



Lena Salaymeh, The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamicate Legal Traditions

Baudouin Dupret

► To cite this version:

Baudouin Dupret. Lena Salaymeh, The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamicate Legal Traditions. 2019. halshs-02145605

HAL Id: halshs-02145605

<https://shs.hal.science/halshs-02145605>

Submitted on 3 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Lena Salaymeh, *The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamicate Legal Traditions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 253 p.

Compte rendu par Baudouin Dupret (Les Afriques dans le Monde (LAM), CNRS/IEP Bordeaux)

Dans son ouvrage sur les débuts du droit musulman, Lena Salaymeh propose une critique radicale de l'islamologie juridique, de son essentialisme et de son évolutionnisme. Cette critique se fonde sur une définition du droit comme « système de normes et de pratiques qui interagissent » (p.2), ce qui englobe les droits étatique et non étatique. Le droit musulman correspond dès lors aux « diverses traditions juridiques qui ont été et continuent à être produites dans le but de faire partie du mouvement islamique », de manière pluraliste (coexistence avec d'autres traditions juridiques) aussi bien que polycentrique (multiplicité des groupes et des institutions islamiques concourant à sa production) (p.3). Pas de nature intrinsèque du droit musulman, donc, pas plus que des attributs nécessaires, mais seulement l'association consubstantielle de la communauté musulmane et de son système juridique (p.5). Au déterminisme de l'islamologie juridique, qui procède d'ailleurs de manière très comparable à l'orthodoxie islamique, il convient d'opposer une perspective contextuelle et contingente qui n'anthropomorphise ni ne réifie le droit musulman (p.41). Le droit musulman est, à ses débuts (terme à distinguer de celui d'origines), « un système juridique composite mélangeant des lois, des coutumes et des normes provenant d'une multitude de traditions » (p.84). Il convient donc de s'affranchir des catégories identitaires modernes qui font appartenir le droit à une « ethnie » (p.85) pour reconnaître l'hybridité intrinsèque du droit musulman aussi bien que son caractère original et autonome (et non emprunté et dérivé). Citant Marc Bloch, Lena Salaymeh rappelle le danger qu'il y a à confondre généalogie et explication (p.89). De manière comparable, il existe un danger à classer les droits en familles – aryenne vs sémite, par exemple – pour en faire découler de manière quasiment mécanique une série de conséquences ontologiques : au droit aryen, le sécularisme, l'État et la liberté ; au droit sémite, la théocratie, l'absence d'État et le despotisme (p.93). Cette façon de concevoir le droit musulman, dans ses relations aux droits romain, juif ou autre, induit des rapports de hiérarchie (en termes de pureté, de sophistication, d'originalité et même de vertu) qui sont indus (p.98). Pour l'auteure, les systèmes juridiques romain, juif et islamique ne s'inscrivent pas dans un jeu de dérivation linéaire, mais se sont nourris d'une culture juridique proche-orientale commune, modifiant leurs ordres normatifs sous l'effet de dynamiques à la fois internes et externes (p.102).

Le droit musulman n'a ni essence ni origine, mais une nature hybride, syncrétique et contingente : il est ce que les musulmans affirment qu'il est, de manière contrastée dans le temps et l'espace (p.103) ; il correspond à la légitimisation islamique de pratiques abrahamiques par le biais de toute une variété de stratégies herméneutiques (p.105). Le modèle évolutionniste de l'arbre généalogique s'efface au profit de celui du buissonnement sur un fond culturel partagé. Et le contexte sociopolitique devient essentiel pour rendre compte des changements, parfois radicaux, qui surviennent dans l'identification et l'interprétation des normes juridiques. Ainsi en va-t-il des trois cas d'étude explorés par Lena Salaymeh. Le premier est celui de l'exécution des prisonniers de guerre, dont le passage de l'interdiction dans l'Antiquité tardive à l'autorisation au Moyen Âge s'explique par une transformation de la donne géopolitique et sociétale. Le deuxième est celui de la circoncision, qui passe du statut de pureté rituelle à celle d'obligation juridique. Le troisième est celui du divorce à l'initiative de l'épouse, dont elle montre la progressive restriction sous l'effet de l'émergence d'une orthodoxie juridique. Au sujet de cette dernière, l'auteure insiste sur le fait que l'historiographie orientaliste et l'orthodoxie islamique se rejoignent dans « la conceptualisation des changements historiques

comme inévitables et corrects » (p.142). Toutes deux, de ce fait, adoptent un regard téléologique et rétrospectif qui ignore les effets de la contingence et justifie la perspective du vainqueur. Pourtant, l'orthodoxie est elle-même historicisable : elle est le résultat d'une lutte sociopolitique pour le pouvoir (p.162). Il conviendrait d'opposer à ces perspectives une conception de l'histoire qui mêle « contingence, changements cumulatifs, continuité et rupture » (p.147). La limitation du divorce à l'initiative de l'épouse, par exemple, n'est pas la conséquence inéluctable d'un prescrit coranique, mais l'élévation par les juristes médiévaux d'un précédent prophétique au statut de condition de consentement du mari ou de détermination d'une faute (p.179). « Le droit ne peut être démêlé de la société » (p.188). À ce titre, il est toujours influencé par différents éléments propres au contexte social. Il ne faut donc pas réduire la causalité aux seules influences d'un système juridique sur un autre, mais au contraire l'élargir à toute « la dialectique entre logique interne et circonstances sociopolitiques changeantes » (*ibid.*). S'il est ainsi arrivé que les juristes musulmans et juifs élaborent des schèmes juridiques comparables, ce n'est pas en raison de leur appui sur des textes et précédents identiques ni en raison d'emprunts réciproques, mais bien du fait « de pratiques coutumières comparables, de circonstances sociopolitiques et de la logique doctrinale de la culture juridique proche-orientale » (p.193). En somme, plutôt que d'être une entité distincte, unique, univoque et définissable, « le droit musulman est un espace intertextuel dans lequel les précédents historiques, l'exégèse et les opinions juridiques se façonnent les uns les autres » (p.201).

Autant nombre de critiques formulées par Lena Salaymeh sont fondées et susceptibles de faire progresser la réflexion à propos du droit musulman, autant ses bases conceptuelles sont fragiles. Sur un mode mineur, on peut en effet douter de l'existence d'une différence radicale entre la réflexion sur les origines du droit musulman et celle sur ses débuts, à moins de penser que le début de quelque chose ne se situe pas dans un contexte qui lui préexiste de peu. Sur un mode majeur, on doit s'interroger sur la définition du droit qui nous est proposée : un système de normes et de pratiques qui interagissent. Une telle définition est à la fois sur et sous-inclusive. Elle englobe tout système normatif, mais elle néglige toute une série de propriétés qui sembleraient essentielles à n'importe quel juriste. L'apanage de dire ce qu'est le droit ne revient peut-être pas aux juristes, mais il est gênant de leur proposer un tableau de leur fonds de commerce dans lequel ils ne se retrouvent pas du tout. En outre, cette définition assimile le droit à tout ordre normatif effectif, ce qui ne manque pas d'interroger sur le statut d'autres ordres normatifs tels que l'esthétique, le mystique, l'authentique, le scientifique.

La question de l'évolutionnisme aurait mérité d'être nuancée. Le schéma caricatural d'un droit sémitique opposé au droit aryen ou d'un cheminement linéaire conduisant par emprunts successifs des droits juif et romain au droit musulman doit assurément être écarté. Mais, d'une part, ce schéma est caricatural et peu représentatif de l'état de l'art contemporain. D'autre part, le contrepied que prend L. Salaymeh force exagérément le trait en excluant toute forme d'évolution. Ce qui est gênant dans l'évolutionnisme, c'est quand il prend un tour déterministe, quand il affirme qu'une évolution était inéluctable. En revanche, et comme le montre très bien Alain Testart¹, il ne devrait pas être problématique d'admettre qu'une institution est le produit de l'évolution d'une autre qui lui est antérieure, qu'un droit a connu une évolution, que le système de droit positif est le produit d'une évolution concomitante à l'apparition de l'État et à l'esprit de systématisation scientifique des Lumières. L'argument évolutionniste ne peut être hégémonique, mais son déni non plus. Il en va de même de la question des emprunts. Il est effectivement faux de prétendre, comme le fait Alexandre Papadopoulo dans le domaine de

¹ Alain Testart, *Avant l'histoire. L'évolution des sociétés, de Lascaux à Carnac*, Paris : Gallimard, 2012.

l'esthétique ², qu'il n'existe pas de droit musulman au motif que toutes ses composantes lui seraient étrangères. Il est en revanche parfaitement admissible de montrer qu'une institution comme celle de la *hisba*, entendue comme police des mœurs et des marchés, est historiquement un emprunt à Byzance, mais un emprunt qui, pouvoir intégrer la doctrine et la pratique islamiques, a dû passer au crible du verset coranique sur « la commanderie du bien et le pourchas du mal » ³. L'historien Alan Watson a montré en quoi pouvaient consister ces emprunts, qui prennent parfois la forme de vraies transplantations ⁴. En ce sens, reconnaître des emprunts n'implique pas le caractère falsifié ou dénaturé du droit emprunteur : le droit égyptien, par exemple, est totalement égyptien, quand bien même son histoire et ses pratiques le relieraient au droit civil français.

Dire, pour se sortir de l'impasse, que le droit musulman est, certes, islamique, mais aussi hybride et syncrétique obscurcit le problème plus qu'il ne le résout. En effet, d'une part, la notion d'hybridité suppose l'existence de deux entités équivalentes pouvant s'hybrider mutuellement. Il n'est pas sûr que les différentes entités qualifiées de « droit » (musulman, sassanide, juif, coutumier, romain, etc.) soient précisément de même nature, sinon à réifier indûment le concept de droit et à lui donner une extension abusive. D'autre part, le concept d'hybridité suppose les influences réciproques de deux entités conduisant à l'apparition d'une tierce. En ce sens, l'hybridation n'est qu'un faible substitut à l'emprunt ou au transplant, sinon qu'elle n'implique pas la domination d'une entité sur l'autre (chose sans doute souhaitable éthiquement, mais pas toujours évidente empiriquement). Par ailleurs, dire que le droit musulman a débuté au moment où les musulmans s'en sont revendiqués est une proposition admissible, à la condition toutefois que l'objet de la revendication puisse être empiriquement attesté, plutôt que d'être postulé par le chercheur. Ceci n'est possible qu'en donnant au concept de droit musulman une extension telle qu'il englobe toute forme de normativité en contexte musulman, quel que soit le lieu ou le temps (p.103). Le prix d'une telle dilution du concept est toutefois élevé, puisque celui-ci ne désigne plus rien de précis et, partant, ne permet plus de fonder la moindre analyse. Dire que le droit américain correspond à toutes les formes de normativités indexées sur le contexte américain ne nous dit rien sur ces normativités et ce qui les distingue, pas plus que ce que l'on désigne communément sous le vocable de « droit américain ».

Il arrive souvent que ce que Lena Salaymeh expulse par la grande porte revienne par la fenêtre. Ainsi fait-elle remarquer à très juste titre qu'en posant le droit musulman de l'époque classique en tant que paradigme, l'orientalisme juridique travaille sur la base d'une idée préconçue qu'il projette de manière anachronique sur des époques antérieures et postérieures. Mais c'est exactement le même travers téléologique qui la conduit à parler des systèmes normatifs indexés sur l'islam en termes de droit et de notions corollaires (la « technocratisation », la « bureaucratie », les « consommateurs des systèmes juridiques », l'« Etat », les « salaires », le « droit international », etc.). De la même façon, elle souligne avec pertinence une tendance à traiter des droits et des cultures en termes de propriété. Toutefois, elle ne fait que légèrement déplacer le problème quand elle propose le qualificatif d'« *Islamicate* » (qu'on pourrait traduire par la périphrase de « culturellement islamique ») pour expliquer qu'il ne s'agit pas d'une question de propriété mais de contexte. Ce faisant, en effet,

² Alexandre Papadopoulo, *L'islam et l'art musulman*, Paris : Mazenod, 2002.

³ Jacques Berque, *Le Coran. Essai de traduction*, Paris : Albin Michel, 1995.

⁴ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

elle indexe bien le contexte sur l'islam dont elle affirme *mezza voce* la prééminence sur d'autres facteurs culturels pertinents.

.