

Historicité de la norme islamique

Fatiha BENABBOU-KIRANE
Professeur, Université d'Alger 1

Résumé

Dans la présente communication, on s'efforce de démontrer que traiter de l'évolution du fait politique et juridique en terre d'Islam, relève de la contingence historique. A ce propos, il s'agira de passer au crible de la critique historique, non seulement, la construction du pouvoir politique en terre d'Islam mais également, la confusion sémantique qui a amalgamé les trois termes, chari'a, fiqh et droit musulman.

Indéniablement, la théorie du gouvernement de la cité des hommes joignant le sacré et le politique, a été construite à partir de données coraniques elliptiques à ce sujet. Elle relève, en réalité, d'une lecture politique moderne de l'islam.

Le même phénomène a été à l'œuvre au plan juridique. Il s'agira, alors de rendre compte des différentes acceptions des termes, chari'a, fiqh et droit musulman à travers l'histoire, afin de mettre en exergue les transmutations sémantiques successives intervenues et surtout, la confusion entre le fiqh devenu chari'a. Cette construction d'un savoir humain, traduit, abusivement, par loi sacrée, est la principale pierre d'achoppement sur laquelle butent lectures modernistes et lectures islamistes. Dès lors, de plus en plus de croyants modernistes prônant l'historicité de l'interprétation qui se produit sous l'effet du relativisme culturel, vont s'atteler à déconstruire les divers anachronismes qui se sont infiltrés dans le lexique arabe.

Mots-clé : Islam, déconstruction du discours normatif, pouvoir politique, chari'a.

Introduction

L'intitulé "Historicité de la norme islamique" peut, au premier abord, sembler afficher un caractère pédant...En réalité, parler d'historicité, c'est caractériser la nature contextuelle de la norme islamique, qui relève tant du politique que du juridique.

A ce propos, il faut reconnaître que le problème clef de la plupart des Etats arabes et musulmans, c'est qu'ils vivent dans une sorte de schizophrénie historique, où coexistent deux temps contradictoires, celui de la modernité et celui de la tradition, tant dans leurs visions du politique que du juridique et qui se poursuit par un vif débat qui est toujours d'actualité entre croyants modernistes et musulmans traditionalistes. Par conséquent, il faut savoir que traiter du double aspect politique et juridique, doit nécessairement relever de la contingence historique car l'historicité permet d'éviter un écueil : tomber dans l'anachronisme.

- D'abord, sur le plan politique

Aussi incroyable que vrai, celui qui entreprend une recherche sur l'histoire du pouvoir politique en Terre d'Islam, découvre qu'elle s'est construite sur une sorte d'idéal politique, le mythe du temps de la fondation, "*le khalifat rashidun*". Puis, au fil des siècles, elle se recouvrira d'anachronismes sémantiques qui se sont infiltrés dans le vocabulaire arabe au contact de la modernité politique.

- Par ailleurs, sur le plan juridique

Le même phénomène a été à l'œuvre au niveau juridique. Il s'agira, alors de rendre compte des différentes acceptions des termes, charî'a, fiqh et droit musulman à travers l'histoire, afin de mettre en exergue les glissements sémantique successifs intervenus et surtout, la confusion du fiqh en chari'a, devenu "absolu normatif"¹.

¹Muhammad Saïd al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, (le chapitre 1 consacré à la souveraineté de Dieu), Paris, La Découverte, 1989, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam*

Cette construction d'un savoir humain (fiqh), traduit, abusivement, par loi sacrée, est la principale pierre d'achoppement sur laquelle butent lectures modernistes et lectures islamistes. Si les premiers prônent l'historicité² de l'interprétation qui se produit sous l'effet du relativisme culturel. Ce qui signifie, la contextualisation de l'exégèse du Coran, afin de replacer la normativité islamique dans son contexte. En revanche, la lecture islamiste arbore un prisme de portée atemporelle et anhistorique. Dès lors, les polémiques actuelles autour d'une réactivation de la chari'a signifie que ce seront les manuels scolastiques du fiqh qui auront force de loi. C'est donc la science juridique et non l'Etat qui jouera le rôle de législateur.

Or, à l'orée du vingtième siècle, il est absolument nécessaire de prendre en considération l'impact de la sécularisation et du processus de codification du droit sur la norme islamique. Ce qui signifie clairement que les dynamiques actuelles de réislamisation du droit, ne peuvent pas être un retour aux sources.

Faut-il rappeler que les mots s'insèrent dans l'évolution historique, et ont leurs propres histoires.³ Autrement dit, un terme n'est pas un donné intemporel, sa signification va varier avec le temps. A son époque déjà, Ibn Khaldoun dénonçait, dans son Discours sur l'Histoire universelle, le manque de fiabilité de l'histoire traditionnelle : "On ne fait guère d'effort pour atteindre la vérité. La critique est myope, le plus souvent. La recherche historique allie étroitement l'erreur à la légèreté. La foi aveugle en la tradition (*taqlîd*) est congénitale".⁴

méditerranéen au regard de l'islamologie, Publié dans *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, 2004/2 (no 82), Pages 31 – 42.

<http://www.cairn.info/revue-vingtieme-siecle-revue-d-histoire-2004-2-page-31.htm>

²-Le terme « historicité » évoque l'âge de l'histoire critique.

³-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen...*, Art. Préc.,

⁴-*Al-Muqaddima*, 1377, p. 6.

Dès lors, de plus en plus de croyants modernistes⁵ vont s'atteler à déconstruire les divers anachronismes qui se sont infiltrés dans le lexique arabe.

L'approche choisie consiste à revenir aux textes et aux principes fondateurs de l'islam, c'est-à-dire défendre une théologie critique, appuyée sur les sciences modernes (linguistique, histoire, sociologie).

I- La démythification d'un idéal politique

Indéniablement, la théorie du gouvernement de la cité des hommes joignant le sacré et le politique, a été construite à partir de données coraniques elliptiques à ce sujet.⁶ A ce propos, le mythe du temps de la fondation "*le khalifat rashidun*" reste le plus vivace et continue à susciter une nostalgie des origines. Pourtant, certains s'interrogent sur le fait qu'ai pu coexister, en même temps, la "bonne guidance"⁷ et le déferlement de violence à l'endroit des califes, puisque tous, à l'exception d'Abu Bakr, furent assassinés.

Quant à l'anachronisme, il relève, sans conteste, d'une lecture politique moderne de l'islam par certains penseurs issus de la confrérie des Frères musulmans en Egypte. Il découle de divers glissements sémantiques qui ont abouti à la transmutation des sens de certains termes qui se sont effectués par la suite mais dont l'objectif est l'aspiration à une fusion du politique et du religieux.⁸

⁵-Parmi ses représentants les plus marquants, on peut citer Ali Abderraziq, Fazlur Rahman, Mohamed Talbi, Mohamed Mahmoud Taha, Abdolkarim Sorouch, Mohamed Arkoun, Ali Merad, Nasr Hamid Abou Zid, Jamal Al-Banna, Mohamed Hassan Al Amini, Chabastari, Abdelmajid Charfi, Yadh Ben Achour qui poursuivent l'effort des réformistes du XIXe et du XXe siècle et même de philosophes, comme Ibn Rochd

⁶-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique...*, art. Préc.

⁷-Hichem Djait, *La Grande Discorde, Religion et politique dans l'Islam des origines*, P. 444, Paris, Folio, 2008.

⁸-Nadine Picadou, *Autoritarisme politique et monde musulman*, https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/autoritarisme_politique_et_monde_musulman_nadine_picadou.3072

A- Le mythe des origines

L'utopie islamiste rêve de revenir au temps de la fondation, âge d'or de la cité musulmane parfaite, idéale. Pourtant concernant cette époque et avec le recul historique, non seulement, une incertitude quant à la nature du pouvoir politique a suivi la mort du Prophète ﷺ; mais, également, il y a eu, assez rapidement, une déviation des premières dynasties qui se sont inspirées du modèle sassanide.

Il est primordial, donc, de replacer dans son contexte historique la construction du pouvoir politique en terre d'Islam. Deux temps historiques peuvent, éventuellement, être mis en lumière :

- L'époque fondatrice
- L'Islam politique qui s'est greffé par la suite.

1°- L'époque fondatrice

Existe-t-il dans le Coran des prescriptions divines concernant l'organisation du politique?

Les musulmans sont-ils obligés de faire allégeance à une autorité après la mort du Prophète ﷺ? Si on répond par l'affirmative, sur quel texte se fonderait une telle obligation?

La plupart des auteurs sont d'accord pour relever le nombre restreint de versets coraniques relatifs à l'ordre politique. Citant le professeur Henri Laoust, Louis Gardet fait remarquer qu'"il n'y a guère plus de trois ou quatre normes impérées par le Coran⁹ :

— Coran IV, 59 : «O vous qui croyez ! Obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité (*amr*)».

— Coran IV, 58 : «Certes, Dieu vous commande (...), quand vous jugez (*hakamtum*) entre des gens, de juger avec équité» —,

— Coran III, 159 : «Pardonne-leur, demande pardon pour eux, et consulte-les (*shâwir-hum*) en l'affaire (*amr*)».

⁹- Chikh Bouamrane et Louis Gardet, *Panorama de la pensée islamique*, Sindbad, Paris, 1984, p. 185-186.

— Coran III, 104 : «Puisse-t-il y avoir, de par vous, une communauté (dont les membres) invitent au bien, ordonnent (*ya'murûna*) le convenable et prohibent (*yanhawna*) le répréhensible !». ¹⁰

— Coran VI, 67 : «C'est à Lui qu'appartient le jugement (*hukm*)». Mais les textes référentiels ne s'arrêtent pas aux versets coraniques, ils s'étendent aux précédents prophétiques appelés Sunnah ou Hadith (pratiques ou propos du Prophète ﷺ).

Ainsi, le Coran n'a pas édicté de prescriptions précises pour l'organisation du pouvoir politique, mais a, simplement, énoncé quelques préceptes.

Alors, y a-t-il eu des consignes laissées par le Prophète ﷺ au sujet de sa succession ?

Pressentant sa mort prochaine, le Prophète ﷺ prononcera, pourtant, une célèbre « *khutba* » dite de l'adieu sur le mont Arafa, où, il laisse un ensemble de conseils aux musulmans, sans, toutefois, faire allusion à une quelconque consigne quant à sa succession.

Alors, pourquoi a-t-il laissé certaines consignes aux musulmans et pas d'autres ?

Sa mort laissera la communauté musulmane perplexe, et dans un grand désarroi, et pour cause :

- Sur le plan spirituel, le sceau des Prophètes ne laissera pas d'enfant mâle afin que nul ne puisse prétendre à sa succession sur ce plan.

- De même, sur le plan temporel, non seulement, il ne désigne pas de successeur, mais ne laisse aucune indication fiable pour en désigner. L'hypothèse d'une omission semble inadmissible de par sa qualité de Prophète ﷺ.

Après un moment de doute et de flottement chez les fidèles, la crise politique est évitée de justesse par l'esprit de décision de Omar et de Abu Bakr.

¹⁰- Baudouin Dupret, *Historicité de la norme*, https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../Annales_Historicite_Norme2.rtf

Le modèle de gouvernement dirigé par le Prophète ﷺ à Médine et ses quatre successeurs immédiats, Abu Bakr, Omar, Uthman et Ali, caractérisera la fondation du temps originel pour les sunnites.

Deux actes fondateurs caractériseront cette période :

-le pacte- charte qui établit une sorte de confédération tribale unifiée à Médine sous l'autorité du Prophète ﷺ qui porte le nom de *Sahifa*.

-Le second est celui de la "missive judiciaire" (*rissalah qadha'iah*) qu'aurait envoyée le Calife Omar à Abu Moussa al Ash'ari, investi de la judicature de Koufa.¹¹

Ce qui est important à souligner pour cette période, c'est qu'il y a eu, non seulement, une incertitude historique quant à la nature du pouvoir à mettre en place, mais surtout, une création spontanée du *khalifat* dit *rashidun*. En d'autres termes, il s'agit d'une création factuelle qui vient régler un problème laissé en suspend par la mort du Prophète ﷺ. Fondée par les sahabas, l'institution du khalifat reste, dès lors, une œuvre humaine. Cette thèse qui remet en question le caractère révélé et obligatoire du Khalifat sera magistralement défendue par le cheikh Ali Abderrazik, imam de son état¹². Ce dernier procèdera, dans les années 20, à une démarche à la fois hardie et d'une portée immense¹³. Sa thèse, subira, néanmoins, les foudres d'*El azhar*. Et, même, si parfois, son argumentation "s'offrait, réellement, en proie facile"¹⁴, il n'en demeure pas moins, qu'elle ouvre la voie à l'interrogation et

¹¹-Yadh Ben Achour, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*,

<http://nawaat.org/portail/2005/02/07/la-theorie-constitutionnelle-dans-la-tradition-sunnite/>

¹²-La principale qualité de l'auteur, celle qui donne à son ouvrage toute l'autorité et l'audace qu'on lui a reconnues est, d'être un 'âlim et un Câdi' formé à l'Université Al-Azhar. Il portait le titre de Cheikh Al Azhar qui faisait de lui un membre du corps des théologiens -juristes en charge de défendre l'orthodoxie et l'ordre social islamique.

¹³-Ali Abderraziq, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, La Découverte, Paris, 1994 et Le Fennec, Casablanca, 1995.

¹⁴-Selon Y. Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimeries officielles de la République Tunisienne, 1980, p. 85.

permet le doute sur une vérité historique que beaucoup ont élevé au rang de dogme. "Mettant de côté les commentaires accumulés par plusieurs générations de théologiens, refusant l'approche qui consiste à ajouter des commentaires à d'autres, il a interrogé les textes fondateurs de la manière la plus directe et la plus rigoureuse qui soit", note Abdou Filali-Ansary.¹⁵

Ainsi, en passant en revue l'ensemble des textes référentiels, Ali Abderraziq ¹⁶repère quelques préceptes à portée générale qui peuvent être regroupés en deux :

- le principe d'obéissance *tâ'a*, qui a fait l'objet d'une divergence d'interprétation : Pour les exégètes, l'obéissance est due par tous ceux qui se trouvent sous la tutelle de quelque autorité que ce soit : parentale, sociale, politique. Cependant, l'interprétation qui a dominé, est l'obéissance au pouvoir. Les khalifats héréditaires ont utilisé ce verset à leur profit, pour imposer leur pouvoir et une obéissance inconditionnelle.

- Le principe de consultation.

"Ces principes n'impliquent nullement l'idée qu'il soit nécessaire de mettre en oeuvre un système politique au nom de la religion. Même l'expérience du Prophète ﷺ à Médine, le fait qu'il ait constitué et dirigé une communauté, qu'il ait agi comme chef de guerre, mis en place un système financier et envoyé des émissaires aux monarques voisins, ne constitue pas le précédent ou l'exemple allégué par certains théologiens. Le Prophète ﷺ avait créé une communauté à caractère uniquement religieux et avait bien montré, de diverses manières, les limites de son expérience..... Bien entendu, une telle expérience ne pouvait être répliquée, ni prolongée après la disparition du Prophète ﷺ. La communauté qu'il avait mise en place et dirigée présentait donc

¹⁵-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary CONFLUENCES Méditerranée - N° 32 HIVER 1999-2000. http://www.revues-plurielles.org/uploads/pdf/9_32_4.pdf

¹⁶-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

un caractère fortement exceptionnel, et constituait de ce fait une «parenthèse» historique plutôt qu'un modèle destiné à être reproduit. Ali Abderraziq montre ensuite, preuves historiques à l'appui, que les compagnons du Prophète ﷺ savaient bien qu'ils s'engageaient dans une expérience politique nouvelle lorsqu'ils créaient ce qui allait devenir l'empire islamique."¹⁷

Qu'est-ce qu'on peut en déduire ?

- D'abord, peu de choses en matière de pouvoir, sauf des devoirs généraux d'arbitrage en cas de conflits entre croyants, d'équité et de consultation à la charge des titulaires de responsabilités, d'obéissance au profit des pasteurs :

- Par ailleurs, que "le système politique lié à l'islam relève de l'expérience historique des musulmans plutôt que des prescriptions découlant de leurs sources sacrées".¹⁸ Ali Abderraziq conclut, donc, à l'absence de sacralité dans le politique et neutralise, par là, l'utilisation politique de l'islam. Abdou Filali-Ansary, dans le même sens, note que "Le prolongement politique est donc, à l'origine, un «accident de l'histoire». Il n'a été érigé au rang de norme que bien plus tard, dans des conditions très significatives : c'est lors des premières guerres intestines que le premier émir des musulmans décide de s'attribuer le titre de «commandeur des croyants» et de calife (lieutenant) du Prophète ﷺ se prévalant ainsi d'une qualité religieuse qu'il a estimée utile dans les conditions de confrontation avec des opposants et des rebelles."¹⁹

2° -Le temps de l'Islam politique

En fait tout commence avec la grande discorde "*el fitna el kubra*" qui entraîne de grands schismes : Ceux qui se détermineront plus tard sunnites, chiites et kharidjites, s'affrontent dès le départ sur la question politique de la légitimité de la succession du

¹⁷-Ibid.

¹⁸-Ibid.

¹⁹-Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

Prophète ﷺ à la tête de la communauté des croyants : la maladie de l'islam est donc clairement le pouvoir politique.

Plus tard, avec Mu'awiya, le premier "Calife" omeyyade, le califat allait perdre son principe républicain et sa substance et se transformer en monarchie héréditaire²⁰.

De plus, dès l'époque de la dynastie Omeyyade, puis avec la dynastie Abbaside, une complicité est instaurée entre les pouvoirs politiques et religieux de l'islam.

Dans un "intérêt de domination, [ils établissent] le mythe d'un islam englobant constitué d'une multitude de lois d'origine divine, qui légitimait leur autorité et inspirait aux peuples musulmans la crainte qu'en désobéissant aux pouvoirs temporels (garants et interprètes de ces lois), ils désobéissent à Dieu même"²¹. Il s'ensuit, note Yadh Ben Achour, que "...dans le monde arabo-musulman l'esprit théologien finit par gagner la partie définitivement grâce à l'appui du pouvoir politique qui avait tout intérêt à s'auroler du prestige sacré."²²

Ainsi dès le début de l'histoire de l'islam, les Omeyyades et les Abbassides se sont emparés du Coran pour asseoir leur pouvoir sur une base solide, voire indiscutable.

Les deux dynasties²³ ont ainsi détourné la vocation purement spirituelle de l'islam pour légitimer leur pouvoir et asseoir leur autorité sur les populations dominées. Il s'ensuit qu'ils vont effectuer un rapt de la religion au profit du pouvoir politique et profiter de la confusion des deux glaives.

²⁰-Mu'awiya imposera par la force la succession au trône de son fils Yazid.

²¹-Abdennour BIDAR, *L'islam englobant, réalité et mort d'un mythe*, Les cahiers de l'Orient, n°109, Printemps 2013, pp. 137-152.

²²-Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimeries officielles de la République Tunisienne, 1980, p. 74.

²³ Les Abbassides appartenaient au clan tribal du prophète, les Hachémites, et ils en tiraient leur gloire dynastique.

Pourtant, dans les faits, il a toujours existé un hiatus entre le modèle (la norme, en tant qu'idéal lointain) et le fait (la réalité historique qui tenait plus de traditions locales). En d'autres termes, au califat- modèle s'opposaient les émirats et les sultanats qui se sont imposés en pratique.

Néanmoins, "ce nouvel Islam politique qui commence, sera, pour les sunnites, perpétuellement nié au niveau des représentations idéales. Les musulmans ont toujours vécu et vivent encore sur le mode de l'utopie. Ce cas de dissociation historique fait que le califat sera considéré, dans la conscience collective musulmane, non pas comme une période tourmentée de conflits, de révoltes et de meurtres politiques, mais comme la période de la sagesse et de la vertu politique ; non point comme une phase négative de l'histoire, mais comme une phase inaugurale d'expansion, de justice et de bon gouvernement."²⁴ "Dans les sociétés pré modernes, ce processus prenait la forme d'une transmission linéaire, spontanée. L'acceptation par les nouvelles générations des vérités héritées ne posait pas de problème majeur. Non seulement elle se déroulait en douce, mais elle paraissait aller de soi (la vérité religieuse étant absolue), et être indispensable à la survie du groupe en tant que tel."²⁵

Mais comment expliquer alors la doctrine sunnite sur le caractère révélé du Califat ?

Deux auteurs joueront un rôle majeur à ce propos dans son enracinement malgré le caractère très tardif de leurs œuvres :

- Abû al-Hasan 'Alî al-Mâwardî²⁶ qui commence son traité "... par une louange à Dieu qui nous a offert la législation coranique et qui a séparé le *halal* (permis=bien) du *haram* (prohibé=mal) et affirme que Dieu a voulu que son peuple ait un

²⁴-C.F. Yadh Ben Achour, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*, Art Préc.

²⁵-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, art. Préc.

²⁶-Abû al-Hasan 'Alî al-Mâwardî est né en 974 et mort en 1058.

chef (Calife) qui succède au prophète ﷺ. Il laisse croire que les vingt chapitres de son essai sont des commandements religieux."²⁷ Or, lorsqu'il écrit son célèbre traité, l'Islam est déjà entré dans son cinquième siècle. Ainsi, ce qu'il convient d'observer c'est que certains auteurs²⁸ font le même constat : les "début tardifs de la "Siyâsa shar'iyya"²⁹. Alors pourquoi un traité à ce moment précis ?

El Mâwardî, "fut un légiste au service de la politique de restauration du califat et du sunnisme"³⁰, en quelque sorte, un "légiste organique". Contrairement à ce qui a pu être dit, son œuvre n'est pas à caractère théorique seulement, elle a des soubassements politiques et s'insère dans les contingences politiques de son époque : "L'intention maîtresse d'al-Mâwardî, dans le "*Kitâb al-ahkâm al-sultâniyya*", est d'insérer la légitimation du califat abbasside dans une légitimation globale du califat sunnite. La théorie du califat qu'il élabore soumet à un même ensemble de règles et de dispositions légales le califat des Râshidûn, celui des Omeyyades et celui des Abbassides ; elle a aussi pour but (...) de lui donner le moyen de restaurer ce califat menacé dans la plénitude de son indépendance et de ses prérogatives"³¹.

- Le deuxième est Taqî al-Dîn Ahmad b. Taymiyya³², qui écrit un ouvrage sur *Es-Siyâsa shar'iyya* «Traité de politique Légale pour la réforme du berger et du troupeau». Il faut quand même constater que sa doctrine étatique est, également, très tardive (Sept siècles après)

²⁷-Cité par Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie...*, Art. Préc, p. 73 et 74

²⁸-Olivier Carré, *L'islam laïque ou le retour à la Grande tradition*, Armand Colin, Paris, 1993, 166 pages.

²⁹-Eric Chaumont, *Aux origines du droit constitutionnel musulman : les débuts tardifs de la Siyâsa shar'iyya*, Actes du colloque international intitulé "Droit, Pouvoir et Religion », p. 35, Tunis, 2010.

³⁰-H. Laoust, cité par Baudouin Dupret, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../AnnalesHistoriciteNorme2.rtf>

³¹-H. Laoust, cité par Baudouin Dupret, (Laoust 1968: 23).

³²-Taqî al-Dîn Ahmad b. Taymiyya né en 1262 et mort en 1328.

et s'inscrit dans un contexte historique très troublé.³³ Elle est, donc, le résultat de contingences historiques déterminées.

Par conséquent, ces deux textes médiévaux sont largement postérieurs au début de l'islam. La construction du politique qu'ils proposent tient pour une grande partie aux conditions politiques de leur époque. Le pouvoir califal³⁴ est fortement affaibli et représente alors plus un symbole religieux que temporel³⁵. Donc, si on effectue une "lecture contextualisée" de l'élaboration de ces corpus théoriques, on remarque qu'il s'agit de réponses qu'ils apportent aux enjeux sociopolitiques auquel est confronté le pouvoir politique de l'époque³⁶. Donc le but de la théorie sunnite de l'islam politique est de consolider un khalifat devenu symbolique, et où le magistrat suprême, source de tout pouvoir [doit] gouverner et instaurer l'ordre à partir de la Loi révélée³⁷.

³³-C'est une époque caractérisée par la conquête de la Perse par les Mongols. La conversion de Ghazan-khan (un descendant de Houlagou) à l'islam avait fait grand bruit dans l'Orient musulman, et la population de Damas, victime des exactions de la classe dirigeante mamelouke, était prête à pactiser avec les Mongols. C'est dans ces circonstances qu'Ibn Taymiyya (1263-1328), sentant le danger que pouvait courir l'islam si les Ilkhans s'emparaient de la Syrie, prit la tête de la résistance. Il tenta de convaincre les musulmans de mener le djihad contre ces Tatars qui, bien que musulmans, souscrivaient aux règles des associationnistes (tel le *yāsā*).

³⁴-A partir du IX^e siècle, le calife abbasside ne dirige plus l'ensemble de l'umma.

³⁵-Le Maghreb notamment, se scinde en une multitude de dynasties qui ne dépendent plus de l'autorité du calife. Le califat omeyyade de Cordoue (928-1038) refuse également de prêter allégeance à Bagdad.

³⁶-Baudouin Dupret, *Historicité de la norme*,

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/.../AnnalesHistoriciteNorme2.rtf>

³⁷-Voilà ce que nous en dit Hamdam Nadafi "Ce n'est que sous l'Empire abbasside que les exégètes de l'islam élaborent la théorie d'un islam politique afin de venir au secours de l'Empire dont l'autorité est en difficulté. A partir de la moitié du IX^e siècle l'Empire abbasside est affaibli par les invasions barbares. Pourtant ces derniers se prétendent musulmans et envahissent l'Empire pour rétablir l'orthodoxie de l'islam. Les barbares rejettent l'autorité des Abbassides qui veulent exercer « un pouvoir œcuménique, exercé par le calife sur tous les Musulmans », une sorte de souveraineté universelle sur l'ensemble des musulmans. Les Abbassides bénéficient alors de l'aide des fuqâha qui échafaudent une théorie du califat idéal, basée sur des qualités et des attributions spécifiques." Hamdam Nadafi, *La liberté de religion dans les Etats de droit musulman*, thèse de doctorat en droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université Jean Monnet, Saint Étienne, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01113597/document>

B- Les glissements sémantiques : La transmutation des sens

Pour une partie des penseurs musulmans modernes, au fil des siècles, les concepts politiques islamiques se sont, peu à peu, adaptés à leur environnement sociopolitique. Et la question qui revient comme un leitmotiv est : l'islam opère-t-il une distinction entre le spirituel et le temporel ? Dans le Coran deux termes distinguent, ce qui appartient à la sphère du religieux "*dîn*" et ce qui relève « de la vie inférieure en ce bas monde » "*dunya*".³⁸ Ainsi, tant pour la pensée islamique classique, que pour les réformistes musulmans du 19^e siècle, l'islam est religion et monde. Mais aussitôt, dès le début du vingtième siècle, l'"*Islam dîn wa dunya*" va dériver en un slogan politique qui postule que l'islam est religion et État "*dîn wa dawla*"³⁹. Cette thèse, revendiquée par la confrérie des frères musulmans⁴⁰ est devenue majoritaire dans le discours musulman actuel sur les rapports entre religion et pouvoir.

Or, ce glissement sémantique qui consiste à transmuter le sens des vocables est devenu constant et a touché d'autres

³⁸-Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc.

³⁹-« On ne saurait pour autant ignorer qu'il existe, dans un certain islam contemporain, des aspirations à une fusion du politique et du religieux. Elles sont le fait de courants de pensée qui font une lecture politique moderne de l'islam. Ce sont les Frères musulmans qui ont, les premiers proposé, dans l'Égypte des années trente, une telle lecture. Ils l'ont fait en glissant de l'adage traditionnel selon lequel l'islam était religion et monde, au-delà et ici-bas (*din wa dunya*) à l'idée révolutionnaire selon laquelle l'islam (leur islam) était indissociablement religion, monde et État (*din wa dunya wa dawla*) . La deuxième génération radicalisée des Frères, qui sera la matrice de toute la mouvance islamiste contemporaine, est allée plus loin en popularisant l'idée selon laquelle il y aurait en islam un modèle spécifique du politique, si bien que la notion d'État islamique ou de République islamique s'est imposée, alors même qu'il s'agissait d'une innovation radicale sans enracinement dans la tradition. Cette lecture politique de l'islam est devenue l'instrument d'un combat contre les autocraties arabes et contre la servilité des oulémas serviteurs des princes ». C.F. Nadine Picadou, *Autoritarisme politique et monde musulmans*, Texte de la 658e conférence de l'Université de tous les savoirs, donnée le 13 octobre 2007.

<http://download2.cerimes.fr/canalu/documents/utls/131007.1283351037.pdf>.

⁴⁰-C'est le syrien Muhammad Rashîd Ridâ qui rappelle, en février 1925, que l'islam est « *dîn wa dawla* » selon Nadia Elissa-Mondeguer, *Al-Manâr de 1925 à 1935 : la dernière décennie d'un engagement intellectuel*, Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée 95-98 | avril 2002, p. 205-226, <https://remmm.revues.org/233>.

termes. D'après Zyed Krichen, cette position ne fait que projeter, postérieurement, des concepts et catégories politiques modernes sur un corpus coranique révélé dans des conditions historiques déterminées.

Lorsque Mohamed Chérif Ferjani⁴¹ aborde, le "vocabulaire politique de l'islam", il s'interroge : Quel est le rapport et le sens que les grands « concepts » se trouvant au cœur de l'islam politique entretiennent avec le Coran (dawla, khalifat, hukm,...) ? Et il se rend compte qu'il n'y a pas de rapport entre l'occurrence de ces mots dans le Coran et l'usage contemporain qui en est fait. Dawla n'a jamais le sens d'Etat dans le Coran. Ce terme pour désigner l'État en arabe moderne est utilisé une seule fois dans le Coran⁴². Il signifie originellement l'alternance des jours fastes et néfastes, la roue de la fortune qui élève certaines tribus et en abaisse d'autres, en d'autres termes, le cycle dynastique. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'emploie Ibn Khaldûn dans sa *Muqaddima*.

Par ailleurs, Ferjani s'interroge, également, sur cette soudaine insistance du slogan "Etat islamique"⁴³. Là, il met en exergue que les écrits de l'Egyptien Hassan Al Banna, sont, en réalité, en réaction à un moment donné contre l'influence de l'hégémonie occidentale. Par la suite, Les islamistes qui se radicalisent sous l'influence d'idéologues comme Abu al-A'la al Mawdudi et Sayid Qutb vont populariser l'idée d'un modèle spécifique du politique en Islam. Il s'ensuit que l'idée d'Etat islamique "s'est imposée, alors même qu'il s'agissait d'une innovation radicale sans enracinement dans la tradition ».⁴⁴

⁴¹-Mohamed Chérif Ferjani, *Le Politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, Paris, 2005, 354 pages.

⁴²-Sourate III, verset 140.

⁴³-A contre -courant, dans le serment de la deuxième 'aquaba, Hichem Djait y voit l'acte de naissance de l'État islamique, *La Grande Discorde : religion et politique dans l'Islam des origines*, p. 44-45. coll. « Bibliothèque des histoires », 1989, 421 p., Paris, Gallimard.

⁴⁴-Nadine Picaudou, *Autoritarisme politique et monde musulman*, Art. Préc.

Comment s'est effectuée la transmutation ? En réalité, ils ont joué sur deux tableaux : ils vont reproduire l'imaginaire de la *ummah* tout en utilisant, en même temps, les concepts issus de l'Etat moderne. Ainsi, "Étant à la recherche du pouvoir, les islamistes jouent symboliquement sur l'idée d'un gouvernement de la nation islamique, celle qui fait miroir au califat disparu, mais travaillent réellement dans le système instauré par l'État-nation, dont ils sont eux-mêmes les produits".⁴⁵ Ce qui fait dire, tout de go à Abdou-Fillali-Ansary "...que la formulation d'une norme islamique en politique (la théorie islamique de l'Etat), dans sa forme systématique, est un produit dérivé de la modernité"⁴⁶.

Quelle était, donc, l'organisation politique à cette époque ? A quoi pouvait donc ressembler en l'an 610 l'Arabie désertique, tribale, païenne, à l'heure de la révélation ? La démarche consiste à retrouver les pratiques religieuses, sociales et politiques d'un monde de bédouins pragmatiques à tradition orale, telles qu'elles se profilaient et non telles qu'elles ont été voilées par la suite.

Cette période des origines de l'Islam a été, en fait, très peu soumise à la critique historique. Il s'agira, alors de la remettre dans son contexte social réel. La structure de pouvoir qui était alors en place est celle d'une confédération tribale classique. Il est évident que l'Islam est apparu dans une cité marchande, la Mecque, même si sa caractéristique principale reste le lien tribal. Le cadre de vie des tribus bédouines du Hijaz, reposait sur "le consensus (choura) et le respect de la loi des anciens".⁴⁷ Ce qui infère une perception politique "profondément tribale"⁴⁸. Ce qui signifie plus clairement que les catégories politiques de l'époque

⁴⁵-Malika Zeghal, Le gouvernement de la cité : Un Islam sous tension, Pouvoirs n°104 - Islam et démocratie - janvier 2003 - p. 61. <http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-gouvernement-de-la-cite-un.html>

⁴⁶-Fillali-Ansary, art. Préc.

⁴⁷-*Le fondement du pouvoir dans les discours de l'Islam : approche historique*, In Actes du colloque international, Tunis, 5, 6 et 7 mars 2009 intitulé "Droit, Pouvoir et Religion », 2010. p. 44.

⁴⁸-Zyed Krichen, Ibid. p. 44.

étaient encore celles du monde tribal⁴⁹. Aussi, la figure politique la plus usitée est le "*Malaa* (conseil) de Quraych..... sorte de consensus des sages selon la loi des anciens"⁵⁰. Ce qui fait dire à Zyed Krichen que "l'islam prophétique ne pouvait concevoir le pouvoir en dehors de sa forme arabe pré étatique : la tribu".⁵¹ Il ajoute que "Dans le monde tribal, le pouvoir exercé par le Conseil est un pouvoir consensuel (le consensus tribal est rendu en arabe par le concept de *choura* et non celui d'*Ijmaa* développé beaucoup plus tard par les juristes consultes."⁵²

Quel était donc, le sens originel du mot "*hukm*" que l'on retrouve dans le Coran ?

Ce pouvoir tribal est un pouvoir d'arbitrage conformément aux catégories du monde tribal de l'époque. En d'autres termes, il est rendu sous forme de jugement d'arbitrage et selon les coutumes en vigueur. A ce propos, fait historique notoire, lorsque le Prophète ﷺ émigre à Médine, il y est attendu pour arbitrer les différends entre les clans. Il était considéré, d'abord, comme le *hakam* (arbitre des conflits), puis comme chef de guerre. Son pouvoir s'exerçait sur une communauté de tribus et non pas sur un État constitué.⁵³

⁴⁹-Vers 620, Yatrib (Médine) se proposait d'accueillir, le Prophète ﷺ afin qu'il devienne l'arbitre entre les différentes tribus de la ville. Yatrib était une oasis très importante, mais composés d'une multitude de tribus. La difficulté de coexister entre tribus entraînait d'incessants conflits.

⁵⁰-Zyed Krichen, Art. Préc. p. 47.

⁵¹-Zyed Krichen, Ibid. p. 47.

⁵²-Zyed Krichen, Ibid. p. 47.

⁵³-Or, il faut rappeler que pour Maxime Rodinson : « La communauté est formée non d'individus, mais d'un certain nombre de groupes : les Qurayshites émigrés en forment un, chacun des clans médinois un autre auquel se rattachent les clans juifs qui lui sont alliés. Les trois grandes tribus juives devaient aussi former chacune un groupe, mais la mention de leur nom devait disparaître du texte du Pacte quand elles furent éliminées de la scène. » [...] « On voit la structure de la société médinoise. Il n'est pas encore question d'un État dans lequel une autorité suprême peut imposer un certain ordre au moyen d'une force publique détachée de la société. Chaque groupe ethnique a son chef qui, lui-même, ne peut agir que par son prestige et tant que celui-ci est reconnu par ceux qui le suivent. L'ordre n'est assuré que par la crainte de la vengeance ». Il conclut : « Mais, dans cette structure typiquement arabe est venu s'insérer un élément nouveau d'une nature toute différente. C'est Mohammad, personnage sans pouvoir propre, qui n'a comme particularité que de

Ainsi, "Le jugement tribal est un jugement d'arbitrage selon la loi coutumière. Ce jugement est rendu dans la langue arabe du temps du Prophète par le terme "*hukm*" qui dérive du verbe "*hakama*", or ce verbe n'est plus compris aujourd'hui que comme synonyme de gouverner. Ainsi on est passé sémantiquement des catégories d'arbitrage tribal aux catégories du pouvoir étatique."⁵⁴ Zyed Krichen qui en fait, une lecture contextualisée, insiste sur le sens originel inféré par le contexte coranique : "La racine « h.k.m. » d'où dérivent en même temps le jugement arbitrage, la maîtrise et la sagesse éclaire l'éthique de l'arbitrage tribal : un jugement juste et sage."⁵⁵

Rapidement, ce mot *Hukm*, qui renvoie à la justice, va désigner, quelques années peu plus tard, l'autorité en charge de la judicature.

Mais encore, ce vocable va permuter de sens au cours de l'histoire. Ce n'est que très récemment (19^e siècle) qu'il prendra le sens de fonction gouvernementale. Pourtant à l'heure actuelle, dans le vocabulaire arabe, il désigne le gouvernement de la Cité idéale. Il y a eu donc une contorsion pour trouver un arrangement conciliant.

Comment s'est opéré, alors, le glissement sémantique ? Pour Zyed Krichen, l'argument d'autorité mis en avant, par les fondateurs de l'islamisme politique, découle de trois versets de la Sourate "*El maïda*", "*La table pourvue*", en l'occurrence, le verset 45 : "(...) Qui ne juge pas selon ce que Dieu a fait descendre...Voilà les

capter la voix d'Allah ». Il ajoute : « Mohammad, inspiré par Allah, a donc obtenu l'adoption de mesures pour la paix interne dans l'intérêt de tous. Mais seuls les serments solennels prononcés et la force de l'opinion publique garantissent que ces règles seront observées. Il n'y a pas plus de police que de trésor. », *Mahomet*, p. 183-188, éditions du Seuil (février 1968), 284. Extraits tirés de : https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribus_musulmanes_et_juives_de_Yathrib

⁵⁴-Zyed Krichen, Art. Préc. p. 48.

⁵⁵-Zyed Krichen, Ibid. p.49.

dénégateurs (*kafirun*)". Or, toujours selon lui, les versets 42, 43⁵⁶, 44, 45 et 46 devront être réintégrés dans le contexte historique de leur révélation qui démontre clairement le sens donné, à ce moment là au mot *hukm*. A ce propos, nous dit-il, Tabari rapporte dans son exégèse, que les faits sont relatifs à deux juifs qui ont forniqué. Faut-il rappeler que dans le Coran, le châtement est la flagellation et non la lapidation qui relève des commandements de la Torah. Les juifs présents à Médine recoururent au jugement du Prophète ﷺ de l'islam dont le but inavoué de le confondre et de démontrer son ignorance des Textes révélés. Habilement, le Prophète ﷺ a su déjouer leur manœuvre en les renvoyant à la sentence qu'exige la Torah. Il s'agit, donc bien ici d'un cas d'arbitrage au sens judiciaire.

Pour Z. Krichen, les versets 44, 45 et 46 s'inscrivent dans le même sillage et enjoignent "aux adeptes de la Torah et de l'Evangile de juger " selon ce que Dieu y a fait descendre" et ceux qui ne font pas cela sont les dénégateurs (*kafirun*), les iniques (*dhalimun*) et les scélérats (*faciqun*).

Toutefois, du mot *hukm*, va encore dériver un autre vocable *hâkimiyya*... Saïd al-Ashmawy va s'insurger : "... par un détournement sémantique inadmissible (*que*) deux penseurs majeurs de l'islamisme vont capter ce mot d'essence coranique à très forte teneur éthique et le rabattre sur un espace de sens qu'il n'a pas en islam classique : Mawdudi, puis Saïd Qutb qui forge à partir de *hukm* le néologisme de *hâkimiyya* pour traduire la revendication d'un État fondé sur la souveraineté exclusive de Dieu par rupture avec les sociétés arabes occidentalises et redevenues antéislamiques (*jâhiliyya*)."⁵⁷ Pour se justifier, ils avancent que la démocratie signifie que le pouvoir est au peuple, alors qu'en Islam, le pouvoir appartient à

⁵⁶-"(...) S'ils recourent à toi, juge entre eux ou bien te détourne (...) si tu juges, alors juges entre eux selon l'équité (...). Comment se fait-il, d'ailleurs, qu'ils recourent à toi comme juge quand ils ont la Torah, qui renferme la norme de Dieu (...). Ceux-la ne sont pas des croyants".

⁵⁷-Muhammad Saïd al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc.

Dieu. De même, la sourate 6, verset 57 qui dit que "*le jugement n'appartient qu'à Dieu*", peut se lire dans le sens d'un jugement et châtement suprêmes dans l'au-delà.

Or, à cette époque, même en Occident, la notion de souveraineté, qui est concomitante à la naissance de l'Etat moderne n'existait pas encore, du moins, la suzeraineté médiévale n'avait pas encore acquis le sens de souveraineté au sens moderne. On pouvait trouver les deux mots, souveraineté et suzeraineté, utilisés l'un pour l'autre parce qu'il ont la même étymologie "*superanus*" (c'est-à-dire, au-dessus de tout). Pourtant, leur sens est différent. Si la suzeraineté renvoie à un contexte féodal, en revanche, la souveraineté⁵⁸ marque le passage à l'Etat moderne. Il faut relater que dans un contexte médiéval, caractérisé par une pluralité de pouvoir se disputant un même territoire, la suzeraineté médiévale était émiettée, partagée entre les différents pouvoirs féodaux et ecclésiastiques. Donc, elle n'était pas unitaire mais plurielle.

De plus, ce qui est important à souligner, c'est que ces termes (hukm, souveraineté) ont évolué dans deux mondes totalement différents :

- D'un côté, une communauté humaine archaïque, vivant de cela il y a 14 siècles environ, organiquement soudée, "holistique", sur un mode tribal, dont la normativité est basée sur la coutume, connue pour être rigide (coutume qu'il faut mettre en lumière, d'où le rôle primordial du juge) et qui est de ce fait statique. Et, même si nous revenons à l'ordre médiéval occidental d'antan, il était aussi holiste, c'est-à-dire une communauté soudée par des liens organiques. "Le suzerain, suprême seigneur, qui était interprète et gardien⁵⁹ du droit, avait, non seulement, pour

⁵⁸-La souveraineté est inhérente à la notion d'État et caractérise celui qui a en charge la chose publique. C.F. plus de développements à ce sujet, Fatiha Benabbou- Kirane, *Introduction au droit constitutionnel*, Chapitre I "L'encadrement du pouvoir", Office des Publications Universitaires, (sous presses), Alger. 2015.

⁵⁹-Il était "*Légibus alligatus*".

"fonction de découvrir le droit", mais il était aussi, la figure du roi "fontaine de justice" qui tranche en dernier ressort. Il s'ensuit que, la notion de suzeraineté avait un **contenu judiciaire** et est restée liée à la "fonction de dire le droit". Ainsi, la suzeraineté royale avait au début, une signification judiciaire : le Prince- Justicier rend la justice et tranche en dernier ressort les litiges. Ce n'est que progressivement, que va s'opérer un glissement durant plusieurs siècles : "...l'image du roi justicier s'efface lentement derrière celle du roi législateur".⁶⁰ Alors, graduellement durant les siècles que dure la sociogénèse de l'Etat, prendra place le pouvoir normatif du souverain que Bodin appelle "Loy".⁶¹

- D'un autre côté, la souveraineté au sens moderne, la "fonction de faire la loi"⁶², s'inscrit dans l'Etat moderne ou existe une société dynamique qui donne un rôle moteur à la loi, rôle de l'Etat législateur.

Ainsi, progressivement des glissements successifs du mot *hukm* se sont effectués. Celui-ci, qui, au départ, avait une signification arbitrale, va devenir *hâkimiyya*, synonyme de souveraineté, signification législative. Une démarche qui fait faire au mot une énorme contorsion et qui est pour le moins anachronique car appartenant à deux mondes totalement différents, l'un statique basé sur la coutume et l'autre dynamique basé sur la loi.

Ce qui est certain, c'est que l'emploi de ces vocables ne correspond plus au contexte dans lequel ils ont été générés.

II- La déconstruction d'un savoir dogmatique

Beaucoup d'amalgames sont faits, de nos jours, chez le commun des musulmans et même chez beaucoup de praticiens du droit, entre Coran et *chari'a*, entre *chari'a* et *fiqh*, entre *chari'a* et droit musulman.

⁶⁰-Fatiha Benabbou- Kirane, Introduction au droit constitutionnel, op. Préc.

⁶¹-C.F. Développements à ce sujet In Fatiha Benabbou- Kirane, Introduction au droit constitutionnel, Op. Préc.

⁶²-Ici le souverain devient "*Légibus solutus*".

La normativité islamique est elle un donné, auquel cas, il serait facile de lui retrouver un fondement scripturaire, ou, en grande partie, un construit par l'effort intellectuel humain ?⁶³ Autre expression que l'on retrouve de nos jours, celui qu'on appelle actuellement "droit musulman", est il un donné de Dieu? Autrement dit, aurait-il un caractère transpositif, c'est-à-dire, vait-il tirer son origine d'une source extérieure, Dieu, qui lui fournirait sa valeur ?

A l'heure actuelle, *Chari'a*, *fiqh* et droit musulman vont, tout simplement, s'équivaloir.

Il s'agira, alors, de rendre compte des différentes acceptions du terme *chari'a* à travers l'histoire⁶⁴. Pour cela, la démarche doit être non dogmatique, mais plutôt s'aider de la critique historique pour rendre compte des différentes acceptions du terme *chari'a* à travers l'histoire : il faut en parler en fonction des contextes. C'est la raison pour laquelle des auteurs contemporains plaident pour l'historicité de la norme islamique. Indéniablement, des glissements sémantiques successifs se sont produits subrepticement sans être perçu par la conscience collective. Le tout va devenir au fil des siècles un savoir dogmatique et sacralisé : un construit qui fait la part belle à l'homme, qu'il soit *faqih* ou *qadhi*. C'est ce construit humain que la plupart des auteurs musulmans modernes appellent à déconstruire en le passant au crible de la critique historique. De surcroît, fruit d'une époque déterminée, il s'avère inadapté aux exigences de la modernité.

Deux temps historiques seront mis en avant : le temps de la construction des *usuls el fiqh*, le temps de la modernité.

A- Un construit humain devenu dogme sacré

Quelles sont les sources de la normativité islamique ?

⁶³-Voir à ce propos M. Miaille, *Introduction critique au droit*, 1976, F. Maspero. p. 232.

⁶⁴-Voir à ce sujet Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Karthala, 1993, p 384.

Il est bien établi que le nombre de textes coraniques ayant un caractère purement juridique, est véritablement restreint et ne peut constituer à lui, tout seul, le corpus juridique formant la normativité islamique. Au départ, les compagnons du prophète vont avoir recours à la tradition du prophète ﷺ pour trouver des solutions aux problèmes posés. De son temps, le hadith sera conservé par la tradition orale, car le Prophète a défendu à ses compagnons de recueillir le hadith par écrit.⁶⁵ Sa mise en place fut relativement tardive. La première biographie "la *Sîra* du Prophète ﷺ"⁶⁶ fût, vraisemblablement rédigée plus d'un siècle après sa mort. Il y a, ensuite, le "*mu'atta*" de l'imam Malek à partir du deuxième siècle, mais sa systématisation se fera plus sûrement vers le troisième siècle hégire. Sa traçabilité se fera par le biais d'une chaîne de transmetteurs. C'est assurément au troisième siècle que des corpus furent élaborés et toute une science fut mise en place pour fonder leur authenticité. Mais il n'existait pas encore la critique historique qui permettait de passer au crible l'ensemble des propos et dires du Prophète ﷺ. Ce qu'il faut souligner, surtout, c'est l'inflation tardive de hadiths, qui sont souvent des coutumes locales et qui seront justifiées au regard de l'islam.

Traditionnellement, le Coran et la Tradition du Prophète ﷺ sont les deux sources majeures de la Loi islamique.

En troisième position, suivrait l'*ijma'*, le consensus de la communauté⁶⁷, pouvoir humain dérivé. Trois versions du consensus existent au sein de la doctrine sunnite:

- le consensus des musulmans ;
- le consensus des compagnons du Prophète ﷺ;

⁶⁵-Chikh Bouamrane et Louis Gardet, Op. Préc., p. 28.

⁶⁶-Officiellement, c'est 'Umar Ibn 'Abd al-'Aziz qui ordonne la transcription et c'est Al-Zuhri, qui compose le recueil de hadith. C.F. Chikh Bouamrane et Louis Gardet, Op. Préc., p. 29.

⁶⁷-Ibid, p. 121. note n° 4.

- le consensus des savants ; Autrement dit, le consensus des ulémas d'une époque donnée, lie les musulmans de cette époque et des suivantes, jusqu'à la formation d'un nouveau consensus abrogatif. Selon L. Gardet⁶⁸, il aurait fallu trois jours de labeur à Muhammad al-Shafi'i pour découvrir le texte coranique qui servirait de base à l'ijma' (Coran, 4, 115.) Pour faire admettre cette nouvelle source formelle du droit, les théoriciens du droit "usulyines" exploiteront le hadith du Prophète ﷺ : "Ma communauté ne peut convenir de l'erreur". De là, on déduira une sorte d'infaillibilité de la communauté et, par-delà, du consensus des ulémas et mujtahidines qui deviennent ainsi l'élite de l'élite "Ahl al Hal wal Aqd". Notion peu opératoire, car elle n'a jamais été institutionnalisée, techniquement parlant. Comment recueillir le consensus de toute une communauté dispersée sur de très vastes territoires ?

À ces sources s'ajoutent plusieurs autres secondaires : Ainsi, selon, la tradition, lorsque le Prophète ﷺ envoya Mo'ad B. Jabal au Yémen, il lui aurait recommandé, en cas d'absence de textes scripturaires et révélés, de raisonner par analogie « *qiyas* », sinon d'exercer son propre coup d'œil « *ra'y* », tout en tenant compte de l'utilité publique « *maslaha* ». Tout ceci constitue la recherche et l'effort de réflexion personnelle basée sur les principes généraux de l'islam ou « *ijtihad* », qui prendra une place considérable dans « *usuls el fiqh* ». Il est pratiqué par les muftis (juristes) ou les mujtahids (savants).

Ainsi, le fiqh va permettre d'accéder à la connaissance de ces diverses sources. Mais, tout dépendra, alors, de l'interprétation qui en sera faite et qui sera construite à partir d'une lecture humaine : Cela a permis, par exemple, à Omar Ibn Khattab de suspendre pour raison de disette le "had" pour vol. Il a également introduit

⁶⁸-Louis Gardet, La cité musulmane, p. 121 note 4.

la prison, bien que cela fut contesté par la suite par beaucoup de savants musulmans⁶⁹.

Au fil des siècles, on va assister à un processus lent de constructions par étapes⁷⁰d'un savoir, "usuls el fiqh"⁷¹.

Construction qui prétend mettre en œuvre des modalités permettant d'acquérir une connaissance de la loi divine. C'est donc par un travail interprétatif que des fuqahas vont devoir chercher les solutions juridiques, parfois, ailleurs que dans le Coran et la Sunna, quand ces derniers ne suffissent plus à résoudre tous les problèmes de la communauté musulmane. Il faut, donc, utiliser l'ijtihad pour trouver des solutions. Et en l'absence de textes clairs et sans équivoque, il était inévitable d'avoir des interprétations individuelles divergentes et des opinions personnelles contradictoires. Dès lors, on comprend comment par référence à un corpus commun, composé du Coran et de la Sunna, le fiqh se soit d'emblée déployé sur un mode pluraliste à travers différentes écoles juridiques. A l'intérieur d'une même confession, des conflits d'opinion⁷² apparaîtront aussi bien sur le sens des versets coraniques, que sur les hadiths du Prophète ﷺ. On remarquera, entre temps, qu'ici, l'on passé de la chari'a au fiqh.

L'apport précis des générations successives de jurisconsultes durant cette période, qui va jusqu'à la fin du II^e siècle de l'hégire, loin d'être certifié avec exactitude, pousse Chafik Chehata a

⁶⁹-Pourtant un verset exprime une punition d'ordre corporel appelée "huddud".

⁷⁰-L'évolution du système juridique musulman s'est effectuée en cinq phases :

-fondation (100-250 h.)

-ramification (250-350 h.)

-application (350-450 h.)

-amendements (550-800 h.)

-codification finale. C.F. Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie ...*, Op. Préc., p. 140-141.

⁷¹-Il y a eu, au sein du sunnisme, quatre grandes écoles : hanafite (Basra), malikite (Kufa), chaféite, hanbalite.

⁷²-La crainte que les divergences ne créent la fitna entre les musulmans est la raison pour laquelle *bab el ijtihad* fut fermé.

s'interroger, alors, sur le mystère de la naissance du fiqh. Si, en effet, l'opinion traditionnelle des savants musulmans fait remonter les origines de la jurisprudence islamique à la génération des Compagnons du Prophète ﷺ, les recherches historiques tendent à prouver que les premières codifications du fiqh remonte à la fin du deuxième siècle de l'hégire. Plus tardivement, vers le troisième siècle de l'hégire, "*ilm usul al-fiqh*", une science des fondements de la connaissance de cette Loi islamique sera créée. Elle fut essentiellement l'œuvre de Muhammad al-Shafi'i.

Dès lors, la question qui taraude l'esprit du Professeur Chafik Chehata : que s'est-il passé entre le moment où la révélation divine fut faite au Prophète ﷺ, et les premières compilations qui parviennent grâce à Chaybâni⁷³, en d'autres termes, près de deux siècles après ? Des précurseurs l'ont précédés, générations de jurisconsultes, qui ont élaboré le système juridique que nous appelons aujourd'hui le rite hanéfite. Les mêmes incertitudes historiques semblent devoir être relevées pour l'imam Malek : si l'école porte formellement le nom de son fondateur, celui-ci reconnaît s'inspirer d'auteurs qui l'ont précédés⁷⁴.

Comment cela s'est-il passé ? Ce qu'il faut souligner, c'est qu'assez rapidement l'Islam, s'est étendu sur de très amples surfaces territoriales. La Loi divine pouvait-elle, alors, statuer de manière uniforme, au regard de ces vastes étendues géographiques ?

En réalité, l'absence de limites géographiques du territoire en Terres d'Islam, imposera de moduler la norme islamique en

⁷³-Chaybany est l'un des piliers du rite que nous appelons aujourd'hui « hanéfite », du nom de l'imam Abu Hanifa, dont il est le disciple, en même que le continuateur d'une génération de jurisconsultes qui l'ont précédés et qui faisaient partie de l'école de « Kufa » (où l'école d'Irak). Il compose un grand nombre d'ouvrages appelés « Zahir ar riwaya » (ou version authentique). C.F. à ce propos, C. Chehata, *Etudes de droit musulman*, P.U.F. 1971.PARIS. Page 20 & suiv.

⁷⁴-Il s'agirait de « sept jurisconsultes de Médine », dont Sa'id Ibn Al-Misayyab et Zuhri. C.F. IBID. p.17.

fonction des coutumes locales. Et, c'est en fait l'ijtihad (l'interprétation) qui va permettre aux savants de contextualiser et d'adapter les coutumes en accord avec les sources révélées, c'est-à-dire, en prenant en considération les coutumes locales qui ne contredisaient pas les principes directeurs du Coran. Ce qui explique que le droit coutumier survécût largement, autant qu'il était compatible avec les exigences des nouvelles idées religieuses. Ainsi, le "système dit hanéfite n'est que la cristallisation d'un droit de souche iraquienne qui a été accommodé aux besoins de la société musulmane."⁷⁵

Le même processus semble avoir régi le rite malékite. "Ces divers auteurs ont en fait modulé la coutume de Médine de manière à la concilier avec la foi musulmane. Cette coutume médinoise a d'ailleurs toujours été formellement reconnue comme une source du droit malékite".⁷⁶ Or, il est important de souligner le rôle de la coutume dans les communautés médiévales.

Il semblerait, donc, que *ilm usûl al-fiqh* a joué un grand rôle dans la systématisation du droit en vigueur (coutumes, 'adath, qui se sont constituées en fonction des contingences locales de l'époque).

Dès lors, les fuqahas ont joué un rôle très important dans la création de la normativité islamique. Mais ils ne sont pas les seuls... Il y a eu, aussi, le rôle créateur du droit par le qadha. Il faut, néanmoins, préciser qu'il y avait une séparation entre l'exercice de la justice "qadha" et l'activité doctrinale "fiqh". ". Le qadhi disposait, sur la base de sa connaissance du fiqh, d'un grand pouvoir discrétionnaire. Souvent, il appuyait sa décision sur la consultation d'un expert, le mufti."⁷⁷ . A ce propos, Ibn

⁷⁵-Ibid. p. 17.

⁷⁶-C. Chehata, Op. Préc. p. 17.

⁷⁷-Baudouin Dupret, *La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, intervention au séminaire "La Charia : qu'est-ce à dire ?" du 15 avril 2013, http://www.fondation-res-publica.org/La-Charia-en-dix-points-et-quelques-raccourcis_a724.html

Khaldoun notait "...autre cause de dissentiment, les indications non tirées des textes sont aussi divergentes... (et) il se pose donc des problèmes qu'aucun texte n'a prévu", il s'ensuit que le juge est contraint d'utiliser la comparaison et l'analogie. D'où « les dissentiments sont inévitables... et c'est ce qui explique leur apparition parmi les premiers Musulmans et les docteurs qui leur succédèrent »⁷⁸.

Ainsi, même, le pouvoir judiciaire jouera le rôle dévolu à l'ijma' par le biais de deux techniques juridiques : en certifiant l'existence de la coutume et grâce à son pouvoir d'interprétation. Contrairement à l'idée répandue, les coutumes, ne naissent pas spontanément du consensus⁷⁹. Elles ne deviennent contraignantes que s'il existe une autorité qui se prononce sur leur existence et leurs contenus. Dans ce type de communauté traditionnelle, il n'y a pas de règle générale, abstraite et impersonnelle ; le système juridique reste dominé par la coutume. L'incertitude d'une coutume d'un endroit à l'autre est susceptible de solutions variées. La coutume n'existe qu'à travers l'interprétation qu'en donne le juge ou le juris-prudent. Ce dernier dit le droit, ponctuellement, au cas par cas. Or, "dire le droit, c'est bien dans un cas précis déclarer quel est le droit applicable ou créer au besoin ce droit. En ce sens, le juge remplit même une fonction plus ancienne que celle du législateur, car, sur les points délicats, il fait office d'oracle, de devin, d'intermédiaire entre les hommes et Dieu dont il entend interpréter la volonté sur une hypothèse précise. Ainsi, Le juge ne fait pas seulement que « dire » le droit : il le « fait »".⁸⁰

Comment déterminer le pouvoir réel du qadhi ou du juris-prudent, en d'autres termes, sa fonction créatrice effective ? Allons –nous en référer à Montesquieu qui énonçait que "le juge

⁷⁸-Muqaddima, cité par Jean-Philippe Bras, *La shari'a : passé et devenir d'un corpus juridique*, http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/4349/Bras_droit.pdf

⁷⁹-C.F. M. Miaille, OP. Préc. p. 232.

⁸⁰-Ibid, p. 246-247.

est la bouche de la loi" ? Suffirait-il, tout simplement, au qadhi de connaître le texte, puis de l'appliquer mécaniquement ? Serions-nous, donc, dans l'hypothèse où le texte dit la norme que le juge va appliquer automatiquement ?

Or, depuis les travaux de Michel Troper⁸¹, pour la doctrine majoritaire⁸², "le texte ne délivre pas la norme, c'est alors l'interprète qui la crée. On définit habituellement la norme comme la signification d'un énoncé prescriptif. Dans cette conception, le juge en disant la norme, la crée. En réalité, c'est lui qui dégage la norme du texte et en délivre le sens "par l'usage des techniques de l'interprétation"⁸³ et ceci est valable pour n'importe quel juge à l'heure actuelle. Ce qui signifie plus prosaïquement, que l'interprétation a une fonction créatrice du droit. A juste titre, d'ailleurs, Jean Philippe Bras⁸⁴ nous rappelle les quatre techniques utilisées dans l'interprétation : "La première technique, dite littérale, s'appuie sur le mode de rédaction du texte pour établir sa signification. La seconde, généalogique, consiste à aller rechercher l'intention de l'auteur du texte pour dégager la norme valide. La troisième est analogique, mettant le texte en relation avec d'autres textes pour en éclairer le sens, se déclinant en raisonnements a fortiori ou a contrario. Enfin, un dernier mode d'interprétation « réaliste » prendra en considération le contexte d'application du texte, pour choisir l'interprétation la plus conforme à l'intérêt général, aux nécessités du temps.

⁸¹-M. TROPER, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, pp. 71-72.

⁸²-À ce titre, la théorie réaliste de Michel Troper amène ainsi à considérer que l'interprète d'un texte est le véritable auteur de la norme. Dans cette perspective « le sens d'un énoncé (juridique) n'est pas contenu dans l'énoncé. Ce dernier est seulement un ensemble de mots, de marques graphiques sur du papier, des signes qui ne sont pas signifiants ou qui, au mieux, ouvrent sur une pluralité de signifiés. Dès lors, c'est pour le juge, choisir, inventer, créer le sens du texte et ainsi, par une allocation de sens, lui donner... sa qualité de norme » Voir Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9ème édition, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2010, pp. 144-145.

⁸³-Jean-Philippe Bras, art. Préc. p. 3.

⁸⁴-Ibid. p. 3.

Les juges utilisent ces techniques de manière cumulative ou alternative, pour fonder leur interprétation du texte et en dégager une norme. Cela signifie qu'un même texte peut être interprété de manière différente par différents juges, sur la base de raisonnements juridiques aussi rigoureux les uns que les autres."⁸⁵

On voit ainsi le rôle qu'ont pu jouer, aussi bien le *qadha* que le *fiqh* dans la création de la normativité islamique. C. Chehata dit clairement que la normativité islamique, a été, en grande partie, élaborée par la science des grands docteurs de l'Islam, et par la jurisprudence, le « *qadha* ». Ce qui lui fait dire que : «le Coran n'a jamais été considéré en fait comme une source formelle du droit musulman. »⁸⁶.

Et ce qui est essentiel à retenir, c'est que, le Coran, la *sunnah*, l'*ijma'* et l'*ijtihad* vont former un ensemble à la fois juridique, éthique et religieux. Le tout va devenir au fil des siècles un savoir dogmatique et sacralisé⁸⁷. Ce qui rend difficile, pour les musulmans actuels, de renégocier le rapport à l'héritage religieux. En d'autres termes, on en fait un argument en faveur du caractère sacré du modèle islamique.

B- Un construit inadapté aux exigences modernes

En réalité, ce construit humain, devenu absolu dogmatique, va être très contesté. La plupart des auteurs musulmans modernes appellent à le déconstruire en le passant au crible de la critique historique. Car, au fil des siècles, non seulement, des glissements sémantiques entre *chari'a* – *fiqh* – *droit musulman*, se sont produits, mais surtout, la revendication salafiste du retour aux sources de la normativité islamique, révèle que le *fiqh* est totalement inadapté aux exigences de l'Etat-nation.

⁸⁵-Ibid. p. 4.

⁸⁶-C.F. C. Chehata, Op. Préc. p. 36.

⁸⁷-De surcroît, à un *fiqh* des premiers temps, ouvert à l'*Ijtihâd*, voire à la philosophie grecque et à la raison spéculative va se substituer progressivement un autre qui se cantonnera dans la clôture dogmatique.

1°-Une contestation des lectures traditionnelles du patrimoine religieux

Dès la fin du 19^e siècle, des intellectuels, porteurs d'une pensée arabo- musulmane critique, avaient en commun le projet d'établir de nouveaux fondements, modernes et rationnels, pour l'étude de l'islam, pour tenter de faire sortir le monde arabe de sa léthargie et de combattre le dogmatisme. Pour cela, il fallait remettre en cause les évidences et se livrer à une critique, sans concession, des lectures traditionnelles du patrimoine religieux. La plupart ne répugnent pas à s'adosser au savoir légué par le fiqh sous réserve de le soumettre à la raison critique des sciences sociales. Il va de soi que la science n'est pas un système achevé qu'une génération transmet à une autre.

A l'heure actuelle, d'immenses polémiques ont lieu, quant à l'historicité de l'interprétation. Le débat est de situer historiquement l'interprétation des textes sacrés, qui s'est produite sous l'effet du relativisme culturel⁸⁸ de l'époque.

Quel rôle a dû jouer l'herméneutique, ou l'interprétation par les « fuqahas » ?

Certains intellectuels musulmans contestent le monopole revendiqué par les oulémas des textes religieux et réagissent énergiquement contre la prétention de ces derniers à être les seuls habilités à délivrer l'interprétation juste ou définitive. Il s'agit pour eux d'éviter l'"herméneutique sacrée" qui fige le Coran dans une signification déterminée historiquement.

On sait, de manière générale, que l'herméneutique, en tant que science de l'interprétation, pose les principes, définit les méthodes d'exégèse et d'explication du texte sacré en fonction de

⁸⁸-*De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ?* Intervention de Naïla Silini, islamologue et professeur de civilisation islamique, Université de Sousse (Tunisie), au séminaire "La Charia : qu'est-ce à dire ?" du 15 avril 2013. http://www.fondation-res-publica.org/De-la-nature-de-la-Sharia-Loi-de-Dieu-ou-loi-des-Hommes_a726.html

l'état d'avancement de la société, c'est-à-dire, en fonction de son évolution historique. L'herméneutique historique se propose justement, entre autres choses, de déterminer les intérêts culturels, politiques, économiques, etc., qui ont poussé les musulmans à privilégier telle ou telle interprétation. Et si elle comporte inévitablement une transformation du texte, de repérer les transformations. Elle est, par conséquent, essentiellement, une œuvre humaine, déterminée historiquement.

Indéniablement, le discours du Coran n'est pas explicite en soi, les premiers récepteurs ont dû le décoder, l'interpréter pour y adhérer. Or, une prise en considération, des mentalités et des concepts éthiques de l'époque, s'impose pour déchiffrer le sens d'une interprétation. Celle-ci, telle qu'elle surgit, est située dans un milieu donné, qui lui est totalement adaptée.

De plus, plusieurs savants musulmans reviennent avec les techniques de l'herméneutique contemporaine sur le texte révélé et découvrent que certaines ambiguïtés ont été tranchées dans un sens mais auraient pu l'être dans un autre sens.

D'où, à l'heure actuelle, la principale revendication des savants musulmans dits « progressistes » de ne pas être liée par les méthodes de l'ijtihad des anciens au nom de la rationalité scientifique.

Naïla Silini n'y va pas par le dos de la cuillère et s'interroge "qu'est-ce que la "Sharia "? Est-ce vraiment l'expression de la loi divine ? Peut-on parler d'une « Sharia » telle qu'elle est écrite dans le Coran? N'est-elle pas, en fait, qu'un produit de ce que les anciens exégètes et jurisconsultes ont perçu du Coran? A travers les époques, les savants ont fini par croire qu'ils sont les messagers de Dieu, rapporteurs de sa parole divine et les seuls gardiens du livre Saint".⁸⁹

⁸⁹-Ibid.

Dans sa lancée, Naïla Selini décrit des "lignes rouges" que traçaient les anciens pour instaurer un « hijab » entre ces versets et le lecteur. Ce hijab est tissé d'outils qui permettent d'appréhender le Coran : les anciens exégètes les ont appelés sciences du Coran. Ce « hijab » remplit une mission primordiale : il dresse un mur entre le Coran et le lecteur "dévoué". Ainsi, toute interprétation "juste" ne doit, en aucun cas, produire un sens différent de celui des sciences de l'abrogation, des variantes de la lecture du Coran « Qira'at » approuvées par les anciens coranistes.⁹⁰ Or, pour elle, le Coran est un texte vivant, ouvert aux interprétations nouvelles. Donc, pour une nouvelle lecture du Coran, une relecture, elle demande instamment de se libérer de ce "hidjab" construit par les hommes et considéré comme sacré. Dans "...un monde présicientifique, les méthodes herméneutiques ne sont pas celles dont nous disposons aujourd'hui mais ce travail est fait."⁹¹

"Et la chari'a devint alors l'obligation d'appliquer les sanctions édictées dans le Coran, par la tradition du Prophète ﷺ (Sunna) et par le consensus des oulémas. À partir de là, le Coran fut recouvert de tissus textuels, qui ne sont en réalité que production humaine, influencée par des facteurs multiples d'ordres politique, économique, coutumier... Pour ces savants, personne ne peut prétendre que la Shari'a est un ensemble de phénomènes complexes, produit de la conscience collective pour sauvegarder l'équilibre social."⁹²

Abdelmajid Charfi va dans le même sens et tente de déconstruire deux idées :

- La première est la "fiction d'une Loi divine dont les hommes qualifiés, les ulémas, ne sont que les interprètes fidèles. La connaissance historique moderne, chaque jour plus affinée, s'est chargée de détruire cette fiction, en montrant le caractère

⁹⁰-De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ? Naïla Silini, Art.Préc.

⁹¹-Baudouin, La Charia en dix points... et quelques raccourcis Réponses, p. 24.

⁹²-De la nature de la Sharia: Loi de Dieu ou loi des Hommes ? Naïla Silini, Art. Préc.

humain, trop humain, du Fiqh dont les prescriptions sont déterminées par les contextes culturels, sociaux et économiques d'une époque bel et bien révolue".⁹³

"- Le second principe majeur est la contextualisation des versets auxquels on a appliqué abusivement un caractère législatif, alors qu'ils ne contiennent en réalité que des exhortations morales et des réponses à des problèmes circonstanciels vécus par la première communauté musulmane. Rappelons d'ailleurs que la signification du char', de la chir'a ou de la chari'a est la voie, la direction à suivre, mais nullement un code juridique divin strict et figé, révélé définitivement et pour l'éternité. Ce sont bien les fuqahâs qui ont considéré et fait croire que leurs interprétations et les prescriptions qu'ils édictaient sont l'expression de la volonté divine".⁹⁴

Pour d'autres comme R. Garaudy⁹⁵, Le "*minha'j*" impose aux musulmans une lourde responsabilité, de donner constamment des solutions nouvelles aux problèmes concrets qui se posent, tout en prenant soin de ne pas tomber dans deux travers :

-l'application littérale des versets en les séparant de leur contexte historique et de l'ensemble de la Révélation, par exemple, les valeurs, telles que la justice sociale.

- le souci de ne pas résoudre les problèmes actuels en répétant les solutions du passé, qui étaient valables pour une époque donnée, mais ne le sont plus à l'heure actuelle. Il ne s'agit pas d'entrer « dans l'avenir à reculons, les yeux fixés sur le passé, rabâchant des commentaires, et des commentaires de commentaires, sur des problèmes juridiques qui se posaient au

⁹³-Abdelmajid Charfi, *Penser l'Islam aujourd'hui* ; https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/penser_l_islam_aujourd_hui_abdelmajid_charfi.3005

⁹⁴-Ibid.

⁹⁵-R. Garaudy, *Pour un Islam du 20^e siècle*, El Moudjahid du 7 avril 1991, p. 12.

temps des Omeyyades et des Abbassides », mais bien, de résoudre des problèmes tout à fait nouveaux, en utilisant la rigueur scientifique, sans la séparer de la sagesse, car la loi est création incessante si le droit doit rester vivant »⁹⁶.

L'imitation du passé reste, ainsi, une forme de schizophrénie, car elle plonge la société dans des conditions sociologiques, politiques et économiques qui ne sont pas les siennes. Le droit, flottant sur la société, ne pourra avoir prise sur elle.

2 °-Des amalgames entre *chari'a* – *fiqh* – droit musulman

Et encore, au fil des siècles, une autre problématique s'est glissée au cœur de la normativité islamique, qui va entraîner, subrepticement, des glissements sémantiques successifs et des confusions inextricables : *chari'a- fiqh – droit musulman-*, trois termes qui vont s'amalgamer et revêtir un caractère juridique et sacré sous l'appellation de *chari'a*. Par conséquent, au fil des temps, un amalgame a eu lieu entre ces trois termes *chari'a, fiqh, et droit musulman*.

On entendra souvent dire que "Dieu est seul Législateur "Châ'rî" par excellence et ce nom conviendra également au prophète ﷺ, son envoyé, en tant qu'instrument récepteur et transmetteur du décret (*am'r*) divin"⁹⁷. Egalement, que la Loi "châ'r" est un commandement de Dieu. Ubiquité de ce terme dont on retrouve 3 ou 4 occurrences dans le Coran⁹⁸. La *chari'a* désigne la source, la voie à suivre⁹⁹. Elle se réfère à la voie tracée par Dieu, à la Loi et aux règles de conduite. Elle est définie

⁹⁶-Ibid. p. 13.

⁹⁷-L. Gardet, *La cité musulmane*, Librairie philosophique j. Vrin, Paris, 1969, p. 110

⁹⁸-Verset 45/18, Sourate 42, verset 13, sourate 5, verset 49.

⁹⁹-Pour R. Garaudy le mot « Shir'a », signifie le « chemin vers la source », donc, aller vers la source, c'est se ressourcer en allant puiser, sans cesse, dans le Livre éternel, bien sûr, en ayant une foi indéfectible, et surtout, en respectant les principes éternels contenus dans l'ensemble de la révélation coranique. C.F.

comme loi islamique régissant la piété, la croyance, la dévotion "ibadates" et les relations entre hommes " *mu'amallat*".

Certainement, il y a une dimension normative dans la Loi islamique, composée d'une série de prescrits et d'interdits. Mais, la Révélation est, avant tout, religieuse. C'est un discours liturgique et non juridique. En d'autres termes, ce n'est pas un code de lois.

De même, selon Baudouin Dupret, utiliser l'expression système juridique pour le fiqh, c'est commettre rétrospectivement un anachronisme. Il ne fonctionne pas comme le droit contemporain.¹⁰⁰ C'est une casuistique qui ne procède pas par règles générales. En quelque sorte, une "Casuistique théorique parce que les recueils de fiqh ne sont pas l'équivalent des recueils de précédents tels que les connaissent les pays de Common law. Les cas envisagés par les fuqahâs sont souvent des cas imaginés et parfois extrêmement improbables. La validité des recueils de fiqh ne tient donc absolument pas au fait qu'ils exposent des précédents judiciaires mais, uniquement, au fait que les qualifications des comportements qu'ils exposent sont le produit de la volonté divine et qu'ils peuvent y être rapportés par des procédés contrôlés."¹⁰¹

Le fiqh comporte une partie réservée aux obligations rituelles¹⁰², telles que l'accomplissement de la prière. Aussi, serait il inexact pour un juriste de considérer le respect d'une obligation rituelle comme une obligation juridique. Le non-respect ne constitue aucunement une infraction. Les actions humaines sont

¹⁰⁰-Bien que, nous dit Slim Laghmani, le fiqh " est parfaitement intelligible puisqu'il vise à apprécier l'action humaine, de quelque nature qu'elle soit, au regard des commandements divins et dans la perspective finale du salut." *Droit musulman et droit positif: le cas tunisien*, p. 157-163, <http://books.openedition.org/cedej/404?lang=fr>

¹⁰¹-Ibid.

¹⁰²-Ces obligations rituelles sont les **cinq piliers** de l'islam : la profession de foi (shahada), la prière rituelle (salat), l'aumône (zakat), le jeûne (sawm), le pèlerinage (hajj).

classées en cinq catégories qui correspondent à cinq valeurs morales appelées *al-ahkām al-khamsa* :

- ce qui est prescrit, désigné sous le terme de "*fard*", obligatoire,
- ce qui est recommandé, désigné sous le terme de "*mandub*", préférable ou désirable,
- ce qui est "*mubâh*", indifférent,
- ce qui est blâmable désigné par le terme "*makrûh*",
- ce qui est interdit désigné par le terme "*haram*" ou (*mahdûr*).

Sur les cinq *ahkām*, seuls deux peuvent, éventuellement, s'intégrer dans le répertoire juridique moderne.

Selon Burhan Ghalioun, "l'erreur principale est de penser la charia et le fiqh comme un droit, au sens où nous entendons le mot « droit » aujourd'hui dans une assemblée comme la nôtre, et non pas comme une normativité, pouvant avoir, bien sûr, une dimension juridique mais ayant surtout une dimension déontologique, éthique, morale, et celle-là est fondamentalement plus importante."¹⁰³

Il en va de même pour le fiqh : « La jurisprudence religieuse telle qu'elle a été pratiquée dans l'histoire de l'islam est plus proche de l'idée de recommandation juridique conseillée par un faqih (...) que de l'idée de règlement unifié et contraignant imposé par la force du politique. »¹⁰⁴

Muhammad Saïd al-Ashmawy¹⁰⁵s'insurge, lui aussi contre l'érection du mot *chari'a* en absolu normatif par les islamistes. Pour lui, il ne faut pas être victime des mots à double sens ou bien dont l'emploi ne correspond plus au contexte dans lequel ils ont été générés.

¹⁰³-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Intervention de Baudouin Dupret, Art. Préc.

¹⁰⁴-*Islam et politique: la modernité trahie*, Paris: La Découverte, 1997, p. 197 et suivantes.

¹⁰⁵-Al-Ashmawy, *L'islamisme contre l'islam*, cité par Daniel Rivet, *Le couple Religion et politique en Islam méditerranéen au regard de l'islamologie*, Art. Préc

"Ce n'est que lorsque la modernité a fait irruption dans les sociétés des musulmans, qu'elle a inculqué à son tour les idéaux et habitudes de systématisation et de rationalisation, qu'on en est venu à vouloir traiter la norme islamique en système total, cohérent et intégralement applicable".¹⁰⁶ Donc, il ne faut pas réduire la chari'a ou le fiqh au droit.

Effectivement, il n'y avait pas de système de droit islamique au sens moderne avant le XIX^{ème} siècle. Il y avait, en revanche, une doctrine, des juges. Pour comprendre, il faut retracer la naissance du droit musulman¹⁰⁷. C'est au tournant du XIX^{ème} siècle, qu'il y a eu invention du droit musulman en tant que système cohérent. Il naît dans un contexte de colonisation ou de résistance à la colonisation (C'est le cas ottoman avec les tanzimat et les réformateurs) : ... "Ce qu'on appelle le « droit musulman » ne correspond pas à une réalité aussi ancienne que l'islam lui-même. L'idée de transformer la normativité islamique en droit et, particulièrement, en droit codifié est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux, d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernisantes, de l'autre, qui ont cherché dans le fiqh ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne."¹⁰⁸

Ainsi, les administrateurs coloniaux qui sont arrivés pour gouverner et gérer débarquent avec leurs codes. Leur première mission a consisté à réunir les normes qui existent. Bien évidemment, ils ont trouvé les traités de fiqh, mais également, ils ont eu à collecter les coutumes locales, les reformuler sous forme de droit : par exemple, les coutumes kabyles, la doctrine islamique seront retravaillées et codifiées pour donner naissance au fameux code

¹⁰⁶-*Islam et pouvoir séculier*, Abdou Filali-Ansary, Art. Préc.

¹⁰⁷-C.F. Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Op. Préc.

¹⁰⁸-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Intervention de Baudouin Dupret, Art. Préc.

Morand. Or, selon Baudouin Dupret, ce fruit du moment colonial sera récupéré par les élites locales. "Enfin, sous l'effet de la colonisation ou sous la pression des puissances européennes, de nombreux pays s'engagèrent dans une politique de réformes qui aboutit le plus souvent à transformer la Loi islamique en droit musulman. J'insiste sur ce phénomène : il est faux de penser la charia et le fiqh en termes de droit, c'est-à-dire en termes de droit positif tel que nous entendons ce mot aujourd'hui. Cette pensée est le fruit du XIXème siècle, le fruit des réformes concomitantes de l'émergence d'États nationaux centralisés, le modèle jacobin ayant largement servi dans différents pays du monde musulman."¹⁰⁹

Ainsi, un autre amalgame s'est produit dans la foulée. Le droit musulman, droit positif, produit par l'Etat, a commencé à être appelé "*chari'a*"¹¹⁰. Et les termes chari'a et droit musulman ont fini par s'équivaloir. Certes là, l'islam peut être une source d'inspiration mais le législateur n'est pas tenu de s'y conformer. Ce droit s'intègre, par ailleurs, parfaitement dans l'ordre juridique positif et étatique.

3°-Un fiqh inadapté aux nouvelles exigences de l'Etat-nation

En revanche, l'actualité brûlante qui revendique par le biais des salafistes, le retour de la normativité islamique posée par le fiqh, fait surgir un hiatus, la coexistence de deux normativités fondées sur deux sources différentes, le fiqh et le droit positif, peut se révéler dangereuse pour l'unité d'un pays.

D'abord, une divergence peut se manifester au niveau de l'application confessionnelle de la normativité islamique (en

¹⁰⁹-*La Charia en dix points... et quelques raccourcis*, Art. Préc.

¹¹⁰-Le mot *char'ia* dans son sens contemporain, fut utilisé, en Egypte, pour la première fois lorsque " el madrasat al-qadâ' al-shar'î" fut ouverte en 1907. Elle sera remplacée par la nouvelle Faculté de char'ia par la loi de 1930.

Son inspirateur fut Muhammad 'Abduh et son fondateur, Sa'd Zaghlûl, selon Bernard Botiveau, *L'école de la magistrature shar'i (1907-1930) et la production d'un droit islamique réformé*, p. 549-564, <http://books.openedition.org/cedej/1443?lang=fr>

particulier, celle qui cible les relations familiales et le droit des successions). Chaque communauté pourrait se retrouver avec ses propres règles juridiques, car il ne faut pas oublier que le fiqh n'est pas un droit produit par l'Etat. Il est déduit par les théologiens, à partir de diverses sources, dont le principal est la volonté divine. Cette conception est, donc, tout à fait opposée à la conception moderne de la souveraineté qui implique le monopole étatique de la législation.

Il s'ensuit que le droit positif n'apparaîtrait plus comme le principal mécanisme de régulation sociale. Or, il ne faut pas négliger le fait que la loi positive, fruit de la souveraineté, qui se manifeste par une action synchronique concrète de l'Etat, c'est-à-dire, une activité juridique, normative (création du droit et garantie de son effectivité), joue un rôle primordial dans la production et le maintien de l'unité politique d'un pays par l'encadrement et la domination systématique d'un territoire.

Ainsi, la coexistence de sources d'origines différentes entraîne un pluralisme juridique qui relativise l'ordre juridique positif et invite à voir une multiplicité d'effets concurrents.

De surcroît, nous dit Charfi, cela peut être valable au sein d'un empire, mais sûrement pas dans un Etat moderne: "Or, cette aspiration, aussi légitime soit-elle, ne tient pas compte de deux facteurs essentiels, sans lesquels elle s'écroule et n'a aucune chance de réussir.

Le premier est que l'Etat-nation moderne est une organisation qui s'impose partout dans le monde et que même si on essaie de s'en échapper c'est par l'intermédiaire d'un dépassement dans le cadre d'entités politiques plus larges, à l'instar de l'Union Européenne, ou par le moyen des conventions internationales super étatiques, mais jamais par le retour au système d'Empire dont les frontières s'étendent et se rétrécissent en fonction des rapports de force et

qui admet la coexistence en son sein de législations différentes, notamment sur une base confessionnelle".¹¹¹

Par ailleurs, si la normativité islamique se caractérise par l'autonomie de juridiction, le risque est, alors, la remise en cause de l'ordre juridique unifié et hiérarchisé. A un modèle strictement pyramidal, peut se substituer un dédoublement de la hiérarchie de normes. Et surtout, le rôle du qadhi va s'accroître avec le risque d'avoir un espace normatif mobile, dessiné et redessiné en permanence par les juges. Il peut y avoir, donc, remise en cause du modèle traditionnel de Kelsen au profit d'un espace normatif hétérogène centré autour des juges ; autrement dit, ordre juridique pluraliste. Ce qui forcément va, non seulement, pulvériser l'unité de l'ordre juridique, mais également, le principe de légalité en tant qu'expression de l'unité profonde de l'ensemble des relations entre normes supérieures et normes inférieures. Par conséquent il y aurait pulvérisation de la hiérarchie des normes en la doublant d'une autre. Aussi, cette pluralité normative, risque -t-elle de déstabiliser, sans la rendre tout à fait caduque, une conception « classique » de la hiérarchie des normes et des rapports entre ordres juridiques.

Ce qui ne va pas sans risques inédits d'insécurité juridique. Il va de soi que la multiplication des juridictions ajoute une insécurité juridique certaine et préjudiciable à l'état de droit, la réponse à un litige pouvant être différente suivant la juridiction devant laquelle elle sera portée.

Pour conclure, si le fiqh a-t-il été délaissé au profit du droit musulman dans la plupart des Etats musulmans, c'est parce qu'il ne s'adapte pas aux nouvelles exigences étatiques, mais "...masque une redoutable contradiction : le seul fait que ce système normatif ait besoin d'être réhabilité suffit en effet à attester qu'il a depuis des

¹¹¹-Abdelmajid Charfi, *Penser l'Islam aujourd'hui*, Art. Préc.

lustres perdu le contact vital que toute norme se doit d'entretenir avec la société qu'elle prétend réguler." ¹¹² Par conséquent, "la tentation d'imposer une culture importée dans le temps" risque d'inoculer les germes d'une nouvelle schizophrénie. ¹¹³

¹¹²-François Burgat avec la collaboration de Jean Leca, *La mobilisation islamiste et les élections algériennes du 12 juin 1990*, In *Monde Arabe Maghreb –Machrek*, n°129, Juil-Aou-Sept. 1990, p. 17.

¹¹³-Ibidem. p. 17.