble est représenté par le droit des contrats et des obligations qui, avec les principes de celui des biens, constitue une création presque exclusivement doctrinale. Enfin les différentes règles qui intéressent le domaine public et administratif sont incontestablement celles qui apparaissent tout à la fois comme les plus éloignées du donné révélé, et dans le même temps comme celles où la réflexion de la doctrine est restée la plus faible et la plus théorique. Il s'ensuit, en particulier, que la place qu'occupent les différentes branches du droit à l'intérieur du fiqh est sensiblement différente de celle qu'elles occupent dans les autres systèmes, le droit du mariage et celui des successions en représentant à eux seuls plus de la moitié, tandis que la totalité des développements consacrés aux autres questions ne s'en partagent guère que le reste.

23 – Les méthodes d’adaptation du droit musulman

Il va sans dire que cette nature théorique, impérative et immuable du droit musulman, ne pouvait manquer de soulever les plus graves problèmes. Pour tenter d’y remédier, certaines méthodes d’adaptation du droit ont été utilisées et développées.

231 – La coutume

Bien qu’elle ne soit pas considérée officiellement comme une source du droit, la coutume régit beaucoup d’aspects de la vie en pays musulman. Bien sûr la coutume n’est pas intégrée au fiqh, parce que le droit musulman, révélation divine, doit être uniforme pour tous les croyants. Mais le droit musulman ne condamne pas la coutume, si elle n’est pas illégitime. C’est cette attitude conciliante qui a permis à l’islam de se propager aussi facilement dans des pays très différents les uns des autres (les steppes d’Asie centrale, l’Afrique noire, l’Asie du sud-est).

Les coutumes nombreuses, qui sont admises, viennent en complément du droit musulman: coutumes relatives aux modalités de paiement de la dot, coutumes relatives à l’usage de l’eau, celles relatives au commerce etc. Pour résumer, on peut dire que la coutume n’autorise pas un comportement interdit et ne peut pas interdire un comportement obligatoire. Mais elle peut légitimement ordonner une chose qui, selon le droit, est seulement recommandée ou permise. Ou bien elle peut interdire un comportement qui est blâmable ou permis.

232 – La convention

Le droit musulman laisse un très large champ d’action à l’initiative et à la liberté humaines. Un hadith déclare: « Il n’y a aucun crime à faire des conventions en sus de ce que la loi prescrit ». Grâce à des conventions, on peut, sans être infidèle à l’islam, apporter des changements très importants aux règles que propose, mais que n’impose pas, le droit musulman.

Lors du mariage, les époux peuvent convenir, par convention (les juges l'ont admis), que la femme puisse se répudier elle-même, notamment si le mari ne demeure pas monogame. Le statut du mariage et de la famille peut être ainsi profondément modifié comme en Syrie. Même chose à Java, où l'on considère qu'en se mariant les époux constituent une société commerciale, pour pouvoir écarter le régime matrimonial de la séparation de biens prévu par le Coran, et appliquer le système de la coutume locale.

233 – Les subterfuges juridiques

Pour éviter d'appliquer des solutions archaïques, on peut avoir recours à des stratagèmes juridiques (Hiyal) et à des fictions. La chariah, très formaliste, exige que la lettre de la loi, plutôt que son esprit, soit respectée. Par conséquent bien des règles de droit peuvent être contournées, pourvu qu'elles ne soient pas directement violées.

Pour décourager la polygamie et la répudiation, on peut prévoir des dommages et intérêts très élevés en cas de répudiation injuste ou de polygamie inégalitaire. Le droit musulman interdit le prêt à intérêt. Pour contourner la règle, on peut procéder à une double vente ou bien donner au créancier, à titre de sûreté, la jouissance d'un bien productif de revenus. Le louage de terres est interdit; on peut avoir recours à la notion d'association. Les contrats aléatoires, en particulier le contrat d'assurance, sont interdits (de même que les jeux). Mais le péché n'est commis que par celui qui reçoit la prime. On peut donc s'assurer auprès d'une compagnie étrangère ou d'un non musulman.

234 – L'intervention du législateur

Pour adapter le droit musulman aux conditions de la vie moderne, le plus facile est de faire appel à celui qui a le pouvoir dans la société. Selon le droit musulman, le souverain (calife, roi, sultan, émir, parlement) n'est pas le maître mais le serviteur du droit. En principe il ne peut pas légiférer, modifier le droit. Mais comme il doit aussi veiller à faire régner la justice, il a un pouvoir de régler. C'est par ce biais que le législateur est intervenu. Il a, par exemple, imposé aux qadi d'appliquer la solution acceptée par tel ou tel rite. Le législateur est parfois allé très loin aux yeux des

théologiens, mais comme il ne remettait pas en cause l'hégémonie de l'Islam dans le pays et la suprématie du droit musulman, leurs critiques demeuraient modérées à son égard.

On n'aurait donc du droit musulman qu'une vision déformée, si l'on admettait que l'autorité intangible de la Chariah ait toujours été pleinement respectée par le pouvoir civil. Ainsi constate-t-on d'évidents empiétements, non seulement dans le domaine fiscal — avec la multiplication un peu partout en Islam d'impositions totalement étrangères au fiqh —, mais encore en matière de propriété foncière, les sultans ottomans par exemple n'ayant pas hésité à promulguer différentes dispositions très éloignées de celles prévues par les Docteurs. Mais en matière pénale surtout, et malgré la compétence reconnue au qadi, interprète de la Loi sacrée, les sultans de Constantinople n'hésiteront pas à promulguer, sous le nom de « Qanoun nameh », une législation pénale complète, qui éliminait presque totalement les peines d'origine coranique du « hadd », pour y substituer de lourdes amendes. Avant cette réforme les « houdoud » concernaient six crimes nommément désignés, à savoir: l'homicide, la fornication, la fausse imputation de fornication, le vol, l'usage de alcoolique et le brigandage ou la rébellion. Pour l'homicide volontaire, la mort était encourue par le coupable, mais la peine était exécutée par la famille de la victime. L'homicide involontaire entraînait seulement le paiement du prix du sang (diyah). Quant à la fornication, elle était punie de la lapidation, lorsqu'elle constituait un adultère. Dans les autres cas, la peine en était la flagellation. Il en était de même de la fausse imputation de fornication et de l'usage de la boisson. Enfin, le voleur avait la main coupée et le brigand ou rebelle était mis à mort ou amputé de quelque membre.

~

~ ~

En fin de compte, ce n'est guère que dans les territoires où l'organisation étatique resta faible, que la Chariah put conserver intégralement son monopole. Ainsi, avant même toute influence occidentale, force est de constater que des domaines aussi importants que

ceux du droit public et fiscal ou du droit pénal, auxquels l'on peut ajouter le droit commercial, avaient d'ores et déjà échappé dans bien des cas au fiqh, et relevaient pour l'essentiel de juridictions extérieures à celui-ci. La pénétration européenne allait contribuer, le jour venu, à accélérer de manière brutale l'évolution ainsi amorcée.

Partie 3 :

Le droit musulman et le monde moderne

31 - L'éclipse du fiqh

Figé depuis la fermeture de la Porte de l'Effort au X^e siècle J.C., le droit musulman allait connaître, au XIX^e et au XX^e siècles, le choc des idées venues d'Europe. Atteignant aussi bien les territoires restés indépendants que ceux qui se trouvaient alors colonisés, cette confrontation entraîna rapidement une très large réception des conceptions juridiques occidentales. Cantonné d'abord, à quelques exceptions près, au seul statut personnel, le fiqh devait ensuite dans ce domaine même faire l'objet d'une double entreprise de sécularisation et de codification, après le retour à l'indépendance, rapprochant ainsi ses solutions de celles qui prévalaient ailleurs dans le monde. Sa survie même put sembler un moment menacée, avant qu'un mouvement de réaction, d'origine religieuse et inattendu ne fut-ce que par son ampleur, ne l'engage dans des voies nouvelles .

311 - Le choc colonial et le cantonnement du droit musulman

L'ensemble des pays d'Islam, sauf quelques exceptions — la Turquie, l'Arabie Séoudite, le Yémen, l'Iran et l'Afghanistan — s'est trouvé soumis, à partir parfois du XVII^e siècle, mais plus souvent après 1830, à l'autorité, directe ou indirecte, d'une puissance européenne. Sur le plan du droit, les conséquences de cet état de choses ont été considérables. De manière plus ou moins brutale et plus ou moins complète, la quasi totalité des domaines qu'intéresse le droit ainsi qu'une part essentielle de l'organisation judiciaire ont alors échappé au fiqh pour être remplacés par des conceptions empruntées au système juridique de la puissance tutélaire. Mais si l'intérêt du colonisateur apparaît évident, il n'est en revanche guère contestable que la faiblesse extrême de la Chariah

quant au droit public ainsi que sa réelle inadéquation quant aux relations économiques n'ouvraient guère d'autre choix.

Ainsi, le droit musulman s'est trouvé, sauf exception, cantonné dans ces pays au seul statut personnel, en y incluant les successions, et le statut des fondations pieuses (waqf). Dans tous ces domaines, les interventions des autorités européennes restèrent très rares, limitées et souvent tardives. En dehors de la suppression de certaines au moins des discriminations qui frappaient les non-musulmans, l'abolition de l'esclavage constitue l'une des plus évidentes. Mais cette fois, à l'instar de l'élimination du droit pénal coranique dont les supplices apparurent aux Européens du siècle dernier comme particulièrement barbares et plus graves que les faits qu'ils sanctionnaient, l'on ne peut douter que l'action des puissances coloniales n'ait été avant tout dictée par le souci de la mission civilisatrice dont elles se réclamaient.

312 - La réception dans les pays restés indépendants

Le caractère inéluctable de ces transformations trouvait une confirmation évidente dans l'évolution convergente des États musulmans qui échappaient alors à la colonisation.

L'exemple de l'Empire Ottoman à partir de 1839, début de l'ère des réformes, est sans doute le plus révélateur à cet égard. Dès 1840, en effet, un premier Code pénal de type moderne, remplaçant les anciens Qanoun-nameh y fut promulgué. Rédigé sur le modèle du Code français de 1810, il supprima définitivement les supplices de l'amputation et de la lapidation, et ne laissa subsister des conceptions musulmanes en la matière que quelques éléments, appelés eux-mêmes à disparaître en 1858. Un Code de commerce, calqué plus totalement encore sur le modèle français, et légitimant en particulier les intérêts commerciaux, fut introduit en 1850. Dans le domaine judiciaire, un système complet de tribunaux d'Etat fut organisé en 1860, tandis qu'un Code d'instruction criminelle était promulgué un an après. Enfin, dans le domaine civil, une évolution plus progressive, qui avait débuté en 1839 déjà avec la reconnaissance des libertés individuelles et s'était poursuivie en 1841 avec la proclamation de l'égalité de tous devant la loi, musulmans ou non-musulmans, aboutit entre 1869 et 1876 à la rédaction d'un Code

général des obligations, la « Médjellé », elle-même complétée en 1880 par un Code de procédure civile. Le droit des personnes fera aussi l'objet d'un texte inspiré du même esprit, le Code ottoman de la famille de 1917. L'évolution ainsi accomplie trouvera un aboutissement radical en 1926, lorsque Moustapha Kémal Ataturk imposera par décret à la Turquie le Code civil suisse et le Code pénal italien, parachevant ainsi l'adhésion exclusive de ce pays à la famille romaniste.

Même moins radicale, une évolution comparable se retrouve ailleurs. C'est le cas en particulier en Egypte avec la rédaction de codes successifs dans le domaine pénal, et en matière civile dont le dernier (qui ne régit pas le statut personnel) ne laisse subsister que quelques rares « infiltrations » musulmanes. De même, en Tunisie d'avant le protectorat, l'on retrouve l'ébauche d'un mouvement identique, avec en 1861 un texte intitulé « Code criminel » mais qui s'étendait en réalité aussi au domaine civil, puis en 1863 un projet de Code de commerce. En Iran enfin, des réformes analogues ont débouché, après l'introduction presque intégrale du Code pénal français à partir de 1906, sur la promulgation, entre 1927 et 1935, d'un Code civil de type lui aussi romaniste, même si la grande majorité des règles, en matière familiale mais aussi quant aux obligations, restent fidèles aux solutions musulmanes traditionnelles.

313 - La codification du fiqh et la suppression des juridictions traditionnelles

Au phénomène général de cantonnement qui avait marqué la période coloniale, deux autres transformations ont fait suite, le plus souvent au lendemain de l'indépendance. Il s'agit de la suppression des tribunaux spécifiques de Chariah, et de la codification du statut personnel.

Inauguré par le Code ottoman de la famille en 1917, confirmé par le Code iranien de 1935, ce mouvement de codification du statut personnel s'est accéléré après l'accession à l'indépendance des pays précédemment soumis à la tutelle européenne : ainsi en 1951 en Jordanie, en 1953 en Syrie, en 1956 en Tunisie, en 1957/8 au Maroc, en 1959 en Iraq. En dehors des quelques États qui refusaient toute occidentalisation de leur droit, rares furent les pays musulmans qui — à l'instar de la Libye ou de la Mauritanie — ne procédèrent pas à cette transformation. Parallèlement fut poursuivie une unification des juridictions qui

entraînait la suppression des tribunaux religieux particuliers. Le lien entre les deux réformes tenait à l'exigence impérieuse que représentait pour des juges non spécialistes en théologie, la possibilité de se reporter à des règles du statut personnel plus accessibles, complètes et précises que ne l'étaient les traités traditionnels du fiqh.

32 – La réaction islamiste et la résurgence du droit musulman

Cantonné, codifié, intégré, amendé, le droit musulman pouvait sembler, vers 1970 encore, appelé, sinon à disparaître, du moins à perdre l'essentiel de sa spécificité. Son inattendue résurgence s'inscrit dans une perspective qui dépasse de loin le seul cadre juridique et dont les causes sont, à n'en pas douter, particulièrement complexes. L'affaiblissement, sur le plan matériel, du modèle qu'avait constitué l'Europe, affaiblissement dont la décolonisation même apparaissait comme l'une des conséquences les plus évidentes ; la remise en cause, sur le plan intellectuel, des idées de libéralisme politique; le remplacement des élites marquées par l'enseignement occidental et acquises à ses valeurs par des dirigeants issus de milieux sociaux différents et qui avaient subi plutôt que souhaité les bouleversements antérieurs ; l'appartenance à l'Islam perçue par l'immense majorité des populations comme un élément essentiel de sa personnalité face à l'intrusion des idées étrangères ; tous ces éléments constituent autant de facteurs qui contribuent à expliquer l'ampleur et la généralité d'une rupture qui a atteint aujourd'hui les dimensions d'un phénomène de civilisation et ne saurait plus être ramenée à la seule action de quelques fanatiques.

Dans les années quatre-vingt, pour certains pays musulmans comme en Libye, au Pakistan, en Iran, ou au Soudan, cette réaction islamiste se caractérise par un rétablissement partielle ou totale de la loi coranique, pour le châtement des crimes, puis étendue à tous les aspects de la vie sociale. C'est ainsi que sont restaurées les règles du hadd (peine fixe) et du tazir (peine discrétionnaire laissée à l'appréciation du qadi), et réintroduits le talion et le paiement du prix du sang (diyah), pour les crimes de sang.

En 1983, une islamisation totale du droit est imposée au Soudan, proclamant la Chariah comme étant la seule et unique source de loi.

S'il est trop tôt encore pour mesurer l'ampleur exacte ou le caractère irréversible, cette résurgence du droit musulman constitue à n'en pas douter l'un des phénomènes majeurs de l'évolution juridique contemporaine .

33 – La place de la Loi islamique dans la législation des Etats musulmans

Les relations entre l'Etat et la religion dans les Etats musulmans ont suscité des controverses. Il est difficile d'appréhender la problématique de la cohabitation et de l'intégration de deux ordres normatifs fondés sur des sources différentes ; en l'espèce celles du droit positif et du droit coranique.

Notre réflexion sur le sujet rejoint celle d'Olivier Roy, qui avance l'idée d'un processus de ré-islamisation par le haut et par le bas. Par le haut, c'est-à-dire une réponse des régimes des Etats musulmans à la poussée des mouvements islamistes, par le bas par l'avancée de ces mouvements islamistes. En examinant les législations des différents Etats musulmans, on observe que ces processus de ré-islamisation par le haut se traduisent, comme relevé plus haut, par une réintroduction progressive des référents islamiques dans l'espace juridique musulman.

Cette réflexion nous permet de dégager trois situations bien distinctes : celle de la législation affranchie de la Loi islamique, celle de la législation inspirée de la Loi islamique, et enfin celle de la législation subordonnée à la Loi islamique. Ces situations doivent constituer les axes autour desquels sont construits les échafaudages juridiques dans les Etats musulmans.

331 – La législation affranchie de la Loi islamique

De nombreux Etats musulmans ne prévoient pas dans leur Constitution, de rapport entre la Loi islamique et la législation. Il en est ainsi en Algérie, au Cameroun, à Djibouti, au Burkina Faso, en Gambie, en Guinée Bissau, en Irak, au Mali, au Maroc, au Niger, au Sénégal, au Tchad, en Tunisie, en Turquie. La législation dans ces Etats est juridiquement libérée de toutes références islamiques, implicites ou explicites. Il faut préciser que tout affranchissement à la Loi islamique dans les Etats musulmans demeure

relatif. Afin de limiter notre étude nous mettrons l'accent dans nos références sur deux Etats musulmans particuliers qui font partis du Maghreb.

Le cas de la Tunisie

La Tunisie, tout en reconnaissant un statut Constitutionnel à l'Islam n'en tire aucune conséquence au niveau de la législation et sa Constitution observe un mutisme total par rapport à la Loi islamique. Dès l'indépendance de la Tunisie, les constituants ont veillé à écarter la formule de la religion d'Etat au profit du simple constat que l'Islam est la religion du pays.

L'article 1^{er} de la Constitution tunisienne de 1956 stipule :

" La Tunisie est un Etat libre, indépendant, souverain, sa religion est l'Islam, sa langue est l'arabe et son régime la République".

Il paraît intéressant de s'attarder sur le cas de la Tunisie où le code du statut personnel a cette double particularité d'être inspiré de la Loi islamique d'un côté et de s'en écarter de l'autre.

La spécificité du cas tunisien nous ramène également à la personnalité de Bourguiba et à ses réformes qui l'ont amené ponctuellement à malmener la symbolique religieuse, faisant apparaître la Tunisie comme un Etat laïque en contexte musulman. Un réajustement du système législatif par rapport au système religieux s'est opéré dans les dix dernières années de présidence de Bourguiba, avant de voir la Tunisie s'inscrire dans une perspective fidèle aux traditions arabo-islamiques et néanmoins ouverte à la modernité. En effet, une ère nouvelle s'ouvre en 1987 avec l'accession au pouvoir de Zine el Abidine Ben Ali. Le premier signe visible du changement opéré est la déclaration du 7 novembre 1957 qui débute par la traditionnelle invocation: " Au nom de Dieu le Clément, le Miséricordieux". Le régime de 1987 affirme ainsi un lien fort avec l'Islam.

Rompant avec l'attitude jusque-là libérale, la réinscription de l'Islam s'est prolongée au niveau de la législation. C'est ainsi que l'article 5 du Code du statut personnel relatif aux conditions de mariage fit l'objet d'une interprétation plus restrictive, dans le courant des années soixante-dix. Une circulaire ministérielle datée du 5 novembre 1973 invita les magistrats à refuser tout mariage d'une musulmane avec un non-

musulman. Cette circulaire heurte de front la liberté au mariage telle qu'est définie par la Convention de New York sur le consentement au mariage de 1962 dont la Tunisie est partie. On ajoutera que les réserves à l'égard de certaines dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant de 1989 sont dictées par des considérations en relation avec la Loi islamique et que dans bien des domaines, l'affranchissement à l'égard de la Loi islamique connaît des limites.

Sur le plan international, la Tunisie a adhéré aux principales conventions internationales protectrices des droits de l'Homme dont, les Pactes des Nations-Unies des Droits Civils et Politiques d'une part et sur les Droits Economiques, Sociaux et Culturels d'autre part. Plus spécifiquement, en ce qui concerne les femmes, la Tunisie a ratifié la Convention sur les droits politiques de la femme de 1952, la Convention sur la nationalité de la femme mariée de 1957, et la Convention de New York sur le consentement au mariage de 1962. Mais l'affranchissement à l'égard de la Loi islamique demeure relatif.

Le cas du Maroc

Le règne du nouveau monarque du Maroc, Mohamed VI se retrouve face au défi de la modernité. Après la mort de Hassan II, le nouveau roi du Maroc doit rapidement s'atteler à des problèmes complexes, dont font partis les droits de l'Homme. La légitimation du système législatif du Maroc oscille entre un système moderne et un système qui, au fond, reste traditionnel, donc opposé aux principes modernes de la démocratie. La Constitution confère au Monarque des pouvoirs quasi-absolus, mais par ses prises de positions en faveur d'une monarchie inspirée des modèles anglo-saxons ou espagnols, le roi Mohamed VI est devenu, la référence de ceux qui veulent moderniser le régime.

Selon une première interprétation, Le Maroc se serait donné une Constitution moderne et occidentale, plus ou moins calquée sur celle de la Vème République française. Cette Constitution romprait avec le passé et introduirait de nouvelles procédures ; l'influence occidentale serait importante, surtout en ce qui concerne l'affranchissement à l'égard de la Loi islamique.

La deuxième interprétation donnée, serait que la Constitution marocaine resterait dans la ligne des anciennes traditions : le sommet de l'Etat est conforme au modèle du califat et le

système juridique du califat imprègne les normes juridiques "modernes". En un mot, la question est de savoir si la législation actuelle du Maroc repose sur une base islamique ou sur une base démocratique à l'occidentale ?

Il est impossible de trancher cette controverse en partant du texte de la Constitution, car la contradiction décrite ici se trouve dans les formulations même du texte. L'article 1^{er} de la Constitution dit que le Maroc est une " une monarchie Constitutionnelle, démocratique et sociale", l'article 29 dit que " la souveraineté appartient au peuple".

Il reste que de nombreux problèmes internes et externes attendent le nouveau souverain, qui devra jongler entre ces deux visions du système législatif et politique de son pays. En exemple, sur le plan interne, le Maroc souffre des maux qui frappent les pays en développement sans distinction de régime. L'indépendance de la justice est encore un vœu pieux et la corruption salit le système social à tous les niveaux. Le responsable de la Ligue de droits de l'Homme, après de nombreuses enquêtes sur place y dénonce un non-respect des droits de l'Homme et appelle de ses vœux l'instauration d'une réelle démocratie.

On en revient à la même conclusion que pour la Tunisie, à savoir que tout affranchissement à l'égard de la Loi islamique demeure relatif.

332 – La législation inspirée de la Loi islamique

Cette inspiration n'est ni générale ni absolue. De manière générale, elle est beaucoup plus évidente dans les Etats arabes que dans les Etats musulmans et spécialement ceux d'Afrique. L'inspiration trouve, dans la plupart des cas, son fondement dans la Constitution. Les Constitutions des Etats musulmans proclament une forme de relation entre la Loi islamique en tant que source de droit et le droit positif en subordonnant le second au premier.

Parfois il est indiqué, de manière très évasive, comme c'est le cas en Somalie, que la législation s'inspire de la Loi islamique, ou comme c'est le cas dans la Constitution des Comores, qu'il s'agit de " puiser dans l'Islam l'inspiration permanente des principes et règles qui régissent l'Etat et ses attributions".

La Loi islamique est parfois considérée comme "une des sources principales de la législation" (Koweït).

Dans son préambule, la Constitution de la Mauritanie qualifie la Loi islamique de source unique de la législation.

Dans certains cas, la Loi islamique est retenue, non pas en tant que source de normes, mais en tant qu'ensemble de normes directement applicables dans certains domaines. C'est ainsi que la Constitution jordanienne énonce que "les tribunaux de Chariah appliquent les règles de la Loi religieuse".

Il arrive, cependant, que les Constitutions d'Etats musulmans ne s'y réfèrent guère comme source de la législation, mais que les lois s'en inspirent, malgré tout et parfois très nettement.

Les Etats qui accordent une grande importance à la Loi islamique en tant que source d'inspiration de la législation sont, en fait en nombre limité. On citera l'Egypte, le Yémen et Oman. La Chariah comporte, il est vrai, un certain nombre de règles précises et impératives mais aussi, des principes généraux, susceptibles d'être diversement interprétés. De plus, le droit positif est, généralement, en harmonie avec la réalité sociale. Et l'écho que trouve la Loi islamique au sein de la législation positive constitue un phénomène tout à fait normal qui témoigne de l'assise sociologique de la règle de droit. Enfin, et surtout, la Loi islamique n'est jamais retenue comme source exclusive de la législation (à moins que la législation soit subordonnée). Elle peut néanmoins constituer une source principale de la législation.

333 – Les Etats musulmans subordonnés à la Loi islamique

Dans ces pays, la Loi imposée par la volonté divine s'impose et prévaut sur celle posée par l'homme. La Loi posée n'est légale et légitime que dans la mesure où elle traduit la Loi islamique, se conforme à ses prescriptions ou est compatible avec elle. Tous les pouvoirs publics sont, donc, limités dans leur volonté et dans leur action par la Chariah. C'est dire que le droit étatique n'a pas d'autonomie ou de légitimité propre.

Cette situation est, de manière générale, celle des législations en Arabie saoudite, en Iran, au Soudan et au Pakistan.

Le cas de l'Arabie saoudite

Il n'y a pratiquement pas dans le statut fondamental du pouvoir ou dans le texte instituant le Conseil consultatif — qui datent tous deux du 1^{er} mars 1992 — de dispositions qui s'éloignent, de par leur contenu ou leur portée, de la Loi islamique. Selon le statut, la Constitution de l'Arabie saoudite est le Coran et la Sounnah (article 1^{er}). Selon l'article 7, la source du pouvoir est constituée par le Coran et la Sounnah. Cette disposition prévaut sur toutes les autres dispositions du statut ainsi que sur l'ensemble des autres règles.

Les fondements de la société saoudienne et des droits de l'Homme sont déterminés par la Loi islamique et le droit positif ne peut y déroger. Selon l'article 6, la justice doit se conformer à la Loi islamique.

Contrairement aux Etats dont la législation est affranchie de la Loi islamique, les Etats subordonnés à la Loi islamique gouverne tout le système législatif du pays.

Le cas de l'Iran

Le concept de laïcité, que les livres saints ignorent, est jugé par le pouvoir en place en République islamique d'Iran, comme étant la négation tout à la fois de l'Islam et de la Constitution de la République d'Iran.

Le Cheik Mohamed Shabistari, professeur de philosophie islamique à l'université de Téhéran s'exprime en choisissant ses mots : " En Islam, il n'existe aucune forme contraignante d'institutions étatiques. Autant un gouvernement s'inspirant des valeurs suprêmes de l'Islam est légitime, surtout dans un pays profondément croyant et traditionnel comme le nôtre, autant un Etat islamique est un non-sens au regard des textes sacrés. Notre Constitution, à laquelle j'adhère par devoir civique, juxtapose les droits divins et les devoirs des citoyens. Ce mélange des genres est la source de nombre de nos problèmes. Il faudra bien un jour échapper à ces contradictions en nous adaptant à la modernité...".

On observe que l'oscillation entre l'ouverture à la modernité et la fidélité à la Loi islamique caractérisent les Etats musulmans affranchis de la Loi islamique, se retrouve dans un Etat musulman se disant subordonné à la Loi islamique. Il convient tout bonnement de rendre compatible les enseignements de la démocratie, et des droits humains, avec les enseignements de l'Islam.

Le philosophe musulman Abdel Kerim Souroush, dont les idées, dit-on " sont au pouvoir" depuis l'élection du Président Mohamed Khatami, qui est un rénovateur audacieux puisqu'il s'écarte résolument des textes saints, précisément au nom de la modernité. " Il nous revient à nous, intellectuels du tiers-monde, de les rendre compatibles". " Tout simplement en essayant d'imaginer ce que seraient les prises de position du Prophète s'il devait revenir sur terre pour vivre parmi nos contemporains. Il saura, lui, faire la distinction entre les principes fondamentaux du Coran, très peu nombreux, et la foule de jugements conjoncturels qui correspondaient, il y a quatorze siècles à une société bien différente de la nôtre". D'après Souroush, sont caduques les institutions de droit divin (le Velayat Faguih), les sanctions pénales dites islamiques, la mise à mort des apostats (allusion entre autre, au cas de Salman Rushdie), l'inégalité entre les hommes et les femmes, les discriminations exprimées à l'égard des non-musulmans (les Dhimmis) au sein de l'Etat musulman.

La "cohabitation à l'iraniennne" entre le président Khatami, figure de chef de l'opposition libérale et l'ayatollah Khamenei, chef du gouvernement, est la source des nombreux problèmes que rencontre la République Islamique d'Iran. Elle a pris les allures d'une guerre de positions dans laquelle les interprétations contradictoires de l'Islam ne sont que l'un des aspects.

Les médias constituent l'arène centrale de la confrontation. Face à la radio, à la télévision, aux nombreuses publications, contrôlées par les conservateurs, une multitude de revues et de quotidiens militent pour un aggiornamento.

La riposte du pouvoir à ces défis a pris diverses formes : suppression de publications, arrestations de journalistes et de chroniqueurs, campagnes médiatiques d'intimidation et

agressions physiques. En juillet 1999, le régime iranien est pris de court par la révolte étudiante en faveur de la démocratie.

Force est de constater que suite à ces événements, "la cohabitation à l'iranienne" se caractérise plutôt par un déséquilibre structurel qui oppose un pouvoir absolu à une légitimité populaire.

Quant aux Lois, nombre d'entre elles sont d'une ambiguïté qui permet toutes manipulations. La liberté d'expression, par exemple, est garantie à condition qu'elle " ne porte pas atteinte à l'Islam", ou mieux encore, qu'elle ne soit pas " utilisée pour semer la confusion dans les esprits".

La législation iranienne est gouvernée par la Loi islamique. Mais la double victoire remportée par les réformistes aux élections présidentielles et municipales reflète de profondes mutations intervenues dans la société. 75 % de la population n'a pas participé à la Révolution de 1969. Elle a grandi à l'ère des satellites et d'Internet ; elle aspire à des mœurs modernes, européennes ou américaines, avec toutes les libertés publiques que celles-ci comportent. Cette volonté d'ouverture vers la modernité leur apparaît compatible avec leur fidélité à l'Islam.

34 - La droit musulman contemporain face aux réalités du monde moderne

L'histoire récente des sociétés musulmanes a vu renaître le droit musulman. Nous avons constaté que la part de la Chariah dans la législation des Etats contemporains pouvait être considérable. Néanmoins, la question de la compatibilité des règles du fiqh avec les réalités du monde moderne apparaît tout à fait centrale.

341 – Difficultés et obstacles

Cette renaissance du fiqh s'est, en effet, heurtée à deux ordres de difficultés qui, en fin de compte, tiennent l'une et l'autre au contraste fondamental existant entre l'état actuel, technique et plus encore intellectuel, de la société, et celui qui pouvait être le sien lors de la fermeture de la Porte de l'Effort au IV^e siècle de l'hégire.

Dans le domaine du droit public et administratif, chaque jour démontre davantage la nécessité d'un corps de règles qui ne sauraient pas plus se ramener aux spéculations des théologiens du millénaire précédent, qu'aux dispositions empiriques que les sultans d'autrefois avaient pu édicter ici et là. La même constatation s'étend à l'évidence au droit fiscal. Le droit pénal, de son côté, n'a que très mal dégagé les notions, cependant essentielles, de tentative, de récidive, de circonstances aggravantes et atténuantes, ainsi que la valeur des présomptions. Mais les problèmes posés ne sont pas moindres en matière d'échanges, c'est-à-dire dans le domaine immense du droit des obligations, commercial et bancaire, où l'interdiction des intérêts non moins que celle de tous contrats réputés aléatoires — y compris l'assurance — représentent à n'en pas douter de très importants obstacles.

Cette situation explique d'abord les efforts considérables déployés afin de tenter de dégager, en particulier en matière bancaire, des solutions compatibles tant avec les principes de la Chariah qu'avec les exigences contemporaines : ainsi des « sociétés islamiques d'investissement » sont créées ici et là.

Mais cet état de choses permet aussi de comprendre les retards, les délais — voire les hésitations — qui se sont fait jour un peu partout, du Pakistan à la Mauritanie en passant par l'Egypte, quant à la mise en œuvre de la Chariah, en particulier dans ces deux domaines essentiels que sont la matière fiscale et économique d'une part, et le droit pénal de l'autre. Il suffit à expliquer qu'en Iran, les autorités issues de la révolution islamique se soient gardées d'abroger l'ensemble du droit d'origine occidentale, se contentant d'inviter le juge à y déroger lorsque l'un de ses éléments lui semblerait en contradiction avec les règles du fiqh. Il explique encore qu'en Iran la stipulation de tels intérêts et la conclusion de contrats d'assurance soient de moins en moins dissimulées. Et il rend compte surtout de la désuétude dans laquelle le rétablissement des houdoud a d'ores et déjà le plus souvent sombré, leur application étant toujours restée très limitée au Pakistan, tandis qu'en Libye et en Mauritanie, à l'instar de ce qui se passait dans les principautés du Golfe Persique, elle prenait un caractère essentiellement théorique, qu'en Iran même elle se faisait de plus en plus rare, et que leur introduction en Egypte n'est en définitive jamais intervenue.

342 - Chariah et Droits de l'homme

A n'en pas douter, un des obstacles principaux se situe bien à ce niveau, et tient aux oppositions qui apparaissent entre les solutions traditionnelles du fiqh d'une part, et les exigences dont la Déclaration universelle des Droits de l'homme représente aujourd'hui l'expression, de l'autre. Sans doute, le juriste est-il en droit d'éprouver une réelle perplexité quant à la signification proprement juridique de ce texte, face à l'imprécision de certaines de ses dispositions, et en l'absence de toute sanction prévue. Sans doute aussi les théologiens de l'Islam peuvent-ils proclamer nulles et non avenues toutes les énonciations qui ne leur apparaîtraient pas en harmonie avec leurs dogmes. Cependant, il convient de rappeler que la Déclaration du 10 décembre 1948 a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies, sans qu'un seul État ne prenne la responsabilité de s'y opposer. En outre, Il existe une contradiction brutale entre la proscription des peines inhumaines et dégradantes qu'elle porte, et la crucifixion introduite dans la législation soudanaise ou la machine à trancher les mains mise naguère au point à Téhéran. Ils ne faut pas occulter le fait que, parmi d'autres principes, elle proclame expressément l'égalité de tous devant la loi, le droit pour la femme aussi bien que pour l'homme de se marier sans aucune restriction de caractère confessionnel ou encore la faculté pour quiconque de changer librement de religion, toutes ces dispositions faisant elles-mêmes suite à l'affirmation de ces deux libertés fondamentales que sont la liberté de pensée d'une part et celle d'expression de l'autre.

~

~

~

CONCLUSION

S'il n'est pas interdit d'évoquer les problèmes qui se trouvent ainsi posés, il apparaît bien délicat à un simple interprète de suggérer des solutions. Mais, en revanche, sans doute lui est-il permis de faire état d'un certain nombre de constatations.

La plus lourde de conséquences tient assurément au caractère très largement doctrinal, et non révélé, du fiqh, dont d'innombrables règles ne résultent pas de la parole même de Dieu, mais plutôt des interprétations diverses que les docteurs des premiers siècles de l'hégire en ont tirées. Sans doute l'immutabilité du fiqh a-t-elle été sanctionnée par la fermeture de la Porte de l'Effort. Paradoxalement, la décision la plus grave peut-être de toute l'histoire du droit musulman ne repose en fin de compte que sur la conviction des derniers des moujtahid dont l'autorité était par ailleurs relativement faible. L'on peut rappeler aussi, que ces docteurs eux-mêmes n'ont jamais été autre chose que les représentants de la communauté musulmane tout entière. Qu'on le veuille ou non, le problème de la réouverture de la Porte de l'Effort est désormais posé. Au sein même de l'Islam, des voix de plus en plus nombreuses la réclament. La recherche de solutions mieux adaptées aujourd'hui en cours tout autant que les aménagements de fond intervenus hier peuvent en apparaître comme les prémices, et la détermination des règles véritablement coraniques prendrait dans cette perspective une signification nouvelle. De la réponse qui sera donnée à cette attente dépendra non seulement l'avenir d'un système auquel sa volonté d'inscrire le Droit tout entier dans le cadre de l'absolu a su conférer une indéniable grandeur, mais encore le destin quotidien de tant de millions d'hommes.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE

INTRODUCTION	p.1
I – LES FONDEMENTS DU DROIT MUSULMAN	p.2
11 – La compréhension de la religion islamique	p.2
12 – Les fondements historiques : la formation du droit et les grandes écoles juridiques	p.3
13 – Les racines du Fiqh	p.6
Le Coran, révélation divine	p.7
La Sounnah, livre des Traditions	p.7
L'ijma ou consensus des docteurs	p.8
Le Qiyas ou raisonnement par analogie	p.8
II – PARTICULARISMES ET CONTENU DU DROIT MUSULMAN	p.10
21 – Le droit musulman, droit révélé	p.10
211 – La place de la révélation dans le donné juridique	p.10
212 – Conséquences de cette conception	p.11
22 – Le droit musulman, un droit doctrinal	p.11
221 – Place réelle et modalité d'intervention de la doctrine	p.11
222 – conséquences du caractère doctrinal	p.12
23 – Les méthodes d'adaptation du droit aux sociétés musulmanes	p.13
231 – La coutume	p.14
232 – La convention	p.14
233 – Les subterfuges juridiques	p.15
234 – L'intervention du législateur	p.15
III – LE DROIT MUSULMAN ET LE MONDE MODERNE	p.17
31 – L'éclipse du Fiqh	p.17
311 – Le choc colonial et le cantonnement du droit musulman	p.17
312 – La réception dans les pays restés indépendants	p.18
313 – La codification du Fiqh et la suppression des juridictions traditionnelles	p.19
32 – La réaction islamiste et la résurgence du droit musulman	p.20
33 – La place de la Loi islamique dans la législation des Etats musulmans	p.21
331 – La législation affranchie de la Loi islamique	p.21
332 – La législation inspirée de la Loi islamique	p.24
333 – Les Etats musulmans subordonnés à la Loi islamique	p.25
34 – Le droit musulman face aux réalités du monde moderne	p.28
341– Difficultés et obstacles	p.28
342– Chariah et Droits de l'homme	p.29

ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et spécialisés

- Le Coran, traduction J. Berque.
- Yves Thoraval, Dictionnaire de civilisation musulmane, éd.Larousse.
- Dir. Frédéric Lenoir & Ysé Tartan-Masquelier, Encyclopédie des religions 2000, éd.Bayard.
- R. Alili, Qu'est-ce que l'islam ? , 2000, éd.de la Découverte/Poche.
- S.Mervin, Histoire de l'islam, doctrines et fondements, éd.Flammarion, collection « Champs ».
- O.Roy, L'échec de l'islam politique, éd.Seuil, collection « Esprit », 1992
- N.Coulson, Histoire du droit islamique, 1995, éd.puf.
- J.Schacht, Introduction au droit musulman, éd.Maisonneuve et Larose, 1999
- F-P Blanc, Le droit musulman, éd.Dalloz, collection « Connaissance du droit », 1995.
- F-J.Pansier & K.Guellaty, Le droit musulman, Que-sais-je ? n°702, éd.puf, 2000.
- R.David & C.Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, éd.Dalloz, 10^e éd.1992,p.367 à 392.
- A.Laouri, Islam et modernité, éd.La decouverte,1986.
- A.Lamchichi, Islam, islamisme et modernité, éd.l'Harmattan, 1994.

Revue & Essais

- M.Benchenane, Les arabes et la modernité :entre peur et fascination, Revue de l'I.H.E.D.N « Athena », 1^{er} semestre 1997.
- B.Dupret, La chariah comme source de législation :interprétations et théories juridiques, Annuaire de l'Afrique du Nord XXXIII, éd.C.N.R.S, 1994.
- Revue « Pouvoirs »n°12, Les régimes islamiques et les religions islamiques 1980.

- M.Benchenane, L'islamisme, une menace pour les musulmans, Revue de Défense Nationale, octobre 1997
- M.Jobert, l'Islam et sa modernité, Revue « Tiers-Monde », octobre -décembre 1982.
- Télérama Hors-série, Comprendre l'Islam, si loin, si proche, novembre 2001.
- Actualité des religions Hors-série, Islam, ce que vous devez savoir, novembre 2001.

Articles & Autres documents

- J.Berque, Lectures contradictoires du Coran : le figé et l'ouvert, propos recueillis par J.Couland, 1998.
- E.Chaumont, Peut-on qualifier le droit musulman de « coranique », mai 2000, <http://www.oumma.com>.
- M.Jamil Cherifi, Chariah, hadith, qiyas et ijtihad, mai 2000 <http://www.oumma.com>.
- Dr B.Haïchnour, Islam – Pensée novatrice et Ijtihad face aux défis du XXIe siècle, février 2001, <http://www.oumma.com>.