



La charia aujourd'hui : observations d'un historien

Christian Müller

► To cite this version:

Christian Müller. La charia aujourd'hui : observations d'un historien. Nathalie Bernard-Maugiron; Baudouin Dupret. Droits et sociétés du Maghreb et d'ailleurs. En hommage à Jean-Philippe Bras, Karthala, pp.153-178, 2023, Terres et Gens d'islam, 9782384091300. halshs-04181553

HAL Id: halshs-04181553

<https://shs.hal.science/halshs-04181553>

Submitted on 16 Aug 2023

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.

Copyright

[Christian Müller, « La charia aujourd'hui : observations d'un historien », à paraître sans la translittération scientifique dans *Droits et Sociétés du Maghreb. Hommage à Jean-Philippe Bras*, Baudouin Dupret et Nathalie Bernard-Maugiron (éds.), collection Terres et Gens d'islam, Karthala, Paris.]

« La charia aujourd'hui : observations d'un historien »

par Christian Müller

Les mots ont des significations et produisent des effets sur les hommes¹. Celui auquel je m'intéresse ici est « la charia » (*al-šarī'a* en arabe). L'importance de ce mot m'est apparue au cours de discussions sur les dimensions juridiques et constitutionnelles des printemps arabes de 2011². Plusieurs collègues contemporanéistes³ m'ont incité à réfléchir sur la signification de ce terme (charia) dans l'histoire du droit musulman. J'ai alors pu mesurer le changement profond de la pensée juridique au 13^e siècle. Ce changement, que j'appelle le « tournant chariatique », observé à travers des actes notariés arabes, m'a conduit à des conclusions fondamentales en ce qui concerne la construction du droit musulman⁴. Cette contribution est une tentative de poursuivre la réflexion entamée alors, à partir de mon regard d'historien, sur les phénomènes contemporains dans le domaine de la normativité islamique, dite « charia⁵ ».

Ce regard est nourri par la diversité des significations et notions liées à ce mot coranique au cours des siècles. Cette contribution s'intéresse donc aux expressions contemporaines de la « normativité islamique » sur divers plans - y compris le religieux et le sociétal - sans se limiter aux seuls mécanismes du droit, constitutionnel, civil ou pénal. Le

¹ Rétrospectivement, je mesure l'évidence : Jean-Philippe Bras m'a profondément marqué par sa générosité - humaine et intellectuelle -, son ouverture d'esprit et sa curiosité pour la découverte de nouveaux horizons. Lui, le professeur de droit public et le fin connaisseur de la période coloniale au Maghreb, s'est intéressé à mon séminaire sur l'histoire du droit des juristes musulmans anciens en 2008-2009. Depuis lors, il m'a ouvert des portes nouvelles, administratives, mais surtout intellectuelles. Son regard de juriste sur le passé du droit m'a énormément enrichi.

² Séminaire à l'IISMM/EHESS en 2012-13 : « Introduction au droit musulman : la shari'a dans l'histoire à travers les textes », coorganisé avec Jean-Philippe Bras (Université de Rouen) et Nathalie Bernard-Maugiron (IRD).

³ En particulier, Jean-Philippe Bras et Nathalie Bernard-Maugiron dans le cadre du séminaire précité, ainsi que Baudouin Dupret.

⁴ Ce qui a abouti à une nouvelle vision du droit musulman entre le 8^e-19^e siècle, cf. Christian Müller, *Recht und historische Entwicklung der Scharia im Islam*, De Gruyter : Berlin 2022.

⁵ Nathalie Bernard-Maugiron et Jean-Philippe Bras, *La charia*, Dalloz : Paris, 2015.

point commun aux diverses façons de comprendre « la charia » dès le début et tout au long de l'histoire est d'être proposée par Dieu, directement ou par la voie de ses prophètes, afin **d'être connue et suivie** par ses destinataires. Ceux-ci (le prophète Muḥammad, les musulmans ou les sujets du droit) et le contenu de la charia changent, mais la finalité pour laquelle Dieu a révélé la charia, elle, ne change – presque – pas : le salut des hommes en vue du jugement dernier (*yawm al-dīn*)⁶. Sur le plan historique, le phénomène marquant du droit casuistique des juristes musulmans a pris le nom de « charia purifiée » (*al-ṣarī'a al-muṭaḥḥara*) entre le 13^e et le 19^e siècle. Elle faisait alors partie du droit appliqué et sa normativité dépassait la sphère du religieux et avait une finalité différente.

Dans un premier temps, je résumerai les modes contemporains de référence à la charia et à son corpus de règles. Ensuite, je proposerai une analyse historique des mécanismes du droit des juristes assumant ainsi son autorité. Enfin, je reviendrai à la situation actuelle pour décrire la rupture contemporaine de l'ensemble des règles et des justifications interprétatives.

La multiplicité des références contemporaines à la charia et à ses règles

Aujourd'hui, comme dans le passé, la référence à la charia se fait dans un cadre large, celui de la « normativité islamique ». Celle-ci se manifeste sur le plan juridique, religieux et sociétal. Tenir compte de cette diversité nous permettra de mieux comprendre ce que « la charia » constitue, ou peut constituer, pour des musulmans aujourd'hui à travers le monde.

Le plan juridique est dominé par les institutions et l'ordre juridique, qui diffèrent d'un pays à l'autre. **Le plan religieux**, au sens du latin « *religio* », relève du rapport entre le croyant et Dieu. Il concerne donc la conviction intime de chaque personne qui se sent concernée, indépendamment de l'endroit où elle vit. Pour chaque croyant, pratiquant ou non, l'importance de la normativité dans « sa » religion peut varier. Réduire le système de la croyance « islam » au respect des règles dites de la charia ne reflète pas la pluralité des mouvances religieuses en Islam⁷, qui inclut des tendances antinomiques,

⁶ Les textes du 8^e siècle mentionnent le mot *ṣarī'a* et les dérivés de cette racine <ṣ r ' > souvent conjointement avec le mot « *dīn* », cf. Christian Müller, « La fabrique de la charia en Islam : actes notariés et épistémologie juridique à l'épreuve de l'histoire », dans : *80 ans de l'Institut de recherche et d'histoire des textes*, François Bougard et Michel Zink (éds), Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, Paris, 2019, p. 51-62, ici p. 57, note 21, pour les références aux sources.

⁷ Le mot « islam » en minuscule désigne la religion, « Islam » en majuscule la civilisation.

notamment dans la finalité suprême de la spiritualité soufie. L'importance donnée à l'observation des obligations rituelles par une certaine « orthodoxie » n'y change rien. **Sur le plan sociétal**, à savoir les interactions des individus au sein de la société, le poids des règles normatives est plus visible que sur le plan religieux, dès lors qu'il s'agit de manifester son appartenance à l'un ou l'autre groupe, musulman en l'occurrence.

Chacun de ces trois niveaux - juridique, religieux et sociétal - suit sa propre logique et produit des effets différents sur les personnes concernées : sujets du droit, croyants ou membres d'une communauté. Une règle de droit est appliquée par des institutions juridiques, indépendamment de son acceptation par le justiciable. Une règle religieuse trouve un écho dans les convictions du croyant. Elle peut également être transformée en pression sociale sur le plan sociétal. Cela dit, une même règle peut relever d'un système aussi bien juridique que convictionnel ou social.

Linguistiquement, la « normativité islamique » évoquée précédemment englobe deux termes : *charia* (*ṣarīʿa*) et *fiqh*. Le premier vise la Loi divine ou « révélationnelle » ; le deuxième désigne la compréhension, signification première du terme arabe, devenu plus tard synonyme d'interprétation humaine de la Loi divine sous la forme de la pensée juridique. Ce qui paraît être une distinction conceptuelle bien nette entre l'origine divine de la normativité islamique (*charia*) et l'activité humaine dans ce domaine (*fiqh*) ne l'est toutefois pas toujours dans les faits. L'attribution des règles dites « islamiques » à la *charia* ou au *fiqh* suit des usages multiples. Selon les circonstances, les individus concernés peuvent considérer une même règle comme une émanation de la *charia* ou du *fiqh*, en sachant que la première confère à cette règle un caractère sacré alors que la seconde en fait une règle forcément humaine.

Les références juridiques contemporaines à la *charia* et au *fiqh* peuvent se rencontrer à trois niveaux, selon une catégorisation du droit moderne ;

1) La référence à la *charia* comme source du droit, mentionnée dans les constitutions⁸, ou conçue comme un ensemble de dispositions (*aḥkām*) applicables par les tribunaux⁹.

⁸ N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia*, op. cit., p. 139-161 et en conclusion p. 161-164. En cas de conflit avec les lois promulguées d'un pays, la référence à la *charia* dans la constitution peut impacter la liberté du législateur. Cf. aussi Baudouin Dupret, *La charia. Des sources à la pratique, un concept pluriel*, Paris, 2014, p. 147-155.

⁹ Cf. notamment art. 48 de la Loi fondamentale de l'Arabie saoudite (1992), Franck Vogel, *Islamic Law and Legal System. Studies of Saudi Arabia*, Leyde, 2000, p. 3.

- 2) L'insertion de règles provenant du *fiqh* dans les codifications du droit de l'État-nation, avec une référence à son caractère islamique¹⁰.
- 3) L'acceptation des avis juridiques (sing. *fatwā*) émis par une instance (conseil de *fatāwā*) ou par une autorité érudite, soit au niveau du processus législatif¹¹, soit pour contraindre directement les tribunaux¹².

Loin d'être limitée au plan juridique, la fatwa constitue la forme par excellence d'expression contemporaine de la normativité islamique, avec ou sans référence explicite à la charia. Une fatwa peut régler un problème d'ordre général ou se référer à un cas individuel. À travers ces avis juridiques s'exprime l'opinion des muftis – la fatwa n'est pas le jugement d'un tribunal ; il ne s'agit donc pas de « jurisprudence » au sens juridique du terme en droit français.

Selon la pensée juridique musulmane, la fatwa n'est contraignante que pour la personne qui l'accepte. La décision d'un juge ayant repris une fatwa peut toutefois la rendre obligatoire pour les justiciables. Ceci est différent sur le plan religieux, où les règles ont un effet obligatoire direct. À partir du moment où un individu accepte l'autorité du mufti (et sa fatwa), la règle ou l'ordre exprimé par cette dernière devient contraignant pour lui, en tant qu'expression de la loi sacrée telle que l'autorité (le mufti) l'a interprétée.

De fait, le discours sur la normativité islamique (informelle ou formalisée) sous forme de responsa (*fatāwā*) existe au niveau local,

¹⁰ Exemples donnés dans N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia, op. cit.*, pour le droit pénal (p. 86-96) et le droit de la famille (p. 96-101) ; pour la « rénovation » interne du droit de la famille, *ibid.*, p. 101-104, et la diversité de la législation concernant la polygamie (p. 104-112) et formes de divorce (p. 112-137). Cf. aussi B. Dupret, *La charia, op. cit.*, p. 123-132. Quant aux champs du droit influencés par le *fiqh*, notamment le droit de la famille (mariage, divorce, garde et entretien des enfants, héritage) et les pénalités de *hadd*, cf. Mathias Rohe, *Das Islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München, 2e édition, 2009, p. 207-273 ; Wael Hallaq, *Sharī'a. Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, 2009, p. 443-499. Les enjeux du droit islamique moderne concernent notamment la polygamie, le droit des femmes au divorce et à l'héritage, ainsi que le statut des non-musulmans.

¹¹ C'est le cas en Iran avec le guide suprême, institutionnalisé dans la théorie de *velayet-e faqih*. Cf. notamment Antonia Fraser Fujinaga, « Islamic Law in Post-Revolutionary Iran », in Anver M. Emon et Rumea Ahmad (éds), *The Oxford Handbook of Islamic Law*, 2018, p. 609-651.

¹² Cf. l'exemple de la Malaisie qui a rendu contraignantes les fatwas publiées dans le Journal officiel - contrairement au Pakistan, cf. Mehmood Muhammad Ifzal, Siddiq Ali Chishti et Muhammad Junaid Mughal, « Islamic concept of Fatwa, Practice of Fatwa in Malaysia and Pakistan : The Relevance of Malaysian Fatwa Model for Legal System of Pakistan », *International Research Journal of Social Sciences*, vol. 4 (9) 2015, p. 46-51, ici p. 47 et s. Pour la situation en Arabie saoudite, entre droit écrit (*niẓām*) et interprétation de la charia (non codifiée) par les oulémas, cf. N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia, op. cit.*, p. 90s., et F. Vogel, *Islamic Law and Legal System, op. cit.*

national et international (notamment à travers internet), dans les pays majoritairement musulmans, mais aussi dans des pays occidentaux¹³. Le phénomène « fatwa » est très varié, mais n'est étudié que de façon ponctuelle¹⁴. On y voit surtout la volonté d'adapter les règles dites sacrées à une situation contemporaine. La fatwa joue un rôle majeur dans la définition des pratiques liées au culte et dans la conduite d'une vie « selon l'islam », dans des circonstances nouvelles ou inconnues. Une mise en garde s'impose : malgré l'importance de ce phénomène de nos jours, nous devons le relativiser par rapport à la religion de « l'islam », qui est multiple et ne se limite pas à cet aspect normatif.

La fatwa joue aussi un rôle important dans des contextes que je qualifierais de « politico-idéologiques », au sens d'une démarcation radicale entre des groupes et des convictions prenant l'ascendant sur toute autre considération¹⁵. Cette démarche se distingue d'une intention purement juridique ou religieuse, en reléguant ces aspects au second plan derrière la démarcation entre groupes sociaux. L'usage politique de la charia est présent de manière percutante et simplificatrice (« application de la charia ») chez les mouvements jihadistes ; il est réducteur de par sa finalité qui se limite à « combattre les infidèles » et à recourir à des règles strictes comprises de manière simpliste. Parmi les exemples récents figurent l'État islamique en Irak et en Syrie, les Talibans en Afghanistan, ou encore Boko Haram dans le Sahel.

¹³ Cf. Dupret, *La charia. Des sources à la pratique*, op. cit. p. 157-174 ; traité dans N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia*, op. cit., « Débat public occidental » p. 165 et s., avec notamment la réaction des systèmes juridiques occidentaux, p. 171-202.; cf. Alexandre Caeiro, « Transnational 'Ulama, European Fatwas, and Islamic Authority: A Case Study of the European Council for Fatwa and Research », in Martin van Bruinessen & Stefano Allievi (éds.), *Production and Dissemination of Islamic Knowledge in Western Europe*, London, Routledge 2011, p. 121-141. Récemment, des penseurs musulmans ont établi une nouvelle forme d'interprétation dite « des minorités » (*fiqh al-aqalliyāt*), cf. notamment M. Rohe, *Das Islamische Recht*, op. cit., p. 388 et s.

¹⁴ Pour une vision musulmane cf. Zulfiqar Ali Shah (éd.), *Iftā' and Fatwa in the Muslim World and the West*, London and Washington, The International Institute of Islamic Thought, 2014, p. 1-10 et s., avec Alexandre Caeiro, « Ordering Religion, Organizing Politics: The Regulation of the Fatwa in Contemporary Islam », in *ibid.*, p. 73-88 ; l'ouvrage fondamental reste Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick et David S. Powers (éds.), *Islamic Legal Interpretation. Muftīs and their Fatwas*, Cambridge/Mass, Harvard University Press, 1996. Pour les nouvelles formes sur internet, cf. notamment Saminaz Zaman, « From Imam to Cyber-Mufti: Consuming Identity in Muslim America » in *The Muslim World; Hartford*, 98, n° 4, 2008, p. 465-474 ; Khalil Rinnawi, « 'Instant Nationalism' and the 'Cyber Mufti': The Arab Diaspora in Europe and the Transnational Media », in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 38, 2012, p. 1451-1467 ; Sabine Damir-Geilsdorf & Leslie Tramontini, « Renegotiating Shari'a-Based Normative Guidelines in Cyberspace - The Case of Women's 'awrah », in *Heidelberg Journal of Religions on the Internet*, 9, 2015, p. 19-44.

¹⁵ Cf. B. Dupret, *La charia*, op. cit., p. 155 et s.

En résumé, la référence à la charia, explicite ou implicite¹⁶, s'opère au plan juridique par l'adoption de législations dans des systèmes de droit nationaux¹⁷, où elle apparaît en tant que source du droit dans les constitutions ou sous forme de jurisprudence interprétative à travers des fatwas, ainsi que comme référence essentiellement politique dans un contexte jihadiste.

Malgré cette pluralité de fonctionnement sur le plan juridique, religieux ou social, la base intellectuelle et la raison sous-jacente à la référence à la charia restent les mêmes : l'idée fondatrice d'une normativité voulue par Dieu¹⁸ pour les musulmans en particulier, mais pas seulement. Dans ce contexte, il devient fondamental pour tous les acteurs impliqués de rendre « la charia » effective et/ou adaptée à la vie actuelle. Cela dit, les réponses matérielles à ce défi peuvent varier considérablement selon les acteurs, et les effets ne se limitent pas à un plan strictement juridique. J'insiste d'autant plus sur la pluralité des effets à une échelle variable qu'elle explique notamment l'importance des fatwas prononcées sur des questions extrajuridiques et l'impact social ou individuel qu'elles peuvent avoir sur les personnes qui ont demandé un tel avis religieux.

La charia, un corpus de règles clos ou ouvert ?

Appliquer ou interpréter la charia ? Cette question renvoie à une différence fondamentale dans la perception de ce que signifie « la charia » aujourd'hui et dans le passé. Le slogan « il faut appliquer la charia » renvoie à un canon de lois limité en nombre ou connu dans son ensemble, qu'il faudrait utiliser - à savoir « appliquer » - pour évaluer et juger les différentes situations qui se présentent. C'est un slogan issu de la pensée réformatrice qui se rapproche de la pratique juridique de la période moderne basée sur un droit codifié. Les juristes de la période prémoderne, désignons-les par leur nom en arabe «*fuqahā'*» pour les distinguer des juges, avocats ou

¹⁶ Baudouin Dupret propose une typologie du recours à l'islam dans les droits contemporains en distinguant 1) « substantialisation » ou l'islam devient l'objet du contentieux, 2) « instrumentalisation » de l'atteinte à l'islam dans l'ordre public, 3) « survalidation », sous forme de recours à des motivations de la charia, et 4) « invalidation » d'une loi positive supposée être en contradiction avec la charia, *Au nom de quel droit : Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Maison des sciences de l'homme/CEDEJ/LGDJ, Le Caire, 2000, p. 114-121.

¹⁷ Pour un résumé du champ juridique des dernières décennies cf. notamment Delfina Serrano-Ruano, « *Fiqh and Legislation in the Middle East and Africa* », in Muhammad Khaled Masoud et Hana Jalloul Muro (éds), *Sharia Law in the Twenty-First Century*, World Scientific Publishing Europe, New Jersey, 2022, p. 105-139.

¹⁸ Sur l'expression de cette idée aujourd'hui, cf. notamment Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law. An Introduction*, Oneworld Publications, Oxford 2008, p. 14.

professeurs modernes, ne considéraient pas la charia - à savoir la normativité voulue par Dieu - comme entièrement accessible à l'Homme. Par conséquent, ils affirmaient se limiter à son interprétation et non à son application. Cela explique notamment la phrase que l'on trouve souvent à la fin des avis juridiques « et Dieu est plus Savant ! » (*wa-llāhu a'lamu*). Lorsque les *fuqahā'* se basaient sur une « disposition chariatique » (*ḥukm šar'ī*)¹⁹ dans leur réponse sous forme de fatwa, ils prenaient en considération différents aspects circonstanciels de la casuistique, inclus dans cette disposition de façon amalgamée (*muğmal*), afin de formuler un avis dans un cas particulier. Ceci pour dire qu'ils « n'appliquaient pas » la disposition chariatique dans son ensemble telle qu'elle était définie juridiquement sur un plan universel²⁰. Cette construction juridique complexe des règles chariatiques a constitué l'un des obstacles majeurs à la réforme du fiqh au 19^e siècle. La promulgation d'un code de droit civil par les autorités ottomanes en 1879 (la Mejelle) marque une étape importante dans le changement d'un droit des *fuqahā'* - appelé charia à l'époque - vers un droit codifié.

La différence entre règles connues d'un canon à appliquer et recherche d'une règle « en convergence avec la charia » se manifeste à travers la quête de légitimation pour des règles dites « islamiques », notamment sur les plan religieux et sociétal, comme évoqué auparavant.

Quelles règles proviennent de la charia ou sont légitimées par elle ?

Aujourd'hui, beaucoup de musulmans ont le sentiment de pouvoir connaître la charia grâce au Coran et aux traditions prophétiques. Ils considèrent leur pratique des devoirs cultuels, comme les cinq prières quotidiennes, le jeûne ou encore le pèlerinage et l'aumône, comme essentielle pour l'observation de la charia et de ses règles. Or, la seule connaissance des textes coraniques et prophétiques ne suffit pas pour

¹⁹ L'histoire du terme *ḥukm šar'ī* remonte à la fin du 10^e siècle dans l'herméneutique des fondements (*uṣūl al-fiqh*). Là, il désigne d'abord la taxonomie charaïque des actes humains au 11^e siècle et se transforme en « disposition chariatique » au 13^e siècle désignant une agglomération des règles juridiques (dans le droit matériel, *furū'*) légitimée par la « recherche des indicateurs » (*istidlāl*), pour être finalement compris comme « règle de la charia » à partir du 20^e siècle. Le mot *šar'ī* c'est l'adjectif pour « *al-šar'* » (Loi englobant la révélation divine et les actions législatives du prophète au nom de Dieu). En revanche, j'utilise la traduction « chariatique » pour le même adjectif quand il se réfère à la charia (*al-šarī'a*) en tant que système de règles juridiques. Cf. notamment C. Müller, « La fabrique de la charia », *art. cit.*, p. 55 et s.

²⁰ Sur la construction d'une « disposition chariatique » après le 13^e siècle cf *ibid.*, p. 61, et C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 241-251.

comprendre la normativité islamique et son devenir, qui s'avèrent bien plus complexes que cette image réductrice ne le fait accroire.

Certes, au niveau du Coran, bon nombre de versets contiennent des règles explicites avec des interdictions et des prescriptions. Cependant, ces énoncés ne sont pas tous considérés comme des règles contraignantes²¹ ou sont formulés de façon trop générale pour pouvoir servir comme telles²². Ceci pour dire que le texte coranique compris littéralement ne reflète pas la normativité islamique acceptée majoritairement à l'époque prémoderne²³.

Se pose donc la question de la méthodologie : comment interpréter le texte coranique en vue de la normativité exprimée par Dieu et la transformer en règles normatives ? Les *fuqahā'* ont formalisé cette théorie herméneutique dans les *uṣūl al-fiqh* (fondements de la compréhension juridique), science qui inclut également l'étude des traditions prophétiques (*ḥadīth*), en vue de constater une *sunna* (loi, coutume vertueuse) prophétique. À l'interprétation du contenu d'un hadith s'ajoute la question de sa transmission et donc de sa fiabilité. Dans le passé, les savants sunnites avaient élaboré une liste de critères et classé les différents types de transmission des premiers siècles. Pour les chiites de l'époque, les traditions de leurs leaders spirituels descendants du prophète, les imams, avaient la même importance que les traditions prophétiques, et ils refusaient en général d'accepter celles transmises par la plupart des compagnons du prophète, hostiles au califat de leur premier imam, 'Alī. Le chiisme duodécimain se réfère certes à quatre livres de traditions canoniques, mais elles ont un poids moindre dans l'herméneutique de la Loi sacrée que pour les sunnites, puisque la théorie duodécimaine reconnaît la possibilité pour le nouvel imam de modifier les règles juridiques édictées par l'un de ses prédécesseurs.

Certains penseurs musulmans contemporains ont élaboré une vision de ce que sont les règles de la charia et des moyens d'accéder à leur connaissance, en partant du texte coranique et des traditions prophétiques dites « établies (*tābit*)²⁴ ». On peut y retrouver plusieurs

²¹ Le verset sur le traitement de l'adultère par l'homme et la femme Q:24:2, prévoit la flagellation, sans mentionner la lapidation, pourtant retenue par les *fuqahā'* comme peine de *ḥadd* pour certaines formes de ce délit dit coranique. D'autres versets mentionnent une punition sévère dans l'au-delà, Q:17:32 et Q:25:68s.

²² Les nombreux versets coraniques invitant à la prière ne permettent pas de définir une obligation de prier cinq fois par jour. De plus, aucun hadith à lui seul ne mentionne explicitement l'obligation des cinq prières quotidiennes.

²³ Cf. notamment les versets sur la punition du vol et le partage de l'héritage, dont les énoncés sont pleinement intégrés dans le droit des *fuqahā'*, C. Müller, *Recht, op.cit.*, p. 430 et s. et p. 376-380.

²⁴ Pour une présentation récente de « la charia » et de son potentiel d'adaptation cf. M. H. Kamali, *Shari'ah Law, op. cit.* ; pour une recension des différentes approches

approches herméneutiques qui ne font pas l'unanimité et qui se contredisent dans leurs résultats. C'est le cas ainsi de l'approche littéraliste des textes, du recours aux *uṣūl al-fiqh* et notamment au consensus et à l'analogie, ou encore du raisonnement sur la base des « objectifs de la charia » (*maqāṣid al-ṣarī'a*).

Deux positions s'opposent sur le plan idéologique, avec des conséquences juridiques différentes : a) appliquer la charia et ses lois connues ou b) adapter la normativité islamique à la modernité.

a) Pour les premiers, les lois coraniques et prophétiques constituent la charia immuable et doivent être appliquées littéralement en tant que Loi divine. Même si le nombre de ces énoncés coraniques et prophétiques est relativement limité, leur application à la lettre peut produire des effets néfastes dans les sociétés concernées – à moins de considérer la lapidation, l'amputation et l'exclusion des femmes de l'enseignement comme émanant de la volonté divine. L'application de ces règles sans modération juridique relève surtout de l'idéologie, sans se préoccuper d'une bonne gestion de la société. Sur le plan juridique, cette démarche peut aussi accorder une grande marge de manœuvre aux « interprètes de la charia », en raison du nombre réduit de règles sacrées connues et contraignantes. Ce vide est souvent rempli par des « coutumes islamiques » qui deviennent une source secondaire du droit.

b) Adapter la normativité islamique en se servant du texte coranique et des traditions pour trouver de nouvelles règles plus adaptées à la vie actuelle constitue une facette de l'approche réformiste depuis le début du 20^e siècle. Il semble plus difficile alors de déterminer ce que sont les « règles de la charia », puisque le caractère contraignant ou non d'un énoncé au sein des textes sacrés devient lui-même objet de la pensée réformiste.

Dans la pensée contemporaine, l'adaptation des règles à des circonstances changeantes est considérée comme un « effort du raisonnement juridique » (*iğtihād*). La distinction entre charia (Loi sacrée) et *fiqh* (compréhension juridique) apparaît dans ce contexte comme un clivage entre deux entités ontologiques séparées qui renvoie à la différence susmentionnée entre « appliquer la charia » et « adapter la normativité islamique ». Dans la pratique, cependant, l'exercice des obligations religieuses cultuelles, dites de la charia, ne peut se passer des règles établies par la pensée juridique et

contemporains au Coran et au hadith cf. Rainer Brunner, « Quelques débats récents autour du hadith en islam sunnite », dans Daniel de Smet et Mohammad Ali Amir-Moezzi (éds.) *Controverses sur les écritures canoniques de l'islam*, CERF, Paris, 2014, p. 373-428.

cautionnées au sein des écoles juridiques depuis des siècles²⁵. Connaître les règles des écoles juridiques, jadis dispersées dans une littérature d'autorités à différents niveaux et d'un accès complexe, est aujourd'hui facilité par l'encyclopédie koweïtienne *al-Mawsū'a al-fiqhiyya*. Celle-ci donne un répertoire des règles juridiques, classées par thème et termes juridiques, qui précise le groupe doctrinal ayant soutenu telle ou telle règle²⁶. Par conséquent, il n'est plus nécessaire d'être un *faqīh*, fin connaisseur de la pensée juridique, pour connaître toutes les règles sur un sujet particulier (ou tout au moins celles regroupées dans l'encyclopédie). Par contre, une telle approche contemporaine des règles traditionnelles du *fiqh* ne correspond pas aux méthodes juridiques que les *fuqahā'* utilisaient pour délimiter les contours de la charia (cf. *infra*). Nous sommes donc ici face à une rupture méthodologique importante avec le passé²⁷.

Interpréter la charia aujourd'hui

Dans le cadre d'un discours islamique contemporain, tant sur le plan juridique que religieux, chaque règle - nouvelle ou ancienne - doit être justifiée individuellement par rapport aux « fondements de la compréhension » (*uṣūl al-fiqh*), tels que les réformistes l'ont entendu et défini depuis le tournant du 20^e siècle²⁸. Cette théorie utilise le texte coranique et les traditions prophétiques, ainsi que des notions connues du *fiqh* comme l'*iğtihād* (effort de compréhension), le *qiyās* (raisonnement analogique) et l'*iğmā'* (consensus). Les réformistes²⁹ permettaient aux interprètes de la Loi de trouver de nouvelles règles en faisant « un effort de raisonnement juridique » (*iğtihād*), notamment sur la base de l'herméneutique des fondements, qu'ils

²⁵ Mentionnons notamment l'exemple de quand et comment faire ses cinq prières quotidiennes ou encore les règles liées au pèlerinage *ḥağğ*, qui sont définies dans la casuistique juridique sans être toutes détaillées dans le Coran et dans les Traditions prophétiques.

²⁶ *al-Mawsū'a al-fiqhiyya*, 45 vols, éd. Wizārat al-awqāf wa-l-šū'ūn al-islāmiyya, 2e édition Kuwayt 1983- 2006, sous forme de PDF accessible sur le web.

²⁷ Sur la différence méthodologique entre la méthode du *fiqh* prémoderne et l'usage des codes en droit moderne - en considérant *al-Mawsū'a al-fiqhiyya* comme un code de règles - cf. notamment Léon Buskens, « Islamic Commentaries and French Codes : The Confrontation and Accommodation of Two Forms of Textualization of Family Law in Morocco », in Henk Driessen (éd), *The Politics of Ethnographic Reading and Writing: Confrontations of Western and Indigenous Views*, Fort Lauderdale, Plantation, 1993, p. 65-100.

²⁸ Cf. 'Abd al-Wahhāb al-Hallāf (1888 - 1956), *'Ilm uṣūl al-fiqh*, Maktabat al-da'wa al-islāmiyya, Kairo s.d., Subhi Mahmassani, *Falsafat al-taṣrī' fī l-islām*, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam* (trad. angl. Farhat Ziadeh), Leyde, 1961 ; Birgit Krawietz, *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, Berlin, 2002, sur l'enseignement des facultés de charia : M. H. Kamali, *Shari'ah Law. op. cit.*

²⁹ Pour un bref aperçu de la pensée réformatrice cf. notamment N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia, op. cit.*, p. 59-84.

interprétaient comme l'outil de légitimation des règles par le recours aux « sources scripturaires » (Coran et Sunna). Cette vision est profondément intégrée aujourd'hui dans l'imaginaire sur la charia en tant que « fondement de la charia ». Et pourtant, il n'y a pas consensus sur la façon de légitimer de nouvelles règles au sein de la normativité islamique. Nous pouvons schématiser les différentes approches comme suit³⁰ :

- considérer les textes sacrés - Coran et Sunna, - comme des prescriptions normatives : c'est une approche fondamentaliste qui utilise le raisonnement déductif. Il y a deux manières de rendre cette approche fonctionnelle aujourd'hui. La première consiste à interpréter ces « dispositions » (*aḥkām*) en fonction des circonstances nouvelles³¹. La deuxième propose de codifier la Sunna du Prophète et d'élargir ainsi le corpus du hadith accepté et de lui donner le statut de « législation³² ». Cette approche fondamentaliste des textes, aussi appelée « *ijtihād* scripturaire³³ », présente l'avantage - au moins pour le croyant - que sa simplicité ne requiert aucun recours à des considérations complexes : seule l'authenticité de la source et l'analogie du contenu déterminent la nouvelle règle.

- adapter une règle existant dans la tradition juridique à une nouvelle situation : c'est une approche traditionaliste ouverte à plusieurs outils herméneutiques - notamment circonstanciels - mais aussi au choix entre différentes écoles (*taḥayyur*) et au mélange des règles (*taḥfīq*). Elle utilise les outils de l'analogie (*qiyās*) et du consensus des compagnons (*iğmā' al-ṣaḥāba*) pour transposer une règle existante vers une situation nouvelle. Face au poids des origines, l'identification des opinions juridiques anciennes (des trois premiers siècles) que les *fuqahā'* ont liées à des versets coraniques confère une

³⁰ Ma réflexion ici est nourrie par le matériel rassemblé et étudié par Yannis Mahil dans sa thèse de doctorat sous la direction de Moussa Abou Ramadan, soutenue le 30 septembre 2021 à Strasbourg intitulée « *Les mécanismes herméneutiques contemporains de réforme du droit musulman* ». Pour Mahil toute nouvelle interprétation est une des formes de l'*ijtihād* contemporain. Ceci inclut le renouveau des outils classiques, notamment le *qiyās* et l'*iğmā'*, p. 320-384.

³¹ L'effort interprétatif des sources scripturaires selon le contexte (*iğtihād siyāqī*), Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains*, op. cit., p. 214-240; signalons notamment la fameuse interdiction de la polygamie par Muhammad 'Abdūh (m. 1905) en raison de l'absence d'un traitement égal des épouses par leur mari, stipulé par le texte coranique.

³² L'effort est connu sous l'expression « *taqnīn al-ḥadīṭ* », cf. notamment Wahba al-Zuhaylī (1932-2015), *Ġuhūd taqnīn al-fiqh al-islāmī*, Mu'assasat al-risāla, Beyrouth, 1408/1987 ; al-Sayyid Sābiq (1915 – 2000), *Fiqh al-sunan*, Le Caire 1954. Les *fuqahā'* anciens n'ont jamais considéré le hadith comme un corpus clos de normes obligatoires. Cf. aussi Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains*, op. cit., p. 451-485.

³³ *Ibid*, p. 427 et s.

coloration « fondamentaliste » à la tradition juridique, notamment celle de l'école ḥanafite³⁴.

- créer une nouvelle règle en se référant aux intentions ou « objectifs de la charia » (*maqāṣid al-ṣarī'a*)³⁵ : c'est une approche téléologique qui présuppose la connaissance de ce qu'est « la charia ». Elle s'oriente à partir des textes du Coran et du hadith dans leur ensemble, en induisant des règles adaptées à la situation contemporaine³⁶.

- une autre forme d'argumentation inductive, souvent liée dans les débats contemporains aux « objectifs de la charia » susmentionnés consiste en la référence aux « bienfaits de la charia » (*maṣāliḥ al-ṣarī'a*), en partie sans appui textuel, qui restent donc sujet à interprétation.

- argumenter avec un ou plusieurs « préceptes juridique » (*qā'ida*, pl. *qawā'id*) pour formuler une règle. Cette théorie a joué un rôle important à partir du 13^e siècle³⁷. Sur le plan pratique, l'approche utilise également un raisonnement inductif, notamment en recourant à l'argument de la nécessité (*ḍarūra*) pour lever une interdiction³⁸. Un exemple tiré de l'économie contemporaine est le fait d'autoriser la

³⁴ Ceci se fait notamment dans le projet « Linked Open Tafsir », dirigé par Serdar Kurnaz (Berlin) en lien avec le Tafsīr d'al-Ṭabarī (m. 310/923), <https://tafsirtabari.com/> (en arabe) et <https://linkedopentafsir.de/fachwissenschaftliche-forschungsbereiche/> (consulté le 11/10/2022). Pour une approche moderne de tendance hanafite cf. notamment Al-Sa'dī, 'Abd al-Malik et alii, *al-Madḥal ilā al-fiqh al-islāmī wa uṣūlihi*, édité par Markaz anwār al-'ulamā' lil-dirāsāt, World League of Hanafi Scholars, réimpression 2022.

³⁵ Instaurée par al-Gazālī au 11^e siècle, la théorie des *al-maqāṣid al-ṣar'iyya* est pleinement développée par al-Šāṭibī au 14^e siècle dans son ouvrage *al-Muwāfaqāt fī uṣūl al-ṣarī'a*, cf. Felicitas Opwis, *Maṣlaḥa and the Purpose of the Law : Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, Leyde et alii, 2010.

³⁶ Cf. notamment Idris Nassery, Ahmed Rumei et Muna Tatari (éds.), *The Objectives of Islamic Law. The Promises and Challenges of the Maqāṣid al-Sharī'a*, Londres, 2018. La méthode n'est pas sans faiblesse et devient souvent associée à la méthodologie des fondements (*uṣūl al-fiqh*), Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains*, op. cit., p. 166-180.

³⁷ Cf. Intisar Rabb, *Doubt in Islamic Law. A History of Legal Maxims, Interpretation, and Islamic Criminal Law*, Cambridge, 2015 ; pour une typologie cf. Heinrichs Wolfhart, « Qawā'id as a Genre of Legal Literature », in Bernard Weiss (éd.), *Studies in Islamic Legal Theory*, Leyde, 2002, p. 365-384. Pour l'usage contemporain cf. 'Abd al-Malik al-Sa'dī et alii, *al-Madḥal ilā al-fiqh al-islāmī wa uṣūlihi*, éd. Markaz anwār al-'ulamā' lil-dirāsāt, World League of Hanafi Scholars, réimpression, 2022, p. 170-185.

³⁸ Cf. notamment Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains*, op. cit., p. 233 et s. avec quelques exemples ; al-Sa'dī et alii, *al-Madḥal ilā al-fiqh al-islāmī*, op. cit., p. 179.

vente de différentes monnaies (« or » contre « or » ou « argent » contre « argent ») et certains contrats d'assurance « par nécessité ».

Aujourd'hui, pour les adeptes de la charia, cette pluralité d'approches présente des avantages et des inconvénients. Elle permet, d'une part, une variabilité de solutions pour ceux qui y adhèrent, notamment sur le plan religieux. De plus, un législateur peut s'en servir afin d'amender des lois qu'il jugerait contraires aux circonstances présentes³⁹. Par contre, cette pluralité ne crée, ni ne suit, de méthode permettant d'évaluer et de classer les différentes approches, qui déciderait laquelle appliquer en cas de solutions conflictuelles. Ceci pose la question de l'autorité et de la « chaîne de contrôle » dans un contexte extrajuridique.

La pratique d'interprétation contemporaine, sous forme de *fatwā* individuelle ou collective (selon l'*ig̃tihād ǧamā'ī*)⁴⁰, ne peut être coercitive sans un ancrage institutionnel, notamment au niveau national⁴¹. Il lui manque une argumentation de logique intérieure, telle qu'une hiérarchie des règles au sein d'un système dans lequel elles seraient imbriquées et se renforceraient mutuellement. Ceci a pourtant été le cas dans le système casuistique des dogmes des écoles juridiques avant les réformes – ce qui a d'ailleurs rendu leur adaptation quasi impossible.

Pour clore cette réflexion sur la variété des approches actuelles – aujourd'hui appelées « le *fiqh* » – il faut souligner qu'elles sont souvent focalisées sur l'interprétation du texte coranique, considéré comme l'expression de la révélation divine. Les différentes formes d'argumentation susmentionnées sont toutes utilisées à égalité dans la discussion contemporaine – l'une étant parfois privilégiée par un groupe ou par un autre – sans qu'il y ait de théorie juridique hiérarchisant les approches et renforçant la légitimité de l'ensemble. Ceci affaiblit considérablement l'acceptation de nouvelles règles au-delà des seuls convaincus. Il reste une impression d'arbitraire ou d'éclectisme, surtout pour des solutions éloignées des traditions dites « islamiques ».

Par ailleurs, cette situation actuelle d'usages pluriels n'explique pas comment la pensée juridique a pu prendre une telle importance au sein des sociétés musulmanes et être propulsée en première ligne de

³⁹ Cf. l'argumentation du législateur marocain dans la réforme du droit de la famille (Moudawwana) en 2004, Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains* op. cit., p. 115-122, particulièrement p. 121 et s.

⁴⁰ Y. Mahil, *Les mécanismes herméneutiques contemporains*, op. cit., p. 21-85 pour le terme et sa justification.

⁴¹ Cf. l'exemple de la Malaisie qui a rendu contraignantes les fatwas publiés au Journal officiel, contrairement au Pakistan, supra, note 12.

l'identité religieuse. L'explication doit venir d'ailleurs, notamment d'un regard historique sur l'évolution de la pensée juridique au sein des systèmes de droit positif en terre d'Islam.

Le regard de l'historien

De nos jours, l'histoire du droit musulman est appréhendée essentiellement selon les critères de l'herméneutique juridique sur les « fondements du droit », à savoir le Coran, la Sunna du Prophète, le consensus et le raisonnement par analogie. De cette vision découle une chronologie de la charia qui remonte à la révélation coranique et à la pratique du Prophète, complétée postérieurement par les dogmes des écoles juridiques. Cette chronologie a été propagée par des savants musulmans depuis le début du 20^e siècle, dans la foulée du réformisme musulman et de son retour aux sources⁴². Selon cette vision, le droit islamique aurait été installé dès le temps du prophète Muḥammad au 7^e siècle dans son essence et dans certains détails. Deux arguments historiques s'y opposent pourtant : les acteurs de ce droit, les *fuqahā'*, et l'historiographie de la période prémoderne ne partagent pas cette vision. Ils distinguent clairement plusieurs phénomènes : l'évolution de la pensée juridique dès la fin du 7^e siècle, la mise en place du corpus de hadiths au 9^e siècle, sans nier l'importance de l'herméneutique juridique à partir du 10^e siècle⁴³. Deuxièmement, la signification du mot « charia » a évolué au cours des siècles⁴⁴. Il paraît donc exclu qu'aux premiers siècles de l'Islam, les musulmans aient eu le même rapport à la charia que celui que nous connaissons aujourd'hui. En effet, au début la charia avait une signification d'ordre métaphysique, celle d'une voie donnée par Dieu vers le salut dans l'au-delà, sans viser de règles précises. Ceci a changé avec le temps. La notion de « règle de la charia » (*ḥukm al-šarī'a*) apparaît dans les textes à partir du 10^e siècle et la représentation du droit des écoles juridiques par le mot « charia purifiée » (*al-šarī'a al-muṭahhara*) à partir du 13^e siècle seulement. Et pourtant, il existe une tradition juridique écrite qui remonte au 8^e siècle, quelques recueils d'avis (juridiques) des compagnons du Prophète et des générations suivantes, de grandes collections des traditions prophétiques au 9^e siècle, ainsi que des recueils d'imams chiites au 10^e siècle, sans parler du texte coranique connu sous forme de la vulgate, attribué au troisième calife Uthman (r. 644-656) par la tradition musulmane. Ces sources-là seraient-elles plus anciennes que

⁴² Cf. notamment Muḥammad al-Ḥudārī (1872-1927), *Tārīḥ al-tašrī' al-islāmī* (publié en 1920), réimpression Dār al-fikr, Le Caire, 1967 (et d'autres).

⁴³ Cf. notamment les chapitres sur le *fiqh* et le hadith dans la *Muqaddima* d'Ibn Ḥaldūn.

⁴⁴ C. Müller, « La fabrique de la charia », *art. cit.*

la notion de charia en tant que droit et/ou normativité islamique ?
Comment le prouver et quelles conclusions en tirer par rapport à la
notion de charia aujourd'hui ?

Le regard de l'historien sur le droit musulman vise à expliquer les mécanismes permettant aux *fuqahā'* et autres savants musulmans d'établir, dans la durée, l'autorité sacrale des règles juridiques. La casuistique juridique sert jusqu'à aujourd'hui à définir notamment des devoirs culturels tels que la prière ou le pèlerinage. L'historien explore ce qui a fait « la charia » et quels sont les mécanismes contrôlant la transmission et la validation des règles au sein d'un droit positif, porté par des écoles juridiques, véritables corporations professionnelles depuis le 10^e siècle⁴⁵. Ses outils sont les textes littéraires et les vestiges de la pratique provenant de différentes périodes, depuis le début de ce qu'on peut qualifier d'expression d'une « normativité islamique » aux 7^e et 8^e siècles. L'historien étudie les sources dans une perspective chronologique sous l'angle du fonctionnement interne, à savoir le travail des juristes et des juges. Il arrive à déconstruire ainsi l'accumulation progressive de la légitimité juridique et religieuse. Cette méthode lui permet d'avoir un regard sur les coulisses, pour déterminer comment les choses se sont mises en place dans le passé. Ce qui nous intéresse particulièrement ici, par rapport à la situation contemporaine, ce sont les outils juridiques : comment construire et valider des règles pour arriver à la doctrine de chaque école, véritable corpus de règles sacrées, mais qui n'était pourtant pas le seul élément pris en compte dans la pratique du droit musulman prémoderne.

Ce regard « historisant » diffère du regard porté par les juristes contemporains sur la charia. Ancrés entièrement dans le présent, les juristes partent du **constat** d'une sacralité, telle qu'elle est acceptée largement dans les populations et propagée aujourd'hui par bon nombre de penseurs musulmans. La charia sacrée, acceptée comme entité atemporelle et comme ensemble de normes figées et immuables, devient une ressource législative et juridique dans certains contextes⁴⁶. La chronologie des sources, par contre, n'y est pas prise en considération.

⁴⁵ Cf. Christopher Melchert, *The Formation of the Sunnī Schools of Law: 9th-10th Centuries C.E.*, Leyde, 1997.

⁴⁶ Depuis le 20^e siècle, la charia est conçue comme un ensemble de normes figées et immuables, cf. N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia*, *op. cit.*, p. 85 et B. Dupret, *La charia*, *op. cit.*, p. 25 : la charia, comme entité atemporelle dotée de structures essentielles et la critique de cette approche dans la littérature académique, notamment chez W. Hallaq, *Sharia*, *op. cit.* Cette vision est notamment la base de l'interprétation contemporaine des « objectifs de la charia » (*maqāṣid al-ṣarī'ā*).

Faire la stratigraphie de la normativité islamique

Le regard de l'historien se pose donc sur le « devenir » de la sacralité islamique dans la durée en se basant sur l'étude des sources disponibles tout au long d'une période millénaire. Ce n'est toutefois pas le lieu ici d'en proposer une démonstration détaillée⁴⁷. En raison du constat de longue évolution de la matière juridique sous forme d'accumulations et de transformations multiples, la comparaison avec le vocabulaire de la géologie et de ses branches peut permettre de mieux comprendre les différentes approches analytiques nécessaires pour étudier pleinement l'histoire humaine de la normativité islamique⁴⁸. Les juristes contemporains utilisent les sources comme des pierres pour bâtir des arguments selon leurs caractéristiques physiques et chimiques pour rester dans la comparaison. Le géologue/historien, en revanche, étudie l'origine des pierres, distinguant les différents sédiments volcaniques, calcaires, charbonneux. Seule l'analyse chimique et physique, en lien avec d'autres sciences, permet de savoir comment chaque strate « géologique » est devenue la pierre que nous voyons aujourd'hui. Dans le même ordre d'idées, l'historien de la normativité islamique procède à une analyse fine des textes juridiques afin d'identifier les nuances et changements les plus minimes dans l'argumentation juridique, par rapport à des couches littéraires antérieures. Il identifie ainsi la lente accumulation d'une idée dans la durée (sédimentation) et les changements plus ou moins soudains dus aux transformations épistémologiques (magmatique ou métamorphique, selon le vocabulaire géologique). Vues sous cet angle, les sources acquièrent des qualités insoupçonnées et chaque strate chronologique de la pensée et de la pratique juridique varie dans sa composition, même si elle appartient à la même substance (normativité islamique) et utilise les mêmes références⁴⁹. On trouve ensuite l'aspect « tectonique » à une échelle globale, c'est-à-dire les changements dans l'importance donnée à la normativité islamique au sein d'ordres juridiques variés,

⁴⁷ Je renvoie à mon livre *Recht und historische Entwicklung der Scharia im Islam*, chapitres 2, 3 et 4, p. 62-336.

⁴⁸ Les diverses approches aux sources écrites liées au droit musulman n'ont pas encore de nom. En géologie, l'étude descriptive des roches (pétrographie) par le biais de l'observation permet de distinguer les types « magmatiques », « sédimentaires » et « métamorphiques » des roches. La pétrologie est la discipline dont l'objectif est de déterminer les mécanismes de formation et d'évolution d'une roche. La stratigraphie, parfois nommée géologie historique, est une branche pluridisciplinaire étudiant l'agencement des différentes couches géologiques (Wikipedia, Article « géologie », dernière consultation 23/7/2022).

⁴⁹ Cf. notamment C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 214-228 sur l'évolution de l'herméneutique juridique (*uṣūl al-fiqh*) par rapport à quelques notions fondamentales.

comparables aux mouvements des plaques tectoniques dans leur ensemble, sans changement des composantes géologiques⁵⁰.

Les phases historiques de la normativité sacrée en Islam

L'approche historique révèle les métamorphoses du principe générique de la « normativité en islam en vue du jugement dernier » à travers les siècles, de la prédication du Prophète jusqu'à nos jours. En voici un résumé :

1) En décalage avec le message initial du Prophète sur la fin des temps et le jugement divin imminent, la « normativité » se concrétise au cours de la période médinoise de la vie du Prophète dans certains versets coraniques. Sous les califes des premiers siècles, la jeune communauté musulmane s'oriente vers l'exemple du Prophète, notamment dans les pratiques cultuelles et certaines décisions judiciaires, considéré comme « pratiques à suivre » (*sunan*). Sans être canonisés, les récits concernant les dires et actions du Prophète dans leur ensemble sont transmis à la postérité par un petit nombre de personnes, par voie orale, à savoir d'un transmetteur à l'autre, d'où le nom de « *ḥadīṭ* »⁵¹. Plus tard, dans les débats théologiques et juridiques du 9^e siècle, nous remarquons une importance croissante de ces hadiths prophétiques. Elle se concrétise par la mise par écrit des compilations de hadiths pendant cette période, certains acquérant une haute réputation de fiabilité. Par ailleurs, la pensée juridique, dans sa phase dite « formative » (8^e-9^e siècle) est caractérisée par la pluralité des opinions individuelles au sein de cercles d'érudits. L'ensemble de ces énoncés ne permet cependant pas d'affirmer l'existence d'une théorie cohérente concernant le droit appliqué à l'époque, notamment au niveau procédural. De ce fait, il y a de fortes chances que la justice ait été complètement soumise à l'ordre califal aux 7^e-9^e siècles⁵². Les avis juridiques anciens ne nous sont parvenus que grâce au rôle attribué à ces autorités dans les écoles juridiques postérieures, sans que cela corresponde nécessairement au droit qui était appliqué à leur époque⁵³.

⁵⁰ Cf. *ibid*, chapitre 2, p. 63-164.

⁵¹ Le terme est inspiré de l'expression arabe « *ḥadaṭanī fulān* » (m'a raconté xy) dans la chaîne de transmetteurs.

⁵² Pour cette période cf. notamment C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 71-79 (ordre califal), p. 104-109 (office du cadi), p. 166-180 (pensée juridique), p. 279-289 (actes notariés), p. 308-316 (pratiques du cadi pendant la première période abbaside).

⁵³ Il s'agit notamment des avis juridiques des éponymes des quatre écoles sunnites pour leur base doctrinale et des compagnons et successeurs (consensus des compagnons) dans la phase chariatique du droit (délimiter le consensus). Ce constat va à l'encontre de la théorie selon laquelle la pensée juridique initiale constituait « la pratique » du droit musulman.

2) En parallèle à la consolidation du dogme au sein des écoles professionnalisées des juristes à partir du 10^e siècle, la nouvelle herméneutique des fondements (*uṣūl al-fiqh*) propose une approche formalisée et rationnelle de l'interprétation des sources scripturaires et de la tradition juridique. Cette théorie herméneutique permet au droit des juristes de se démarquer du calife législateur sur la base d'un recours aux fondements charaïques⁵⁴ de la loi islamique.

3) Cela dit, le droit n'est pas le seul domaine concerné par la normativité islamique à cette époque. En effet, elle devient également un enjeu majeur dans la pensée théologique à partir du 10^e siècle, plaçant le croyant face au jugement divin. Au 11^e siècle, les théologiens acharites Al-Juwayni et Al-Ghazali, ainsi que le juriste zahirite Ibn Ḥazm, renforcent la notion de « charia » et celle de ses règles établies au-delà du doute. La terminologie herméneutique établit une différence entre le savoir théologique « sûr » (*yaqīn*), basé sur la preuve révélée et rationnelle (*burhān*), et le savoir juridique « équivoque » (*ẓannī*), moins sûr, mais plus étendu dans les détails réglementaires. À cette époque encore, les règles juridiques dans leur ensemble sont « déterminées par la Loi révélée » (*maṣrūʿ*), sans appartenir toutefois explicitement à la charia⁵⁵.

4) La notion de normativité islamique bascule au 13^e siècle vers un système où les règles juridiques constituent désormais des « dispositions chariatiques » (*aḥkām šarʿiyya*) qui forment, dans leur ensemble, la « charia purifiée » (*al-šarʿa al-muṭaḥhara*). À l'origine de cette rupture terminologique se trouvent deux phénomènes, l'un intérieur à la pensée juridique, l'autre extérieur : l'affirmation du fondement sacré du dogme réglementaire des écoles suite à une période de purification (*tanqīḥ*) selon les exigences des *uṣūl al-fiqh* aux 11^e et 12^e siècles, d'une part, et la confrontation idéologique après les conquêtes des Mongols qui mettent un terme au califat de Bagdad et propagent la Loi divine du victorieux Khan mongol (*yāsā*), d'autre part. Face au défi des sources atemporelles de la Loi révélée musulmane et des éléments circonstanciels d'un droit, chaque « disposition chariatique » est rattachée à plusieurs éléments et amalgamée dans une entité complexe de règles et de justifications. Ceci explique notamment l'immobilisme du corpus casuistique des dispositions chariatiques, atténué toutefois dans la pratique du droit par l'institution de la fatwa, interprétation des règles dans chaque cas d'espèce⁵⁶. Nous observons durant cette période une pluralité des

⁵⁴ Du mot *šarʿī*, cf. supra note 19.

⁵⁵ C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 182 et p. 228-235.

⁵⁶ Le statut particulier de la fatwa dans le droit chariatique explique la recrudescence des collections contenant exclusivement des fatwas à partir du 13^e siècle, *ibid.*, p. 57-60 et p. 332-336, contrairement à l'idée reçue d'une pratique

formes littéraires, toutes contrôlées par des *fuqahā'*, membres d'une des écoles juridiques, véritables corporations professionnelles entre les 10^e et 19^e siècles. L'autorité de l'interprétation juridique et la justice exercée par le tribunal du *cadi*, soumise aux règles du *fiqh* de son école⁵⁷, leur incombait. Les actes notariés, ainsi qu'une vaste littérature juridique portée par des milliers d'auteurs, en font l'écho également.

5) La position de la casuistique juridique, appelée *charia* purifiée (ou sacrée, selon la traduction), comme représentant « la » normativité islamique par excellence en droit et en religion devient la cible de la mouvance des réformateurs musulmans du 18^e siècle, et parmi eux les Wahhabites qui exercent encore une influence importante de nos jours. La fin de la domination des écoles juridiques et de leurs protagonistes, les *fuqahā'*, dans l'interprétation du droit islamique est une conséquence des réformes institutionnelles et juridiques de l'État ottoman au cours du 19^e siècle. Ces réformes codifient différentes branches du droit auparavant sous le contrôle des *fuqaha'* et créent une nouvelle classe de juristes formés dans ce nouveau droit étatique⁵⁸. Certaines lois du droit étatique sont inspirées ou correspondent à des règles issues du *fiqh*, tout en étant profondément transformées par les nouvelles façons d'écrire et d'interpréter les règles juridiques. L'interprétation de la normativité islamique par des écoles juridiques anciennes se transforme ainsi en survivance dans le droit étatique codifié des 19^e-21^e siècles.

7) Après le déclin des écoles juridiques dans la deuxième moitié du 19^e siècle, les réformateurs musulmans proclament une nouvelle approche de la *charia*, basée sur ses sources textuelles, Coran et Sunna, qui doivent être interprétées à la lumière de la modernité. Cela mine encore plus l'autorité des écoles et leurs outils casuistiques, basés sur la rationalité juridique transmise au sein de chaque école⁵⁹. Les réformateurs ouvrent la voie à tous les savants qui peuvent interpréter les sources sacrées selon leur propre « effort interprétatif » (*iğtihād*), sans prescrire de méthode herméneutique juridique particulière. De nouveaux instruments (*talfiq*, *taḥayyur*) permettent de choisir des règles – ou leurs composantes – parmi des règles de

juridique remontant aux débuts de l'islam, cf. notamment Gökmen Lokman Çitak, *La Fatwa. Histoire, perspectives et défis européens*, Lyon, 2022, p. 29-90.

⁵⁷ Cf. C. Müller, *Recht*, op. cit., p. 102-110 (évolution de la fonction de *cadi*), p. 135-138 et 143 et s. (*cadis* et autres magistrats sous les Mamelouks), p. 298-308 (les actes d'un *cadi*), p. 316-327 (droit procédural dans le *fiqh*) et p. 328-336 (les *cadis* face aux règles juridiques).

⁵⁸ Cf. notamment N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia*, op. cit., p. 60-68, « La réforme ottomane ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 68-84, « La *charia* contre le *fiqh* ».

différentes écoles selon le critère de l'utilité ou de l'adaptation à de nouvelles circonstances. En rupture avec les mécanismes légitimant les « dispositions chariatiques » des écoles (*istidlāl* et *targhīh*)⁶⁰, l'approche moderniste puise notamment dans l'ensemble des règles juridiques des quatre écoles sunnites. Dans la première moitié du 20^e siècle et au-delà, le droit positif des pays arabes est sous l'influence ottomane et occidentale. En prônant l'effort interprétatif (*iğtihād*), les réformateurs visent *a priori* la réforme d'un islam considéré comme trop sclérosé pour pouvoir porter un projet civilisationnel. Sous la colonisation européenne, éloigné des instances décisionnelles, administratives et législatives, le réformisme est peu intéressé par l'établissement d'un système juridique institutionnalisé. Puisque les réformistes prônent un « choix » selon une rationalité extrajuridique, et que leur interprétation amène une discussion autour de la normativité islamique, la rationalité inhérente à la casuistique des écoles se fait oublier. Les institutions religieuses et étatiques de prestige donnent leur avis sur la normativité islamique et sont suivies⁶¹, sans pourtant se référer à une méthodologie juridique unique ou partagée⁶². En fin de compte, l'opinion juridique (*fatwā*) relève aujourd'hui de son émetteur, individuel ou collectif, et de l'autorité que lui accordent ses destinataires, indépendamment de la rationalité juridique qui constituait jadis le droit chariatique.

Conclusion

Cet aperçu historique montre comment la normativité islamique s'est nourrie de l'histoire du droit des sociétés musulmanes prémodernes. Elle dépasse le cadre strict d'un système de droit positif, d'autant plus que l'autorité des règles puise dans d'autres sources, métaphysiques, pour ce qui est de la notion de Loi révélée, et historiques s'agissant de la première période, quand la pensée juridique n'était pas encore assez consolidée pour servir de référent normatif au droit. Notre regard sur l'aspect systémique du droit permet d'apporter de nouvelles réponses à des questions essentielles, comme la formulation, l'autorité et la légitimation des règles au sein de la normativité islamique, passée et présente.

Par ailleurs, la perspective historique dans l'analyse fine de la tectonique des ordres juridiques, qui identifie la place occupée par le

⁶⁰ C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 245, 248 et 256.

⁶¹ Cf. notamment Jacob Skovgard Petersen, *Defining Islam for the Egyptian State. Muftis and Fatwas of the Dār al-Iftā*, Leyde, 1997, qui retrace l'histoire de cette institution.

⁶² Ceci vaut d'autant plus pour l'Iran avec la hiérarchie d'un « clergé chiite », non pris en compte dans cet article à cause des divergences doctrinales avec les écoles juridiques sunnites ; cf. C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 121-124, p. 127, p. 129, p. 152-155 et p. 378.

fiqh au sein du droit positif, permet de **décrire la rupture** contemporaine de l'ensemble des règles avec leur provenance originelle et leur usage historique.

Avant le 19^e siècle, la « charia » n'a jamais été un corpus de règles et de lois sacrées clos/fermé, comme l'est un code. L'interprétation actuelle (*iğtihād*, individuelle ou collective) utilise souvent les notions des *uṣūl al-fiqh* (au sens large) comme outils herméneutiques, notamment pour induire de nouvelles règles à travers les « objectifs de la charia » ou ses « principes » (*maqāṣid al-sharī'a, qawā'id*). La théorie historique des *uṣūl al-fiqh*, par contre, avait servi à justifier les doctrines des écoles juridiques entre les 10^e et 12^e siècles, que les *fuqahā'* distinguaient des nouvelles interprétations inductives de « la charia » par le biais de ses « objectifs » et « principes », formulés pleinement depuis le 13^e siècle. Les deux approches - instruments déductifs des *uṣūl* historiques et raisonnement inductif - ne pouvaient toutefois entraîner de solutions contradictoires, puisque le raisonnement par « objectifs » et « principes » de la charia ne pouvait annuler les « lois chariatiques » des écoles juridiques, contrairement à la situation contemporaine. Les instruments juridiques utilisés aujourd'hui dans des argumentations parfois controversées proviennent de diverses périodes et touchent des aspects différents de la normativité islamique établie par les écoles juridiques⁶³.

La perspective historique illustre la **pluralité** des formes attachées à la normativité islamique qui ne sont que potentiellement un système de droit positif. Si la pensée juridique existe bel et bien dès le premier siècle de l'Islam, il lui a fallu franchir plusieurs étapes avant de produire un système de règles faisant collectivement autorité (les écoles) qui dépasse les règles des juristes en tant qu'individus. Cette perspective permet également de démêler l'origine juridique ou religieuse des **références devenues culturelles**, afin notamment de contrer la revendication de leur immuabilité et de leur imbrication religieuse.

Ce regard sur l'histoire de la normativité islamique peut contribuer **aux débats contemporains** - notamment en France - à travers divers éléments :

1) Donner une dimension historique à l'immuable, les Lois sacrées de l'islam, devenues règles de la tradition islamique selon la vision orthopraxique. Ceci permet de situer la théorie des « fondements » de

⁶³ Les écoles juridiques que les modernistes du XX^e siècle - et les Wahhabites avant eux - ont voulu écarter du discours sur la normativité islamique en dehors des devoirs culturels.

la charia dans le temps et de nuancer la notion du droit prophétique sur le plan juridique et historique.

2) Comprendre les mécanismes d'autorité participant à la constitution des règles normatives (et à ses limites) à travers un exemple historique, en l'occurrence celui d'un **système de règles** cautionné au sein des écoles juridiques⁶⁴. Ce sont toujours les hommes et les institutions humaines – avec ou sans l'aide de Dieu selon les croyances – qui déterminent « la normativité islamique » dans le temps, puisque le jugement dernier dans tous les cas nous échappe, que l'on soit croyant ou non.

3) Ajuster le regard sur la normativité islamique et le droit étatique contemporain en tenant compte de l'aspect systémique des règles. La normativité islamique ne peut pas se limiter à des lois sacrées isolées sur le plan juridique sans écorner sa réputation au sein de la société occidentale⁶⁵. Il y a des risques de contradiction entre cette dimension culturelle et identitaire de la charia - qui se base sur la sacralité des lois par conséquent figées - et les transformations de la société.

4) Distinguer la dimension religieuse de la charia des origines de l'évolution historique d'un système de règles qui donne un sens juridique à la fois contraignant et atemporel aux prescriptions coraniques et prophétiques.

Une nouvelle phase de la charia ?

Face à la pluralité des références sur le plan juridique, constitutionnel et culturel, peut-on parler d'une nouvelle phase de la charia qui aurait remplacé le modèle juridique de la « charia purifiée », prépondérant pendant plus d'un demi-millénaire ? La notion de charia sous forme de droit applicable puisait jadis dans une vision émanentiste du monde, où Dieu intervenait à tout moment et créait les actes humains – qui « émanent » de Lui - et que les hommes s'appropriaient avec leur libre arbitre⁶⁶. Face aux avancées scientifiques, cette vision du

⁶⁴ Dans la durée, les considérations juridiques individuelles (élaborées selon les *uṣūl* et cautionnées collectivement) étaient soumises à une méthodologie dite de « pondérance » (*tarǧīḥ*), ce qui les définissait comme dogme de l'école – ou pas, cf. notamment C. Müller, *Recht, op. cit.*, p. 193 et s. Dans la situation actuelle, je ne vois pas cette instance de vérification ni sa méthodologie.

⁶⁵ Je cite l'exemple de l'amputation de la main d'un voleur ou de la lapidation pour adultère.

⁶⁶ C'est la théologie du maturidisme, suivant Abū Maṣṣūr al-Māturīdī (m. 944), et très influent parmi des juristes ḥanafites dès le 11^e siècle, avec l'action humaine à deux niveaux : elle est créée par Dieu et l'homme l'exécute par son libre arbitre avec la capacité (*istiṭā'a*) d'actions opposées. Cette approche combine l'omni-créeation de Dieu avec le libre arbitre qui est la base de toute responsabilité de

monde a perdu de sa force et la phase de la charia-droit est révolue. La charia reste toutefois le marqueur culturel et religieux d'une orthopraxie musulmane.

Aujourd'hui, l'analyse des discours normatifs dominants, qui réinterprètent les sources (Coran, tradition prophétique, objectifs et principes de la charia), renvoie clairement aux origines – imaginées – de la normativité islamique, à savoir le message prophétique. À ceci s'ajoute l'importance donnée à la « bonne tradition » (*'urf*) en tant que « source du droit » pour modeler un comportement « islamique » idéalisé⁶⁷. Le discours autour de la charia est résolument identitaire (conservateur ou réformateur, peu importe) et touche notamment le comportement individuel et collectif, ce qui la rapproche plus de la religion, de l'éthique et de la morale, que du droit. Si la référence à la charia existe dans les constitutions et les droits des États musulmans, elle n'est nulle part appliquée en tant que système de règles juridiques, tel qu'il était connu des écoles juridiques. Avec la recrudescence du fait « islamique » depuis 1979, la révolution iranienne et l'alliance renforcée entre Saoudiens et oulémas wahhabites, la question de la charia est redevenue un enjeu majeur dans les pays musulmans, et par la suite en Europe et en Amérique du Nord⁶⁸. Néanmoins, le monde a changé depuis le 19^e siècle, non seulement avec le défi de la modernité, mais aussi par rapport à ce qu'était « la charia » dans le passé. Aujourd'hui, la reconnaissance d'une institution assurant l'autorité des règles au-delà des systèmes politiques ne tient plus, alors que dans le passé le système des règles juridiques était cautionné par la tradition de l'école qui transmettait la casuistique juridique sacrée d'une génération à l'autre.

Si on se limite à l'aspect juridique, on pourrait qualifier la situation actuelle de « réception » du droit des *fuqahā'* dans les droits étatiques. Ce terme marque la continuité de certaines règles et une différence

l'homme pour ces actes devant Dieu. Cf. Daniel Gimaret, *Théories de l'acte humain en théologie musulmane*, Paris, 1980, p. 171-234 ; puis l'aś'arisme où l'image de Dieu (omniscient du passé et du futur, omni-créditeur) exclut toute action autonome de l'homme : celui-ci acquiert les actions (*kasb*) créées par Dieu.

⁶⁷ Représenté dans N. Bernard-Maugiron et J.-P. Bras, *La charia*, op. cit., p. 33, et pour l'usage historique cf. C. Müller, *Recht*, op. cit., p. 266-273.

⁶⁸ C'est une interrogation pour les chercheurs musulmans contemporains, cf. Khaled Abou El Fadl, « The Roots of Persuasion and the Future of Sharī'a », in Sohaira Z.M. Siddiqui (éd.) *Location the Sharī'a. Legal Fluidity in Theory, History and Practice*, Brill, Leiden, 2019, p. 13-27, où l'auteur pose la question « What is the fate of Islamic law », p. 25, et répond qu'il faut comprendre les mécanismes « by which the law accounted for new and emerging novelties and became comfortable with their adaptation into society. » (L'article ne donne pas de réponse concernant l'avenir). Pour l'usage du mot *sharī'a* aux États-Unis de nos jours et son interdiction ou sa restriction (avant 2013), cf. *ibid.*, note 14. L'aspect juridique et péri-juridique est donc dans le collimateur des observateurs occidentaux.

quant à la méthodologie. Mais il ne couvre pas les efforts contemporains pour interpréter la normativité islamique autrement et dans des domaines qui vont au-delà du droit, comme je l'ai montré brièvement ci-dessus.

Tout cela justifie, à mon avis, de parler d'une nouvelle « phase contemporaine » pour ce qui relève de la charia – et non pas seulement de la charia aujourd'hui –, afin de souligner l'existence d'une autre couche « tectonique » dans la conception de ce que signifie « la charia », différente ontologiquement des précédentes. Celle-ci se caractérise par un repli des règles sacrées sur les aspects « non changeants », extrajuridiques de la casuistique héritée, considérés comme essentiels à l'islam. Les réformateurs et législateurs des 20^e et 21^e siècles ont divisé les champs couverts par la normativité islamique (charia des juristes) en « devoirs culturels » (*'ibādāt*) immuables et en « transactions humaines » (*mu'āmalāt*) changeantes. Toutefois, il faut bien comprendre que cette distinction est en rupture avec l'élaboration des « dispositions chariatiques » des écoles qui utilisaient la force argumentative dans l'ensemble des domaines du droit - culturel, commercial, familial et procédural - pour légitimer les règles par la « recherche des indicateurs » (*istidlāl*)⁶⁹. Le discours sur la charia en tant que devoirs culturels et punitions coraniques (*ḥudūd*) correspond de fait à une négation du fonctionnement de la normativité islamique, autrefois appelée « charia purifiée », au sein du droit positif prémoderne. L'image de la tradition islamique qui inclut les pratiques coutumières comme fondement direct des règles juridiques est au service d'une vision extrêmement conservatrice voire réactionnaire de l'Islam. Ainsi, les contraintes héritées d'un système de règles de droit (des juristes prémodernes) dominant encore la religion « islam », qui est instrumentalisée à des fins identitaires. Constaté que l'on se trouve aujourd'hui dans « une phase » de l'évolution de la charia » grâce à un regard analytique sur l'évolution de la normativité islamique permet *in fine* de relativiser le poids des règles sacralisées par l'histoire, non seulement dans les transactions commerciales, mais aussi dans d'autres domaines : culte, famille, héritage. Un tel regard permettra-t-il de dégager la religion de cet héritage historique lourd et de laisser le choix aux croyants de suivre la charia autrement, comme le « chemin donné au Prophète » dans son sens coranique (Coran 45:18) ? Malgré la présence d'autres courants religieux soulignant la spiritualité, notamment les soufis, rien n'est moins sûr. Une réforme des règles du culte n'est pas souhaitée par les musulmans pratiquants, et les non-pratiquants sont peu visibles dans la sphère publique. Mais

⁶⁹ Cf. C. Müller, *Recht, op. cit.*, notamment p. 184 et s., 244 et s., et l'index.

qui connaît l'avenir ? L'historien crée le passé, pas le présent ou l'avenir ; c'est le domaine des juristes qui y participent activement.