

# Vers une nouvelle jurisprudence islamique

(Nahwa fiqh-in gadîd, 3 Volumes )

VOLUME 3 [12]

Vers une nouvelle jurisprudence islamique

## **III.1. APPROCHES CRITIQUES**

- III.1.1. Les trois niveaux de référence
- III.1.2. Le fiqh entre l'intérêt, l'intention et les correspondances
- III.1.3. La méconnaissance des " limites " fixées par Dieu
- III.1.4. Les trois composantes caractéristiques du fiqh

## **III.2. LES FONDEMENTS DE LA LOI**

- III.2.1. La raison
- III.2.2. Les valeurs dominantes dans le Coran
- III.2.3. La Sunna
- III.2.4. La coutume

Ayant dans les deux premiers volumes jeté les bases préliminaires d'une réflexion nouvelle sur les rapports de la jurisprudence (fiqh) à la Foi ('aqîda) et à la Loi (sharî'a) et différencié les trois domaines, puis proposé une compréhension exhaustive du discours coranique qui habilite à affronter la problématique de la Sunna et du Hadîth et à remettre en cause ce qui y contredit l'esprit du Coran, Gamâl al-Banna continue dans le présent volume à déblayer le terrain par un examen critique des méthodes de réflexion et pratiques juridiques afin de dégager les perspectives qui permettront d'entrevoir et d'établir les fondements nouveaux de la jurisprudence islamique.

## **III.1. APPROCHES CRITIQUES**

III.1.1. Les trois niveaux de référence

Dans un long chapitre introductif, l'auteur commence par rappeler le poids du patrimoine jurisprudentiel constitué dans un espace-temps incomparablement plus important que celui dans lequel ont pris place la Révélation et la Tradition fondée par le Prophète. Ces trois entités, Coran, Sunna et fiqh, sont données comme autant de niveaux de référence, d'instruments pour la confrontation et l'évaluation des pratiques doctrinales et jurisprudentielles relatives à cinq questions primordiales, la foi (al-îmân) en Dieu, la liberté de

croyance (al-i'tiqâd), la justice sociale, économique et politique, la condition de la femme et l'esclavage dans sa forme ancienne et sa projection moderne concernant le statut des travailleurs [13] .

L'étroite compatibilité des deux premiers niveaux de référence, née de l'intime adhésion du Prophète à l'esprit du Livre, offre le plus souvent un puissant contraste avec le troisième. " En occultant le Coran et la Sunna authentique ou en les assujettissant, écrit l'auteur, le fiqh a progressivement pris de la distance par rapport à ses sources premières et s'est forgé des fondements autonomes qui relèvent principalement de la technique professionnelle. "

Si des facteurs d'ordre pratique – tels que l'établissement des textes et la spécialisation –, d'ordre historique, politique et culturel sont à l'origine de cette dérive à laquelle peu échappent, ils ne peuvent pour autant la justifier. L'auteur montre qu'en raison de l'éloignement de la logique et de l'esprit du Coran " l'idée de Dieu a été corrompue [par les théologiens] comme l'a été l'objectivité de la philosophie " dont ils ont prétendu se servir, et la liberté de croyance enfermée dans l'aphorisme faisant un mécréant passible de la peine de mort de " quiconque nie une [vérité] nécessairement déterminée de la religion " (man jahada ma'lûman min al-dîn bi-l darûra), " formule dans laquelle tout peut s'engouffrer ". Or, poursuit-il " dès qu'il est portée atteinte à la liberté de pensée, l'idée de justice ne peut être approfondie." Sur le plan politique et social, " la crainte de la dissidence a érigé la nécessité [du compromis] en vertu " ; les fuqahâ' ont par ailleurs légitimé divers modes d'exploitation des esclaves et des travailleurs et déprécié la condition de la femme.

### III.1.2. Le fiqh entre l'intérêt, l'intention et les correspondances

L'auteur examine ensuite le rapport des fuqahâ' au texte dans l'exercice de leur métier dès lors qu'il s'agit d'établir l'assise de solutions juridiques (ahkâm), sachant que la notion de texte ne se limite pas pour eux au Coran ou aux hadîths dûment authentifiés mais les déborde largement pour englober les paroles des compagnons du Prophète (sahâba), des compagnons de ceux-ci (tâbi'i), etc., sans compter les libertés prises avec le Coran et la Sunna évoquées dans le deuxième volume.

Le concept le plus susceptible de provoquer une polémique dans une tradition jurisprudentielle basée sur la paraphrase (taqlîd) des textes était et reste celui de maslaha (pl. masâlih), mot que l'on traduit par " intérêt ". L'auteur déplore le fait que les fuqahâ' ne se soient pas imprégnés de la terminologie coranique à laquelle fait écho la Sunna, où sont déclinés les dérivés du terme salâh, sâlihât, islâh zât al-bayn – qui connotent la recherche et la pratique du bien, la réconciliation,... – desquels procède le mot de maslaha synonyme de manfa'a signifiant ce qui est utile, profitable, avantageux, et qui s'oppose à mafsada ou l'état de corruption, de désordre, de violence... " Ils auraient pu, souligne-t-il, partir de l'intérêt ", pris dans le sens de la recherche de ce qui

est bon et profitable et non dans celui d'un utilitarisme à la Bentham, " et l'établir comme indice (dalîl) de solutions juridiques ". Or, ils ont inversé les choses et occulté le problème en considérant que le Législateur (Dieu) était mieux à même de définir l'intérêt des humains, qu'ils ne pouvaient le concurrencer sur ce point, que la sharî'a avait pour intention (maqsad, pl. maqâsid) le bien-être des gens et qu'il n'existait aucun intérêt qui ne fût déjà défini par les textes. On pourrait croire, poursuit-il, que les fuqahâ' se sont quand même préservés une marge de manœuvre avec ce qu'ils appellent les intérêts non mentionnés (al-masâlih al-mursala) mais en fait les hésitations et réserves l'ont emporté et l'expression d'une préférence juridique (istihsân) comme la recherche de l'intérêt de la communauté (istislâh) ont été considérés, notamment par al-Shâféi, comme une entorse au droit du Législateur.

Les fuqahâ' se sont donc cantonnés dans le négativisme en travaillant à définir les tentations corruptrices et à les bannir (sadd al-zarâ'e' ; daf' al-mafsada). " En réalité, ils ignoraient le texte en prétendant s'incliner devant ses normes. "

Il a fallu " le cri d'al-Tûfî (m. 716 H.) qui proclamait la priorité de l'intérêt sur le texte " pour remettre en mémoire les prérogatives de 'Umar et de 'Alî qui allaient au devant des besoins sans céder à la hantise du texte. Il cite par ailleurs, nombre de fuqahâ' modernes et contemporains qui ont eu à cœur, autant que les anciens, de combattre la thèse de Najm al-Dîn al-Tûfî. Celui-ci, pourtant, ne dérogeait pas qualitativement à la règle de la jurisprudence traditionnelle et avait pris le soin de préciser que, correctement interprété, un texte ne pouvait contredire l'intérêt général; il s'était en outre, armé d'un hadîth préconisant qu'il ne devait y avoir " ni préjudice contre soi ni action nuisible à autrui " (lâ darar wa lâ dirâr), où donc l'intérêt propre est pris en compte dans la limite des torts susceptibles d'être portés à autrui. Le différend entre le fiqh inspiré des anciens maîtres (salafi) et al-Tûfî se réduisait dès lors au fait que pour lui l'intérêt, qu'il place parmi les premiers fondements de la sharî'a, en représente l'intention primordiale alors que pour les fuqahâ' il n'en est qu'une parmi d'autres.

Le faqîh égyptien al-'Izz bin 'Abd el-Salâm (m. 660 H.) avait pourtant été plus loin dans son exploration de la notion d'intérêt qu'il disposait selon trois niveaux : la nécessité, le besoin et la complétude. " Sa contribution est l'un des points les plus lumineux dans la jurisprudence islamique qu'il éloigne des tergiversations théoriques pour la brancher sur la vie. Le fait que son apport n'ait pas eu d'incidence réelle dénote la rupture qui s'était installée entre le fiqh et la vie. "

Al-Shâtibî (m. 790 H.) marque encore un recul, par rapport à Al-Tûfî, en posant les cinq intentions de la Loi (maqâsid al-sharî'a) : sauvegarde de la religion (hifz al-dîne), de la personne (hifz al-nafs), de l'entendement (hifz al-'aql), de la progéniture (hifz al-nasl) et enfin des biens (hifz al-mâl). La notion d'" intention " diffère de celle d'" intérêt " en ce sens qu'elle ne fait pas jouer

l'autonomie du faqîh, sans compter les adaptations et réductions qui lui ont été imposées. Concernant ce dernier point, l'auteur rappelle notamment qu'aujourd'hui encore on ne mentionne comme moyen, pour la sauvegarde de l'entendement, que la prohibition de l'alcool. N'aurait-il pas mieux valu sur ce point débattre par exemple des problèmes de la science, de l'acquisition du savoir et du développement des méthodes d'enseignement ? Et pour la sauvegarde des biens, au lieu des seules autorisation à la vente et interdiction de l'usure, n'aurait-on pu s'attendre à la caractérisation de la propriété privée par sa fonction productive et sociale... ?

L'apport fondateur à tous les niveaux, estime l'auteur, fut celui de Shâh Walî-Allâh de Delhi (m. 1176 H.) qui oriente la connaissance islamique vers une compréhension pénétrante et sensible des intentions de la sharî'a et de l'intérêt en forgeant le concept de " correspondances " (irtifâqât).

Critiquant al-Tûfî pour son appréciation étroite des préceptes relatifs au culte interprété comme la manifestation mécanique d'une obéissance aveugle à l'égard du Maître, Shâh Wali-Allâh affirme l'importance de l'intégration du culte au domaine de la connaissance car " les indices et approches multiples de la science procurent la paix du cœur ", indiquait-il faisant allusion au mot d'Ibrâhîm (Abraham) dans le Coran. C'est que les préceptes relatifs au culte comme les statuts juridiques " ne sont point des pierres sourdes qui séquestrent leur sens ", affirme Gamâl al-Banna, mais comme le montre Shâh Walî-Allâh, " ce sont des entités vivantes qui oscillent en permanence entre le but prévu par le Législateur et l'attention due aux humains auxquels elles ont été révélées, à leur époque, à leur situation, aux circonstances de leur quotidien avec lesquelles elles concordent et correspondent... " [14]

L'auteur relève la ressemblance entre le faqîh de l'Inde et Ibn Khaldûn au niveau de la richesse des significations que l'on retrouve dans l'ouvrage longuement cité du premier – " La Raison Suprême de Dieu " (Hujjatu-llâhi-l bâligha) –, le rôle qu'il accorde aux structures sociales ainsi que sa profonde vision philosophique qui pénètre " les secrets de la législation ". Cette vision, poursuit-il " est une clé nécessaire si l'on veut établir les fondements de la jurisprudence sur une base solide, correspondant avec ces secrets et avec leur sens intime ".

### III.1.3. La méconnaissance des " limites " fixées par Dieu

Le deuxième concept conflictuel auquel s'attaque l'auteur est celui de hudûd (s. hadd) – signifiant littéralement " frontières " ou " limites " fixées par Dieu (hudûd Allâh) – duquel on relève près de quatorze occurrences dans le Coran dans des versets comportant des orientations générales ou des directives concernant l'héritage, les droits de la femme, le jeûne, le système économique et politique mais ne faisant nulle allusion aux " peines légales " malencontreusement assimilées au mot hudûd. " Le terme hudûd Allâh est lié à une idée fondamentale de la sharî'a, à l'esprit et à la philosophie de l'Islam, à savoir, le rapport entre ce qui est autorisé ou ne l'est pas et qui n'est

nullement réductible aux peines prescrites ", indique l'auteur qui conteste par ailleurs l'association directe faite par certains entre hudûd et " ce que Dieu a révélé " (ma anzal-Allâh). Cette dernière expression, est exhaustive et désigne le Livre révélé en tout ce qu'il comporte, qu'il ait pour nom Torah, Evangile ou Coran, et si l'on comptait le nombre de versets où elle apparaît aux côtés du mot " droit " (al-haqq), on comprendrait que l'essentiel est dans la conjonction de la révélation et de la justice.

Par ces mises au point terminologiques, l'auteur nous donne à mesurer la distance que le fiqh a prise avec sa source principale et met en garde contre les distorsions réduisant l'Islam aux peines légales plus ou moins bien comprises. C'est pourquoi il revient au sens usuel du mot hudûd ou " peines légales " faisant remarquer que celles-ci constituent l'infime partie du droit pénal islamique en comparaison des peines laissées à l'appréciation du juge ou des responsables politiques (ta`zîr, pl. ta`âzîr), sachant que ce droit pénal ne constitue à son tour qu'une partie de l'ensemble des lois du droit islamique public ou privé ou de la shar`a laquelle n'est elle-même qu'une des composantes de l'Islam.

En effet, constate l'auteur, seuls cinq versets sur les plus de six mille deux cent qui composent le Coran, déterminent des peines en cas de vol, d'adultère, de calomnie, d'acte de guerre et de crime, sans mentionner de détails quant au mode d'exécution, encore que certaines peuvent être abolies en cas de repentir. Par ailleurs, fait-il remarquer, il n'est fait allusion à aucune sanction punitive contre la boisson d'alcool ou contre le reniement de la foi (al-ridda).

A côté des milliers de versets relatifs à la piété (taqwa), au pardon (istighfâr), au repentir (tawba), le nombre excessivement restreint des préceptes pénaux proprement dits est le signe que le Coran privilégie la Foi (`aqîda) par rapport à la Loi (shar`a) et que sans amoindrir l'importance des préceptes légaux nécessaires à la vie de toute société, il donne à comprendre que " la mission d'ouverture à la connaissance, à la justice et à la liberté ne peut s'accomplir que dans un climat de profonde croyance ".

Du texte coranique émane donc le cadre théorique du crime et du châtement en Islam. Le Coran configure autant par le fond que par la forme, la dialectique qui met dans un rapport d'interaction et d'inséparabilité deux entités différentes, non contradictoires, complémentaires, la Foi et la Loi, ayant chacune sa nature, son domaine et ses mécanismes propres, l'une agissant directement sur l'individu par la persuasion, l'exhortation au bien, tirant son argument suprême du Coran, l'autre visant prioritairement la société et opérant par dissuasion avec pour raison le pouvoir.

L'auteur étudie, dans ce contexte, l'incidence de la Foi dans la pratique juridique au temps du Prophète d'abord en donnant à méditer : l'attitude de ses contemporains qui ont vu dans la peine légale un moyen expiatoire et de purification; les clauses exigeant l'aveu du coupable comme pièce à conviction

maîtresse et acceptant sa rétractation; enfin le conseil du Prophète recommandant d'éviter d'en arriver aux peines légales (" ta'âfû-l hudûd ") et " la continence " dont il faisait preuve dans l'application de celles-ci allant jusqu'à souffler à l'accusé de nier, et instituant ainsi un principe général qui est de " repousser les peines en cas d'incertitude " (" idra'u-l hudûd bi-l shubuhât "), principe pouvant englober de très nombreux cas. Au point qu'Ibn Hazm a mis en doute l'authenticité du hadîth qui en témoigne y voyant une manœuvre pour abandonner les peines légales. " Exagération!, commente l'auteur, dans la mesure où le but, en définitive, est de prouver l'accusation. "

Si cette exemplarité " utopique " est impossible à réaliser dans sa forme initiale, elle n'a pas pour autant un caractère d'exclusivité et fonde une norme en comparaison de laquelle apparaît la pauvreté du fiqh moderne et surtout contemporain dont les ouvrages ne mentionnent même pas, entre autres choses, le fait que le repentir œuvre en faveur de l'exemption des peines sinon " à transformer les fautes en actes de bienfaisance (Coran, 25, 70) ".

La Loi, par contre, est investie de la tâche de " réformer la société pour garantir la réforme de l'individu " et à ce titre, elle ne peut rien négliger ; la fermeté et l'objectivité sont ses armes. Toutefois, " la société islamique forme un tout et l'on doit pouvoir sentir dans ses moindres recoins, battre le pouls de son âme collective incarnée dans la justice et dont les ordres et interdits ne sont point contradictoires mais concordants ". C'est pourquoi, indique l'auteur, on ne peut punir le voleur que s'il a été procédé à une redistribution des richesses par le biais de l'aumône légale purificatrice (zakât) [15]. Aussi " ne convient-il pas de dévaloriser la réforme introduite par la Loi ", poursuit-il, citant entre autres William Temple, l'ancien évêque de York [16], car celle-ci peut " créer un climat favorable à l'éclosion des valeurs morales ".

L'auteur analyse sous tous leurs aspects les diverses sanctions prescrites par la sharî'a, en particulier celle relative au vol, en les comparant aux lois du droit positif dans plusieurs pays et expose longuement le point de vue de fuqahâ' et hommes de loi contemporains qui ont contribué à faire revivre l'esprit du Coran dans le cadre précis de leur interprétation adéquate des prescriptions juridiques ou par la reconnaissance de leur opportunité, tels Cheikh `Abd el-Met`âl al-Sa`îdî, Farès al-Khûrî, Ma`rûf al-Dawalîbî, Muhammad Shahrûr, `Abdallâh al-`Alaylî...

#### III.1.4. Les trois composantes caractéristiques du fiqh

L'auteur clôt enfin cette partie d'analyse critique sur un point de la plus haute importance qui éclaire, en outre, sa position quant au statut du texte et à son rôle sur le plan juridique. En étudiant le développement de la pratique du droit islamique au cours de l'Histoire, il dégage trois composantes qui ont profondément marqué et caractérisent aujourd'hui encore, le fiqh : l'aspect fragmentaire et l'hégémonie des études de langue et de la logique formelle.

Historiquement, explique l'auteur, la fragmentation a naturellement déterminé une jurisprudence naissante sollicitée par des " cas " isolés et " qui a évolué dans le souci de trouver des solutions juridiques propices et non dans celui d'établir une législation (tashrîf) ".

Les fondements (usûl) du fiqh établis plus tard, ont eux-mêmes gardé ce trait en ne proposant qu'une méthode de déduction des statuts juridiques à partir du Coran et de la Sunna auxquels étaient rattachés deux fondements secondaires, le raisonnement analogique (qiyâs) et le consensus (ijmâ'), devant fonctionner dans un rapport d'étroite dépendance à l'égard des deux premiers. Ceci, note l'auteur, est une conséquence du fait que le Coran, en particulier, a été considéré par les anciens comme la source des sentences et des jugements alors qu'ils auraient dû y voir la source d'une législation fondée sur la raison et l'intérêt public.

Le processus de démarquage du territoire du fiqh est à ce titre très significatif. Sans entrer dans les détails techniques de l'opération exposés par l'auteur, on retiendra la mise à l'écart des statuts et solutions juridiques non tirés des préceptes révélés mais inspirés par la raison (al-'aql)..., des statuts théoriques relatifs à la Foi (cf. vol.1), etc.

Passant à une nouvelle étape avec la complexité croissante accompagnant le brassage de sociétés diverses, le fiqh pour lequel al-Shâfê'i proposait de nouveaux fondements auxquels " se rendit " la communauté – non sans retours car Abu Hanîfa proposait aussi ses fondements essentiellement liés aux ramifications (furû') et à la jurisprudence des tribunaux (fiqh al-qadâ') –, garda ce trait spécifique. En effet, bien que n'opérant plus à partir de cas isolés (fiqh al-hâlât), la jurisprudence n'arrivait pas pour autant à se donner une base transcendante et continua à chercher des solutions juridiques dans les implications ('illa(t), pl. 'ilal) des préceptes coraniques (fiqh al-'ilal) sans dépasser la lettre du texte pour en tirer la morale (hikma(t), pl. hikam). Ainsi, le Coran ayant autorisé le voyageur à rompre le jeûne du Ramadan, commente l'auteur, on s'en tient traditionnellement au texte sans réfléchir au fait qu'au XXe siècle ce voyageur jouit de plus de confort peut-être dans un avion que dans sa propre maison alors qu'on laissera un ouvrier suer sang et eau devant une forge sans le faire bénéficier du précepte qui vaut cependant davantage pour lui et pour ses semblables parce qu'il relève en premier lieu d'un sens profond, celui de la compassion et de la miséricorde divine.

La tentative d'établir des règles (qawâ'id) pour le fiqh regroupant des lignes directrices ne parvint qu'à consacrer la parcellisation. Et dans ce contexte, l'effort incomplet d'al-Shâtibî qui, dans son interprétation tronquée restait très en-deçà des réelles intentions de la sharî'a, ne put opérer de percée fondamentale.

Pour pallier cet échec, indique l'auteur, il aurait fallu " partir du même point que le Coran ", le prendre dans sa totalité – parce que c'est ainsi et non dans ses parties isolées qu'il constitue le véritable Livre de la Loi – et considérer "

les principales valeurs morales (al-qiyam al-ra'îsiyya) " qu'il établit, de sorte que chacune d'elles devienne une source génératrice de statuts dont l'assise unificatrice serait le Coran.

Par ailleurs, sans nier l'apport des études de langue au fiqh impliqué dans l'action juridique -la responsabilité des fuqahâ' étant ici tributaire de leur compréhension de la syntaxe particulière du Coran et de la maîtrise de son vocabulaire-, l'auteur conteste la ratiocination grammaticale et lexicographique sur laquelle s'est greffée la logique formelle pour " neutraliser l'aptitude des fuqahâ' à statuer ", allant jusqu'à " vider de son sens une idée aussi importante que celle des intentions de la sharî'a ". Il s'élève en outre contre l'envoûtement réducteur exercé par la logique aristotélicienne depuis le premier siècle de l'Hégire sur les fuqahâ' qui ont fini par " sacrifier la vérité à des formules abstraites ".

### **III.2. LES FONDEMENTS DE LA LOI**

#### III.2.1. La raison

Poursuivant sa lecture critique du patrimoine jurisprudentiel et islamique, l'auteur approfondit les approches et notions étudiées dans le premier volume et propose dans la seconde partie du présent ouvrage de nouveaux fondements de la Loi (usûl al-sharî'a) dictés par la raison qu'il établit comme fondement premier, également primordial pour reconnaître l'existence de l'Etre suprême et comprendre le Coran.

Or celui-ci, par sa mise en œuvre simultanée du cœur (al-qalb) et de la raison (al-'aql) institue une logique qui ouvre pour le moins une double perspective : en convainquant la raison humaine d'intégrer ses limites " naturelles " devant l'inconcevable – dont l'approche est réservée au cœur, réceptacle de la foi (al-îmân) –, elle l'oriente par ailleurs vers le champ illimité de la connaissance où se développe son intelligence du bien (al-tahsîn wa-l taqbîh) et de la justice (al-'adl) "fruit de la sharî'a".

L'erreur fondamentale des fuqahâ', estime l'auteur, fut d'inverser le processus en attribuant à la raison un pouvoir d'investigation en ce qui concerne la nature et l'essence de Dieu et en dilapidant cette faculté dans une science théologique ('ilm al-kalâm) stérile au lieu de l'investir dans la réflexion sur les réalités de l'existence dans leur rapport au mode de gouvernement (al-hukm) " dont l'aspiration ultime doit être d'instaurer la justice ".

L'auteur recense et analyse longuement les positions historiques des sectes ou individus illustrant la controverse toujours subsistante, qui a opposé les tenants de la raison – mu'tazalites, chi'ites, zaydites, al-Juwayni, al-Ghazâli, Ibn Rushd, Ibn Khaldûn, al-Râzi, al-Afghâni, 'Abduh, al-Marâghi, 'Ali Sharî'ati,... – à ceux qui ont privilégié la transposition quasi mécanique du texte (al naql) dans le registre de la vie – les ash'arites, al-Shâfé'i, al-Shâtibî,



al-Mawdûdi, Sayyed Qutb, al-Sha'râwi,... Il attribue l'échec des premiers quand il s'agit des sectes, aux luttes pour le pouvoir qui ont noyé dans le sang les plus belles fleurs de la raison.

La mise en sourdine de la raison sous prétexte de sa relativité et de son incompetence devant la volonté ou l'intention divine – arguments désamorçés par l'auteur – a eu selon lui des conséquences dramatiques et débilitantes sur la vie des sociétés islamiques dans la mesure où " le fiqh est concerné par tous les aspects de l'existence humaine et les informe ".

Les tentatives contemporaines de réforme ('Abduh en Egypte, al-Tâhir ben 'Ashûr et 'Allâl el-Fâsi en Tunisie et au Maroc) ont certes mis en évidence les nombreux problèmes soulevés par la jurisprudence traditionnelle sans toutefois oser enfoncer les portes de ses " fondements (usûl al-fiqh) devenus sacro-saints ". Des mises en cause encore plus récentes datant des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, relèvent de la même faiblesse ou baignent dans un académisme manquant d'intransigeance. Car, " pour opérer le sauvetage de la pensée islamique, écrit l'auteur, il ne faut pas moins qu'une révolution intellectuelle qui la délivre de l'énorme accumulation d'obstacles représentés par les fondements du fiqh, la théologie et les exégèses, et rende les musulmans au Coran (...) afin qu'ils établissent de nouveaux fondements en accord avec son enseignement au lieu des anciens, dépassés depuis des centaines d'années, dans lesquels pourtant se cantonnent les fuqahâ' ".

Une nouvelle jurisprudence islamique viserait non seulement à réhabiliter la raison mais aussi à lui ménager un statut égal à celui du texte révélé " parce que la raison est également un don de Dieu, une forme de révélation " et qu'à ce titre, il serait absurde de supposer qu'elle puisse entrer en contradiction avec la parole divine.

Le fiqh nouveau viserait donc à libérer l'esprit de l'hégémonie du " texte " saisi dans son sens étroit de moule imposé au vivant, et à lui faire prendre conscience de son autonomie et du capital dont il dispose pour poser les bases de la connaissance. Le texte devient alors fonctionnel dans une démarche cognitive à laquelle participe pleinement la raison.

### III.2.2. Les valeurs dominantes dans le Coran

Etablissant " les valeurs morales dominantes dans le Coran " (manzûmat al-qiyam al-hâkima fi-l Qur'ân) comme deuxième fondement de la shar'î'a, l'auteur rappelle que le Livre, " espace ouvert au multiple et à l'alternative ", dont chaque verset renaît à un sens nouveau à travers les époques et les lieux, est en soi " le miracle de l'islam ". Par ailleurs, indique-t-il, " le Coran ne s'apparente nullement à un code de lois où les juges puiseraient leurs sentences " ; livre de guidance au premier degré, il donne à considérer l'Être suprême, " symbole et principe originel de toutes les valeurs ", à travers sa création et dans le dit de ses Noms/Attributs desquels procède la notion du Droit (al-haqq) et de l'éthique dans leur absolue perfection.

La rareté des statuts juridiques, leur formulation générale – exception faite du verset sur la dette ajournée et d'indications relatives à l'héritage – suscitent la réflexion à laquelle les valeurs coraniques servent de " boussole ". La double erreur de la jurisprudence islamique, estime l'auteur, fut d'abord de voir dans le Coran un livre de lois alors qu'elle aurait dû partir de son enseignement moral pour fonder les statuts et les garantir ; ensuite " de croire que, sans restriction, la Sunna était habilitée à pallier le manque de précision intentionnel du Coran alors qu'elle devait être lue, filtrée à travers la grille des valeurs posées par le Livre et non le contraire ", comme il a été montré dans le deuxième volume.

On constate " les conséquences de cette erreur dans le nombre important de statuts qui démentent l'esprit de l'Islam et (...) contribuent à sa décadence ", conclut l'auteur avant d'exposer " les valeurs dominantes " susceptibles de générer des statuts adéquats ; il distingue celles-ci des nombreuses valeurs morales complémentaires en ce sens qu'elles ne peuvent être à l'origine d'un statut légal, mais s'assortissent aux premières pour en donner la parfaite mesure.

Le couple Droit/Justice (al-haqq/al-'adl) se partage les territoires de la Foi ('aqîda) et de la Loi (sharî'a ) et constitue la clef-de-voûte des valeurs dominantes. Le Droit est l'attribut de Dieu par excellence, al-haqq [17], dont " la nature théorique et objective " n'a pas son corollaire dans les autres systèmes juridiques. Ces derniers " procèdent en effet de l'homme et renvoient aux droits respectifs des diverses parties " suppléant à leur caractère subjectif par le concept des " droits naturels ".

La justice étant la mise en pratique du Droit, l'Islam en a fait le fondement et la condition de crédibilité des statuts légaux devant inspirer toutes les composantes de la Loi dans les domaines politique, économique et social. Par ailleurs, le caractère relatif de la justice eu égard au Droit (attribut absolu de Dieu) tend à s'estomper à la lumière des particularités qui définissent chaque situation : la compassion (rahma), le pardon (al-'afw, al-istighfâr), sont autant de valeurs complémentaires citées par le Coran qui viennent " adoucir " la justice, de même que le repentir (tawba) doit pouvoir infléchir sa sentence (cf. plus haut al-hudûd), un des attributs de Dieu étant " Celui qui agrée le repentir (al-tawwâb) ".

Un code des statuts légaux islamiques devrait consacrer une de ses branches au repentir, en expliquer les mécanismes et en étudier les conséquences autant sur les statuts que sur la vie sociale, indique l'auteur qui salue à ce propos l'initiative de Nelson Mandela et Desmond Tutu en Afrique du Sud laquelle a donné l'exemple de ce que peut être un tribunal acceptant les aveux repentants d'un pan entier de la société – tribunal devant lequel ont comparu les partisans de l'ancien régime de l'apartheid ayant porté préjudice aux noirs, pour exprimer leurs regrets et proclamer leur repentir sans que

châtiment s'ensuive – et l'incidence d'une pareille action sur la réforme individuelle et sociale.

La liberté de pensée et de croyance (*hurriyatul fikri wa-l itiqâd*) - garantie de la Foi, parant à l'ingérence d'un quelconque pouvoir -, la latitude facilitant l'action (*al-taysîr*) et l'indulgence (*al-samâha*), interfèrent dans l'organisation d'une vie sociale où sont respectées la dignité de l'homme et la diversité voulue par Dieu, de même que sur le plan économique, le " débours " ou dépense (*al-infâq*), principe sans cesse encouragé par le Coran qui stigmatise l'avarice, sera pris pour base des statuts régissant les tractations financières, interdisant l'accaparement des terres pour une durée indéfinie, etc.

### III.2.3. La Sunna

L'existence de valeurs morales qui font éclore la conscience humaine et les lois sociales et l'existence de chefs qui les personnifient et les enracinent dans les esprits sont les deux conditions préalables à la réforme sociale, " Dieu ayant symbolisé les valeurs morales par le Coran et le chef qui œuvre à les expliciter et à mettre en pratique les lois qui les traduisent dans la société par le Prophète ". L'auteur résume l'argumentation développée dans le deuxième volume et en tire la conclusion : la Sunna ajustée au Coran – et non le contraire – et délivrée des " camisolles de force " dans lesquelles s'est enfermé le *fiqh*, apparaît donc comme le troisième fondement de la nouvelle jurisprudence, illustrant le type de force motrice qui précise et combine dans la syntaxe de la vie les paradigmes énoncés par le Coran.

### III.2.4. La coutume

Enfin, le quatrième fondement établi par l'auteur est la coutume (*al-'urf*) en place du consensus ou accord unanime (*ijmâ'*) des croyants ou des ulémas, mis en doute ou jugé impossible par de nombreux *fuqahâ'* tels l'imam Ibn Hanbal (qui a été jusqu'à dire : " Qui prétend qu'il y a consensus est un menteur "!), Ibn Hazm, al-Shâfê'i, Ibn al-Wazîr,... " Mais à supposer que pareil accord fut possible, indique l'auteur, cela n'exclut pas l'erreur de jugement car il est par exemple un accord des *fuqahâ'* en ce qui concerne l'abrogation (*naskh*) de versets du Coran ou le châtiment du renégat et dans les deux cas l'écart est évident dans la mesure où ils se réclament d'arguments subjectifs aux dépens du fondement général (...) Quant à l'insistance des contemporains à considérer l'*ijmâ'* comme une vérité incontournable alors qu'il n'a en fait jamais existé, elle accuse leur tendance à ruminer le passé et leur démission devant la pensée rationnelle", souligne-t-il.

Si le rôle de l'*ijmâ'* était d'introduire la dimension humaine dans le rapport juridique et prétendait ouvrir l'accès à une participation maximale qui s'est avérée illusoire, la coutume, généralement considérée comme un fondement subsidiaire, paraît avoir un apport plus essentiel à ce niveau car "en permettant au temps de respirer" [18], elle ouvre la voie royale devant la participation sociale spontanée ou rationnelle.

Outre le fait que des indices du Coran et de la Sunna autorisent à voir dans la coutume une source de juridiction, indique l'auteur, celle-ci constitue le terrain de l'humain à part entière où le principe, sauf en de rares exceptions, est de ne point interdire et où il n'apparaît de contradiction fondamentale [avec le bien] que dans le cas d'une totale inversion des valeurs. Toutefois, constate l'auteur, la jurisprudence traditionnelle a paradoxalement transformé ce terrain en un goulot d'étranglement où s'imbriquent le plus grand nombre de contraintes et de prohibitions, concernant la femme en particulier.

Il n'en demeure pas moins qu'étant " la voix du temps invincible dont nulle force ne peut bloquer la progression ni les changements qui l'accompagnent, et le fruit de l'interaction des civilisations, des cultures et des peuples ", la coutume ouvre un champ privilégié à la réflexion sur les rapports du passé et du présent, du semblable et du différent, de la continuité et de la rupture imposée par l'évolution et que toute législation doit intégrer. " Peu importe, écrit l'auteur, si des coutumes semblent déroger à certains textes car les alternatives qu'offre la sharî'a assurent la souplesse nécessaire pour traiter avec l'irruption du nouveau et pour s'inspirer des plus hautes intentions de la Loi en les préférant à la lettre du texte..."

[1] [2]