

La fin du savoir juridique ou Vers une nouvelle dialectique en droit islamique

BRUCE MABLEY *

I. INTRODUCTION

La nature du savoir juridique soulève une pléthore de questions entourant la manière dont nous faisons le droit. De même, quand il s'agit de définir ce qu'est le savoir juridique, nous avons envie de savoir aussi pourquoi on fait le droit. Au nom de quoi fait-on des projets de loi, de la jurisprudence, des précédents et des concepts? Quelle est l'intention des juristes au moment où ils conçoivent et développent la loi? En d'autres mots, quelle est l'origine insolite du savoir juridique? Armés d'une réponse à cette question, nous serions plus à même d'aborder une définition éventuelle de ce savoir. Cet effort intellectuel nous aidera à identifier le contenu de ce savoir en soulignant la pertinence de tel ou tel concept. Si, comme certains le disent, le droit est toujours en demande, il conviendrait de savoir *pourquoi* il en est ainsi.

Dans le contexte du droit islamique, la théorie orthodoxe affirme que la quête du savoir juridique se trouve freinée, et ce, depuis le début du 9^e siècle. Lorsque nous réfléchissons sur le droit pour trouver des cas d'espèce, s'agit-il de simples gestes mécaniques permettant de bricoler des solutions juridiques sur mesure? Ou y a-t-il une vision de la justice qui anime de tels changements dans nos lois au-delà des avatars de la loi naturelle? Pouvons-nous échapper à ce désir ou à cette pathologie qui nous pousse à créer un autre monde en nous appuyant sur une certaine conception optimiste de la justice humaine; et pourquoi cet autre monde serait-il meilleur que celui-ci? Si l'on prête l'oreille à ces ques-

* Faculté de droit de l'Université Laval

¹ « L'utopie est la réponse à une pathologie du corps social. » (Gérard Guyon, « Utopie et l'imaginaire juridique », dans *Archives de philosophie du droit*, tome 30, Paris, 1985, p. 268.) L'espoir de créer un monde meilleur mais toujours inaccessible se dessine comme une réponse éventuelle aux questions « pourquoi faisons-nous le droit? », « à quoi sert le savoir juridique? ».

tions, notre recherche d'une définition discursive du savoir juridique perd un peu de son lustre car de toutes façons, il aura toujours un pied dans ce monde et l'autre dans un au-delà idéalisé.

Si la recherche d'un monde meilleur traduit bien ce désir forcené pour une justice actualisée, on n'aurait peut-être pas tort de nous référer prioritairement à la définition du bovarysme dont parle André Gide dans son étude sur Dostoïevski : Somme toute, nous ne sommes pas très loin ici, me semble-t-il, de ce que M. Jules de Gaultier appellera le bovarysme—nom qu'il donne, d'après l'héroïne de Flaubert, à cette tendance qu'ont certains à doubler leur vie d'une vie imaginaire, à cesser d'être qui l'on est, pour devenir qui l'on croit être, qui l'on veut être.²

Est-ce, en fin de compte, le bovarysme qui caractérise le vrai travail des juristes—un genre de dédoublement métaphysique né d'une pathologie humaine plutôt qu'un quelconque étalement de la raison?

En dépit de son contenu religieux, le droit islamique, en tant que système de droit, peut-il échapper à toutes ces interrogations? Je crois que non, et nous avons donc une première preuve à l'effet que « faire du droit islamique » ne constitue pas un détour important par rapport à notre désir de mettre en application l'idée de justice. Ce droit religieux est aux prises avec le même désir commun de créer un monde meilleur et, en tant que tel, notre discussion ici garde toute sa pertinence pour notre propre droit occidental.

Certes, il nous reste beaucoup à faire avant de pouvoir apporter des réponses satisfaisantes à ce dernier questionnement. Dans la mesure où nous arrivons à mieux expliquer ce qui motive initialement droit (comme l'espoir métaphysique d'un monde meilleur né d'une révolte contre l'injustice de ce monde-ci), la question de la fin du savoir juridique s'éclaire : c'est là l'intuition première de ce travail. En fait, il s'agit, dans le cas de l'islam, d'identifier et d'expliquer le moment précis à partir duquel il y a absence d'innovation en droit. En sachant ce qu'est l'absence d'innovation en droit, peut-être pourrions-nous mieux cerner la motivation et le contenu du savoir juridique. C'est d'ailleurs pourquoi il convient maintenant de parler de rupture entre le droit et la fin de l'innovation en droit. Pour cela nous utiliserons d'abord un exemple tiré du droit islamique, un moment dans l'histoire où le savoir juridique islamique s'est arrêté d'un commun accord. Mais pourquoi le savoir juridique islamique s'arrête-t-il au début du 9^e siècle? Pourquoi n'est-il plus en demande? Nous allons prendre l'exemple du droit islamique pour mettre en évidence le concept de fin de droit. Dans un deuxième temps, nous nous efforcerons de tirer des conclusions par rapport à notre propre droit. Bien entendu, si le droit est toujours en demande, il ne peut jamais s'éteindre. Que cette demande connaisse des fluctuations selon les besoins historiques, n'en doutons point. Certains diraient qu'il ne pourrait jamais

² André Gide, *Dostoïevski*, Paris, Gallimard NRF, 1923, p. 147.

s'arrêter puisque la pathologie humaine visant à créer un monde meilleur est toujours de mise. L'idée de justice et la quête du savoir juridique seraient donc des illusions indispensables pour faire le droit de nos jours.

A. Religion et droit

Je vois déjà les visages crispés de nos juristes qui s'opposent à ce que le droit islamique soit considéré comme un vrai système de droit en vertu de ses énoncés religieux. Ainsi notre procédé cherchant à tirer des conclusions au sujet de la nature et de la finalité du savoir juridique serait inapproprié. Et si on mettait le Coran sur sa tête en disant qu'il s'agit désormais, d'abord et avant tout, d'un document de recherche juridique? En faisant primer le volet juridique, par rapport à celui de la religion?³

Ce n'est pas l'objectif de la présente analyse d'énumérer de manière exhaustive les différents liens entre le droit islamique et les autres droits nationaux. Néanmoins il suffit de dire que, pour nous, il existe bien des parallèles entre notre droit et celui des musulmans surtout au niveau des objectifs visés, assez pour que nous puissions établir ces quelques rapprochements. Nous avons déjà évoqué leur besoin commun de répondre aux demandes de créer un monde meilleur. En principe, une religion ne se limite pas à l'unique croyance en un ou plusieurs dieux,⁴ ceci n'étant qu'un volet parmi d'autres dans l'expérience de la foi. Même la science, qui se targue d'une objectivité sans borne, faut à la tâche lorsqu'on examine ses racines culturelles dans une *Weltanschauung* ou épistémé quelconque.

Par ailleurs sur le plan pratico-pratique, le rapprochement entre juristes peut être constaté. Que se passe-t-il quand le *mujtahid* fait de l'*ijtihad*? Est-ce si différent du raisonnement des architectes et juristes du droit occidental? Et la pensée juridique : reflète-t-elle le processus d'*aufheben* dont parlent les dialecticiens, processus qui comporte trois volets méthodologiques—conservation, destruction et élévation? N'est-ce pas le même processus de raisonnement qui anime nos juges quand ceux-ci doivent prendre une décision en tenant compte des règles de jurisprudence?

Inutile aussi de souligner la résurgence de l'Islam et de la pensée islamiste qui font partie actuellement du paysage juridique mondial. En effet, la *chari'a* est devenue une question d'actualité en droit comparé. La *chari'a* met en cause des

³ Religion et idéologie se confondent dans l'histoire de l'absolu. Notre droit capitaliste défend une certaine vision de la société et de l'homme. Le positivisme juridique n'échappe pas à cela. D'ailleurs c'est ici où la vision mécaniste du droit s'écroule. Il me semble évident que notre droit véhicule un certain nombre de relations économiques et on ne devrait pas s'étonner de voir dans le Coran des formules complexes pour la mise en application des lois successorales.

⁴ On pense ici à la « multitude des voix du passé », notion de la pensée herméneutique de Godamer.

travaux prodigieux dans le domaine du droit public international et elle cherche de plus en plus à co-habiter avec le droit national.

Dans son article sur les utopies, Gérald Guyon, qui dresse un tableau des différentes utopies, soulève maintes interrogations, dont celles relatives à l'objectif social visé par le droit. En faisant le lien entre une certaine pathologie humaine et les utopistes, Guyon réussit à remettre l'idée de droit ainsi que celle de la justice sur la table. Avec acharnement, cet auteur tente de nous démontrer comment les utopies éliminent la démocratie et prétendent mettre fin aux différends entre les hommes. C'est de cette fin qu'il convient de parler car il peut y avoir un impact sur notre questionnement relatif à la fin du savoir juridique. Il y a tout lieu de croire que ce frein que Guyon appelle « utopie » s'applique également au savoir juridique. Son discours ne passe pas inaperçu lorsque nous faisons la relation avec le droit islamique, même si son origine se trouve préalablement dans le débat entourant la fin de l'histoire. En effet, avec le règne de *taqlid* au début du 9^e siècle, on pourrait dire qu'on assiste à la fin du savoir juridique islamique, c'est-à-dire en matière d'innovation en droit. À quoi cela tient-il? Est-ce dû aux facteurs historiques ou politiques? Convient-il de parler d'une décision prise par les *mujtahids* à partir des sources de droit islamique? On sait que l'*idjma*, en tant que source de droit islamique, est censé être responsable de la fin de la période de l'*ijtihad*. Toutefois l'utilisation de l'*idjma* ne fait pas l'unanimité parmi les différents courants de pensée islamique. D'autant plus que l'*idjma* est une épée à deux tranchants dans la mesure où il autorise les conditions d'innovation en droit chez les *mujtahids*, tout en étant aussi responsable d'avoir freiné ces mêmes conditions. Autrement dit, la notion de consensus ou *idjma*⁵ en tant que source du droit islamique existe indépendamment de tout contenu réel, qu'il soit la fin de l'innovation en droit ou, au contraire, son prolongement dans le temps.

Au sein de la famille islamique, les chiïtes ne reconnaissent pas *idjma* comme source de droit, en raison de la controverse autour du choix du successeur de Mohammed. On se rappellera que l'*idjma* (ou consensus) fut invoqué pour appuyer le choix d'Abu Bekr comme Premier calife, aux dépens d'Ali. Sans déconstruire le sens et la portée de l'*idjma*, Ibn Taimiyya, reconnu comme le père d'un courant de pensée islamiste, ira jusqu'à critiquer *taqlid* dont la raison d'être se retrouve dans le consensus des oulémas au début du 9^e siècle.

Or, en rejetant *idjma* comme source de droit islamique, les chiïtes balaient du même coup la notion de *taqlid*. Car *taqlid* fut le résultat du consensus des

⁵ Certes il y a un lien à établir entre la doctrine d'*opinio prudentium* en droit romain et *idjma*. Selon Joseph Schacht, l'*opinio prudentium* est à la base du concept de l'*idjma*, mais d'autres comme Camille Mansour conteste cette affirmation. Ce dernier maintient que « [l]'accord des prudents en droit romain n'est donc pas un concept hautement technique mais une règle formelle. » (Camille Mansour, *L'Autorité dans la pensée musulmane*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 1975, p. 56.)

oulémas et cette décision puise son autorité en droit islamique du concept d'*idjma*. On voit bien que le différend sunnite-chiite au sujet de l'utilisation de l'*idjma* nous conduit directement à la fermeture de la porte de l'*ijtihad* et à la fin du savoir juridique, toutes deux ayant leurs origines dans l'histoire du droit islamique autour d'un conflit politique de succession.

Il n'en reste pas moins qu'il existe un fondement doctrinal pour *idjma*, dont l'expression trouve son écho dans le Coran : « Point de violence en matière de religion. La vérité se distingue assez de l'erreur.⁶ » La deuxième partie du verset sert de base coranique pour appuyer *idjma* comme source de droit. Il serait donc possible grâce à l'*idjma* de choisir le droit chemin tracé par Dieu. Dans un hadith rapporté par al-Boukhari,⁷ le Prophète aurait dit : « Ma communauté ne se fonde pas sur l'erreur. » Nous constatons donc un conflit au sein de la doctrine de l'*idjma* entre son utilisation politique lors de la succession de Mohammed et son impact sur des questions de fond en droit islamique, comme la fermeture de la porte de l'*ijtihad*.

Si l'on se fie au *Dictionnaire de l'épistémologie juridique* de François Ost, la voie de l'interprétation se trace ainsi: L'intérêt de cette conception de l'épistémologie est de souligner que toute science [...] prend nécessairement appui sur des présupposés ontologiques et axiologiques; une certaine vision du monde (déterministe, finaliste, probabiliste [...]) et un ensemble de valeurs.⁸

Ce qui revient à dire que l'appel juridique aux valeurs de la société nous offre de nouveau le spectacle d'une pathologie humaine qui fait que l'on cherche à s'approprier un au-delà idéalisé. Ce thème est habilement repris par Albert Camus dans sa philosophie politique de la révolte qui prône la solidarité humaine ou lieu de la révolte « trahie » aux visées absolutistes. Il serait illusoire de penser que le droit en demande arrive à assouvir cette soif ou pathologie là où la révolte a échoué. La théorie de la révolte camusienne nous permettra d'analyser ces tentatives, lesquelles ne font qu'étouffer ce cri humain pour la justice.

En effet, la pensée politique de Camus se dresse contre cette fusion proposée entre l'Être (*sein*) et le « devoir être » (*sollen*). La théorie de la révolte soulève plusieurs questions reliées à la fermeture de la porte de l'*ijtihad* en plus de poser quelques jalons d'interprétation du monde politique. Est-ce que la fusion de *sein* et *sollen* est annonciatrice d'une fin du savoir juridique, et, par définition, la fermeture de la porte de l'*ijtihad* en droit islamique?

⁶ Le Coran, S11 : 257.

⁷ Il est généralement accepté par la plupart des experts en droit islamique que les *hadiths* rapportés par Al-Bukhari ou al-Muslim soient *mutawatir* ou fiables, c'est-à-dire vérifiés par de multiples transmissions semblables.

⁸ François Ost, « Science et droit », dans André-Jean Arnaud (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDL, 1988, p. 363-367.

D'abord il convient de signaler que tout juriste, fidèle à ses sources, rejoint le monde de l'art et de la beauté en imaginant un monde meilleur. Ceci étant dit, l'épreuve est d'éviter les écueils de cet esprit d'unité forcené. Certes, en imaginant un monde juste, nous devons faire nécessairement le procès de celui-ci. Par contre, doit-on faire table rase du monde « injuste » pour créer une société juste? En droit islamique, cette même réflexion nous amène sur le terrain de l'opposition entre *taqlid* et *ijtihad*. L'enjeu est bel et bien la fin du savoir juridique.

Pour Camus, cet effort, ou *jihad* intellectuel, cherche à tendre l'arc de la vérité. Le tendre vers un savoir impossible, vivre l'absolu comme une tentative vaine quoique nécessaire de recomposition du monde, refaire l'analyse de nos erreurs—telle est la mesure d'une pensée « fidèle à la terre », qui consiste à célébrer les valeurs de l'intelligence et à réprimer les tentatives de vivre dans l'ombre de l'absolu. Contre le nihilisme⁹, Camus écrit : « L'arc se tord, le bois crie. Au sommet de la plus haute tension va jaillir l'élan d'une droite flèche, du trait le plus dur et le plus libre.¹⁰ »

La fin du savoir juridique islamique débute avec le règne du *taqlid* ou le conformisme juridique. L'arrivée de *taqlid* est l'équivalent d'une révolution juridique islamique ou une coupure épistémologique. Cette rupture s'est effectuée entre une période de construction ou *ijtihad* et celle d'un silence juridique assourdissant. C'est bien une affaire d'épistémologie car les *mujtahids* ayant tout vu et tout solutionné, toute autre connaissance des sources de la loi nous est inutile. Il s'agit maintenant de savoir au nom de quoi les juristes ont prononcé ce verdict implacable. Nous devons trouver la réponse dans l'*idjma*.

Ne cachons pas l'enjeu politique de notre discussion de la fin du savoir juridique. Il va sans dire que bon nombre de commentateurs, surtout occidentaux, comme Joseph Schacht, pensent que *taqlid* est responsable du manque de modernisme en droit islamique. Ils l'accusent d'être responsable des excès – punitions ou positions jugées indûment sévères, telles la lapidation, le non-respect des déclarations des droits de la personne, de l'égalité des femmes aux yeux de la loi, les insuffisances constitutionnelles, les entraves au commerce international, etc. *Taqlid* serait donc responsable du manque de signataires de pays musulmans des conventions en droit public international ayant un lien avec les droits de la personne. Cependant bon nombre d'islamistes s'opposent au *taqlid* tout en prônant des sentences très strictes pour certains crimes. L'apostasie en est un exemple frappant et elle est passible de peine de mort. Il n'y pas de garanties politiques avec ou sans *taqlid*. À juste titre, signalons le régime des talibans

⁹ Pour Camus, un nihiliste peut aussi être quelqu'un qui croit. Si on accepte cette intuition que religion et nihilisme ne sont plus des contraires, toute pensée qui cherche à valider une vision de l'au-delà nous éloigne de la fidélité à la terre.

¹⁰ Albert Camus, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1951, p. 367.

d'Afghanistan, dont les chefs politiques et religieux s'inspiraient de l'école de droit hanéfite, celle qui est la plus libérale des quatre *madhabs* en matière d'interprétation et d'utilisation des *usul al-fiqh*.

Parmi les observateurs du phénomène islamique, nombreux sont ceux qui ont longtemps reconnu l'importance de la fusion juridico-religieuse du droit islamique. Dans la mesure où le droit d'une société n'est souvent que le reflet politique d'un quelconque projet social, nous pouvons dire que le droit islamique s'exprime nécessairement dans le domaine politique. Rien d'étonnant jusqu'à maintenant.¹¹ Dans son *Introduction à l'étude du droit musulman*, Louis Milliot appuiera ce principe qui se pose comme fil conducteur pour toute étude juridique des croyances islamiques :

Sur cette base première de la religion musulmane s'élèvera une doctrine de devoirs envers Dieu et envers les hommes; une déontologie, non un *corpus juris*. La Loi de l'Islam, comme la Loi de Moïse, réunit religion, morale et droit, notions, chez nous, bien séparées. Il existe donc une liaison intime entre la naissance et la formation de la religion et le développement de droit; il est impossible de les séparer à l'origine.¹²

Puisque l'Islam ne prévoit pas la séparation des pouvoirs civils, alors le juridique, le législatif et l'exécutif se fondent dans une ontologie religieuse.

Certes, l'impact de l'élément religieux sur le droit est onéreux. D'ailleurs, il ne fait pas de doute que bon nombre d'observateurs de droit positif affirmerait que la *chari'a* puise sa force et son contenu dans la religion musulmane. Soit. La question qui nous intéresse ici se situe à un autre niveau, celui de l'immobilisme théorique de la *chari'a* ou, de manière plus générale, de la théorie du droit musulman. En nous incitant à analyser ce concept, nous ne saurons éviter de soulever la controverse autour de la notion de la fermeture de la porte de l'*ijihad*. Y a-t-il en droit musulman une dynamique qui assurerait son évolution dans le temps? Ou devons-nous conclure comme Milliot que le pouvoir de réforme a pris fin avec les quatre *mujtahids* et quelques-uns de leurs disciples?

Quoi qu'on dise du *fiqh*, qu'il soit immuable ou évolutif, cela ne change en rien le fait que le droit musulman se dévoile à partir des notions de maîtrise et d'autorité—telles la hiérarchie des sources de droit selon leur lien avec le Prophète, l'authenticité des versets coraniques, en plus des témoignages de la

¹¹ Dans son livre *Non! L'Islam n'est pas une politique* (Bruxelles, Desclée de Brouwer, 2003, p. 22), Dalil Boubakeur sonne la cloche de la dissidence. Ce recteur de l'Institut musulman de la Grande Mosquée de Paris affirme que ce sont des intégristes qui ont déformé l'Islam : « Ce n'est rien d'autre que l'appétit de pouvoir des intégristes qui, aujourd'hui, veut nous faire croire à ce lien indissociable [...] ». Bien entendu, il s'agit du lien entre la politique et la religion. Compte tenu du fait que la religion comme telle se dévoile à partir d'une dialectique de la maîtrise, et donc d'une soumission du croyant à un ou des dieux, il nous semble plutôt difficile de garder la religion à l'écart du domaine de la politique. Le Prophète lui-même a joué le rôle d'un chef d'État pendant sa période médinoise.

¹² Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953, p. 98.

Sunna et des *hadith*, maîtrise de soi exigée des croyants d'après des prescriptions précises dans le Coran, les oulémas comme *mujtahids*, etc. La signification même de l'Islam signifie « soumission à Dieu ». Les *usul al-fiqh* posent la question de l'origine de l'autorité et cette question prendra toute son importance lors de la mise à mort du califat en 1924. Ceci n'a rien d'étonnant, car les religions de l'époque (le christianisme et le judaïsme), elles aussi, étaient bâties à partir des notions de maîtrise et d'autorité, en conférant à Dieu ou à ses représentants triés sur le volet un pouvoir démesuré. Cette relation du maître et de l'esclave leur est donc propre, si bien que la religion musulmane recèle une dynamique formidable au sein d'elle-même—le moteur d'un développement dialectique qui offre à certains la possibilité de rouvrir la porte de l'*ijtihad*.¹³ D'ailleurs dans son *Traité de droit public*, Ibn Taimiyya sanctionne textuellement cette thèse conceptuelle en parlant de la relation entre Dieu et le Prophète : « Je déclare que Muhammad est son esclave et son prophète ».¹⁴ L'ambition de cette réflexion consiste à affirmer avec les Jeunes Hégléiens que toute relation de maîtrise engendre des remises en cause dont l'ouverture de la porte de l'*ijtihad* n'est qu'un des avatars.¹⁵

Et cet effort de la pensée (*ijtihad*) aura des répercussions sur la représentation historique de cette nouvelle réalité. Pour cela, trois facteurs doivent être présents—une dynamique théorique, l'opportunité historique et l'autorité. Au 20^e siècle, ces trois composantes seront effectivement présentes, permettant ainsi aux juristes d'élargir les horizons politiques et juridiques du droit islamique. Il conviendrait donc de mettre en lumière un tant soit peu notre questionnement autour de l'impact du droit islamique sur la pensée islamiste de nos jours tel qu'il s'exprime au sein des États et organisations islamistes.

II. SURVOL DE L'HISTOIRE DE LA PORTE DE L'*IJTIHAD*

Peu de juristes islamiques s'opposeraient à l'idée que le Coran et la Sunna constituent des sources prioritaires de droit musulman. Toutefois une question a dû se poser assez rapidement après la mort de Mohammed, à savoir : comment

¹³ En d'autres mots. hégléiens, faire en sorte que le réel soit rationnel et vice-versa.

¹⁴ Ibn Taimiyya, *Traité de droit public. Siyasa sariya*, Beyrouth, Institut français de Damas, 1948, p. 1.

¹⁵ Il faut faire la distinction entre les réformes visant à modifier la relation du maître et de l'esclave et celles qui prévoient la suppression de toute structure de maîtrise à jamais (la thèse de la fin de l'histoire de Kojève). Nous aurons l'occasion d'en parler plus loin, mais compte tenu de la position hégléienne selon laquelle il existe une relation de dépendance mutuelle entre le maître et son esclave, l'ouverture de la porte de l'*ijtihad* ne mettrait pas en cause la croyance de base des musulmans. En ce sens, l'apparence de nouveaux *mujtahids* signalerait la mise en oeuvre des modifications de l'institution de la maîtrise rendues nécessaires par des changements historiques.

trancher en droit islamique alors que les conditions historiques et matérielles ont changé?

Nonobstant les tendances salafiste et wahabite, la plupart des observateurs du droit musulman s'accordent pour dire que la porte de l'*ijtihād* s'est ouverte peu de temps après la mort de Mohammed et sous le règne des premiers califes.¹⁶ En effet, l'expansion du territoire acquis par la force des armes a grandement compliqué l'administration de la justice lorsqu'il était question de mœurs et de langues différentes. Déjà la foi pouvait créer le ciment nécessaire en vue de conquérir et de pacifier les nouveaux territoires. Et encore une fois le droit islamique a réussi à jouer son rôle politique de prédication. Cette nécessité géopolitique (*darura*) exigera des réformes dans la théorie juridique. Certes il s'agissait de musulmans nouvellement convertis mais encore accrochés aux coutumes locales (*urf*), dont certaines pouvaient porter atteinte à la pureté de la foi. D'où la création des quatre *madhabs* sunnites et l'utilisation de *qiyas* et de l'*idjma* pour adjudiquer certaines causes, alors que les autres sources de droit se révélaient inadéquates. Bien entendu, *idjma* avait déjà joué un rôle politique de premier plan en excluant Ali et les chiïtes de la succession au califat. Selon l'orthodoxie, suivant la mort des quatre mujtahids (Malik, Hanîfa, Hanbale et Shafé'i), la porte de l'*ijtihād* s'est brusquement fermée pour ne plus jamais se rouvrir.¹⁷ Selon les adeptes de cette position, le reste de l'histoire du droit musulman n'est que du *taqlid* fidèle à l'*usul-al fiqh*. En un mot, il n'existait plus de *mujtahids* habilités à faire l'oeuvre de l'*ijtihād*.¹⁸

Nous devons tout de même savoir au nom de quoi s'exerçait la fermeture de la porte de l'*ijtihād*. Au nom de *darura* ou de l'opportunité historique seulement? N'y a-t-il pas une raison purement juridique pour expliquer que l'innovation en droit ait pris fin? Certes les premiers auteurs de l'*ijtihād* avaient à l'esprit autre chose que simplement *darura*. Notre questionnement revient toujours à notre point de départ, enraciné dans la philosophie du droit : que se passe-t-il quand le *mujtahid* fait de l'*ijtihād*? S'agit-il du processus d'*aufheben* qui comporte à la fois négation, conservation et élévation? Le concept de l'*ijtihād* ne pourrait-il pas se substituer aux notions du Législateur (droit civil) et aux précédents juridiques (la « common law »)?

¹⁶ Plus précisément, un certain courant de la pensée salafiste cherche surtout à retourner au temps où la porte de l'*ijtihād* était fermée, c'est-à-dire avant l'arrivée des *madhabs*.

¹⁷ Au plus tard selon quelques juristes, la fermeture de la porte de l'innovation juridique a coïncidé avec la prise de Bagdad en 1258. Les *mujtahids* sont morts quelques centaines d'années avant mais leur travail fut repris par leurs étudiants.

¹⁸ La définition de l'*ijtihād* se caractérise par un effort de la pensée, force de réflexion. On peut en trouver l'écho dans la mythologie grecque telle qu'utilisée par Camus dans *L'homme révolté*, à savoir, tendre l'arc. Ainsi l'*ijtihād* ne saurait jamais être réduit à la recherche des solutions dogmatiques mais plutôt comme un effort (sans cesse répété, dirait Camus) ardu au niveau intellectuel. On dirait un Sisyphe en train de réinventer le monde.

Bien sûr, ce dernier procédé pourrait nous éclairer en nous expliquant le moteur du changement des sources du droit. Car il s'agit bel et bien d'une modification de celles-ci—une refonte en quelque sorte. Si tel est le cas, nous sommes en face d'un mouvement de réforme de grande envergure qui trouve ses assises probablement dans une coupure épistémologique.¹⁹ Les contours et paramètres de cette rupture se retrouvent dans les différents contextes historiques de l'*ijtihād*.²⁰

Avant l'expansion des *madhabs*, il y eut l'oeuvre écrite et non écrite de Mohammed ainsi que la tentative visant à réunir maints *hadiths*. Toutefois l'apparition des *madhabs* signale un tout autre effort intellectuel qui cherche à développer un droit musulman mise à jour pour régir différentes sociétés. Il y avait le souci chez les juristes de faire correspondre le droit et *darura*. Quoi de plus normal, car c'est ainsi que le droit islamique a pu se développer à partir du droit coutumier des tribus de la péninsule arabique. Il s'agit donc d'une nouvelle ère, celle de la création d'un corpus de droit plutôt qu'un travail de collection de données et de maximes. Et la présence de ces *madhabs*, y compris celui qui nie la nouvelle tâche épistémologique (école Hanbalite), ne fait que confirmer la nouvelle orientation. Jusqu'à maintenant, nous sommes tout à fait dans l'interprétation orthodoxe du droit musulman qu'acceptent bon nombre d'observateurs, sauf peut-être quelques salafistes ultra-rigoureux.

Ce qui est nouveau consiste en l'utilisation d'une méthode si radicale qu'elle implique une cassure avec la définition traditionnelle du droit musulman. En réinventant le droit, les premiers *mujtahids* en ont créé un autre qui nie et conserve à la fois une partie du droit originel tel que défini dans le Coran et la Sunna. On n'a qu'à regarder les différentes interprétations du Coran et de la Sunna dont parlent nos quatre *madhabs* ainsi que leurs extrapolations fort différentes pour bien saisir l'ampleur du travail juridique en train d'être accompli. Cette méthode contraste avec l'éclipse des quatre premiers *mujtahids* après laquelle nous nous retrouvons plongés dans l'ère du *taqlid*. L'ère du *taqlid* présume la fermeture de la porte de l'*ijtihād* car le *taqlid* « [...] est le fait d'accepter l'opinion d'autrui sans en discuter le fondement [...]. Le *taklid* et l'*idjtiḥād* sont donc deux notions contraires. »²¹ Quand, dans l'histoire du droit musulman, nous passons du *taqlid* à l'*ijtihād* et vice-versa, nous sommes donc en

¹⁹ Il y a des exemples impliquant *ijtihād* et le concept de rupture épistémologique : la relecture de la révolution copernicienne que Thomas Kuhn nous invite à faire; le cas de Marx, qui, selon Louis Althusser, avait changé son orientation « idéologique » en 1845 dans *L'idéologie allemande* au profit des concepts économiques et scientifiques du marxisme moderne.

²⁰ On se réfère ici aux pressions exercées sur le système judiciaire. Au 20^e siècle, il s'agit du défi posé par la mondialisation et plus précisément du nouveau droit public international.

²¹ Milliot, *ibid.*, p. 150.

présence d'une coupure épistémologique qui redéfinit le travail juridique à accomplir. Ici l'impact de *darura* ne peut pas être ignoré.

Si l'on retourne en arrière, nous aurons donc affaire aux systèmes de droit basés sur la *chari'a* mais ce, à partir de différentes sources de droit islamique—le Coran, la Sunna, l'*idjma*, *qiyas*, *taqlid*, *isteshan* et autres. Cependant l'accueil de nouvelles sources de droit ne peut se faire sans modifier les autres. Cet effort de réforme (*ijtihad*) a l'avantage de tenir compte de l'expansion géographique de l'Islam et, en même temps, de garder intact le message essentiel de Mohammed. Chaque étape dans le développement du droit islamique représente un niveau de développement du système de droit islamique dont le destin est d'être transformé par le processus d'*aufheben* (négation, conservation et élévation). En droit islamique, le meilleur exemple de ce processus se trouve dans la rupture épistémologique chez Mohammed entre les périodes mecquoise (pré-juridique) et médinoise (juridique).

A. La dialectique de la maîtrise—le moteur de l'*ijtihad*

Nous avons dit plus haut qu'une religion exige normalement une hiérarchie de valeurs fondée sur des connaissances divines ou révélées. C'est le cas avec l'Islam qui, lui, exige une soumission du croyant au pouvoir absolu du maître. En jumelant les concepts du droit islamique avec ceux de la dialectique du maître et de l'esclave, il nous est offert la possibilité de jeter les bases d'une ré-interprétation du débat entourant l'ouverture de la porte de l'*ijtihad*, ré-interprétation qui s'inspirera des débuts de la formation du droit peu de temps après la mort de Mohammed. Si le droit islamique est fondé sur une structure de l'autorité comme le veut croire Wael Hallaq (*Authority, Continuity and Change in Islamic Law*), alors nous sommes en droit de faire le lien avec l'expression politique, qui en est le reflet, car la politique est bel et bien le domaine de l'autorité et de l'hégémonie. En Islam, religion, droit et pouvoir ne s'excluent pas mutuellement. Vers la fin de son *Traité de droit public*, Ibn Taimiyya illustre bien notre dialectique de la maîtrise à l'œuvre dans la religion musulmane : C'est donc un devoir que de considérer l'exercice du pouvoir comme une des formes de la religion, comme l'un des actes par lesquels l'homme se rapproche de Dieu. Se rapprocher de Dieu et à son Prophète, constitue l'une des formes les plus élevées du culte.²²

Et ceci est aussi le domaine de la dialectique de la maîtrise et de la conscience si l'on se fie à notre intuition hégélienne.

Chez Hegel, l'expression de la dialectique du maître et de l'esclave se trouve dans une opposition entre l'homme (le péché) et Dieu (le divin) dans le contexte d'une dynamique forgée par la nécessité (du travail et de la production). Si le maître élimine l'esclave, il se nie lui-même en supprimant la production.

²² Ibn Taimiyya, *ibid.*, p. 173-4.

En revanche l'esclave a besoin du maître afin d'échanger son labeur pour des vivres. De la même manière, le débat sur l'*ijtihād* ne saurait échapper aux facteurs matériels comme *darura*. Afin d'illustrer le débat entourant la porte de l'*ijtihād*, nous allons choisir trois volets dont chacun recèle des éléments du développement du droit islamique—*darura* (ou opportunité historique), *jahiliyya* (dynamique théorique fondée sur la notion d'« erreur ») et *taqlid* (autorité). Pour expliquer l'échec de l'islamisme, Gilles Kepel invoque ce procédé dialectique aussi. Ainsi comme il l'observe si bien en guise de conclusion de son livre *Jihad* : « Paradoxalement, l'expérience islamiste a peut-être produit, à son corps défendant, les conditions de son propre dépassement. »²³

Nul ne saurait élever le débat sur l'*ijtihād* sans tenir compte de l'assaut contre le droit islamique perpétré par l'Empire ottoman sous Mahmoud II à partir de la première moitié du 19^e siècle (voir Hallaq « *Can the Shariah be Restored?* »). Selon Hallaq : The demise of the Shariah was ushered [...] by the creation of the nation state [...]. Ottoman sultans and Egyptian rulers created a new group of legal professionals [...] who began to displace the traditional legal elites.²⁴

Pendant des siècles il y a paralysie juridique, et donc absence totale d'innovation juridique malgré les changements apportés par *darura*, et présence importante de la notion de *jahiliyya* parmi les élites coloniales qui cherchent à éliminer progressivement la *chari'a* : voilà d'où origine le *jihad* moderne, né d'un recul du droit islamique. En parlant de *darura* et des événements visant à diluer et à coloniser le droit indigène, il appert que toute la question du droit musulman doit être étudiée, en partie à la lumière de son passé colonial récent, c'est-à-dire à partir du sous-développement juridique et économique imposé par des puissances européennes et américaines. En effet, la notion de *jihad* est celle qui constitue en quelque sorte le « smoking gun » en vertu duquel le monde du droit musulman rejoint irrévocablement celui de la vie politique en Islam.

Pour nos fins théoriques, *darura* assure la prise en charge du contexte historique des événements, qui peuvent faire infléchir la pratique quotidienne du droit. La fermeture de la porte de l'*ijtihād* après ses débuts prometteurs ne changera en rien ses exigences incontournables, qui s'accroissent avec le temps, à mesure que le fossé entre le réel et le rationnel se creuse sous l'impact de *da-*

²³ Gilles Kepel, *Jihad*, Paris, Gallimard, 2000, p. 570. La conclusion de Kepel n'a rien pour plaire aux islamistes. Il croit que depuis la dernière décennie, l'islamisme est en proie à ses propres contradictions à commencer par les intérêts divergents de ses deux composantes sociologiques principales—la bourgeoisie pieuse et la jeunesse urbaine pauvre. En plus de la dilution de l'idéologie islamiste dans l'économie du marché et la mondialisation, Kepel signale trois facteurs du déclin : « l'épuisement de l'utopie à l'épreuve du temps et du pouvoir, le conflit entre ses diverses composantes, et la question de la démocratie ». (Voir p. 559.)

²⁴ Wael Hallaq, *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 2–4.

rura. Le concept de *jahiliyya* ou faute se dévoile à partir d'un savoir absolu permettant aux salafistes de participer pleinement au débat sur l'*ijtihad* au 20^e siècle. Ensuite apparaît la liberté du conformisme juridique (*taqlid*) qui, elle, cherche à niveler par le bas en assurant la continuité et l'authenticité des sources traditionnelles du droit. Cependant cette liberté sombre dans un conformisme pendant plusieurs siècles en raison de la fermeture de la porte de l'*ijtihad*. Lorsque *taqlid*, s'exerce en tant que conformisme dans la formation du droit, il se crée les conditions de son propre dépassement ou le sort réservé aux islamistes selon Kepel. Ces trois éléments réunis propulseront le droit islamique dans l'actualité politique du 20^e siècle. Et cette nouvelle liberté (*taqlid*) nous laissera un legs incertain. Enfin il y aura Attaturk qui niera la structure du droit musulman en 1924 avec la mise à mort de l'institution du califat.²⁵ Toutefois les maîtres à penser coloniaux auront peu de temps pour délecter cette victoire avant que la porte de l'*ijtihad* s'ouvre de nouveau. Ainsi, la dialectique de la maîtrise pousse le droit islamique en avant en lui conférant un dynamisme que l'annonce rutilante d'une fin du savoir juridique ne saurait démentir.

C'est la pression de *darura* et des événements politiques sur l'évolution du droit islamique en période de *taqlid* qui déterminera son cours au 20^e siècle et après. L'attaque en règle contre la *chari'a* qui culminera en la mise à mort du califat par les réformistes turques de Mustapha Kemal fait en sorte que le droit musulman est coupé de sa tête. Avec les oulémas en débandade et aucune structure politique et religieuse capable de soutenir les élites du monde musulman, le droit islamique a chancelé pendant quelques décennies. En s'attaquant à la structure d'autorité en droit, cette coupure épistémologico-juridique a plongé le monde musulman dans une autre crise d'identité. Afin de mesurer l'envergure de cet événement, il suffit d'évoquer la fin du droit divin en philosophie politique occidentale ou l'équivalent de la mort de Dieu au sens où le calife est censé représenter le message de l'islam sur terre (d'où vient son pouvoir ainsi que celui de ses nominations, par exemple en tant que mufti). De nouveau, il y a crise de légitimité politique et juridique dans une pensée déjà fortement éprouvée depuis la mort du Prophète et le legs incertain des quatre premiers califes. Milliot précise bien l'espoir déchu de créer un pouvoir légitime ainsi que l'analogie avec la mort du califat : « Il en est résulté cinq années de guerre, un schisme, des hérésies. À partir de ce moment, la légitimation

²⁵ Milliot écrit : « Le calife est donc la personne qui remplit les fonctions de successeur du Prophète. » (*Ibid.*, p. 51.) Par exemple, pendant le règne des Abbassides, le calife était le maître absolu; lui désobéir, c'est désobéir à Dieu. Cependant le califat ne semble pas octroyer un droit divin aux califes qui, eux, doivent leur statut au mandat confié par la Communauté (souvent effectué après coup). De plus, le califat n'est pas héréditaire mais plutôt mandataire. Il détient donc un mandat et il doit le remplir sinon il risque d'être révoqué. C'était le calife qui désignait le processus d'*ijtihad*. Identifier les cas d'espèces, désigner des oulémas qui trancheraient des questions de droit, interpréter l'*idjma* à la lumière des *hadiths*, référer des cas aux juristes, déterminer si le mufti nommé convient, etc.

du pouvoir pris au titre du califat, va devenir pour l'Islam une préoccupation constante, un souci jamais apaisé. »²⁶ Toutefois les actions d'Attaturk ont fini par rouvrir la porte des gardiens de l'*ijtihād* en créant un vacuum juridique. La multiplication des *fatwas* et oulémas ouvertement reconnus par les masses musulmanes nous indiquent que la fin du califat n'a pas sonné le glas au pouvoir des juristes musulmans. Au contraire, il s'est créé de nouveaux imams et oulémas capables de relire les retombées modernes de la mise en œuvre du droit islamique et, par conséquent, de se prononcer sur des questions de droit même par moyen de la promulgation des *fatwas*. Le califat (ou la maîtrise) s'est réincarné comme refus de la fin de l'histoire connue sous l'égide de la dialectique du maître et de l'esclave.

III. AUTORITÉ. LA FERMETURE DE LA PORTE DE L'*IJTIHAD* ET LE DÉBUT DU *TAQLID*

Dans son *Traité de droit musulman*, Milliot définit l'*ijtihād* comme « l'action de tendre toutes les forces de son esprit jusqu'à leur extrême limite, afin de pénétrer le sens intime de la *chari'a* (Coran et Sunna) pour y puiser (*intibat*) la règle applicable au cas concret à résoudre. »²⁷ Si *taqlid* et *ijtihād* sont des opposés, comment pourrait-on imaginer la définition du premier si l'on se fie à la définition de l'*ijtihād* offerte par Milliot? En quoi consiste *taqlid*? À ramener toutes les forces de son esprit? En effet, cette question domine les sources et la structure de l'autorité juridique et politique représentée par les *madhabs*. Si la porte de l'*ijtihād* était restée fermée après le règne des quatre califes et imams fondateurs (Al-Malik, Abu Hanifa, Al Shafi-i et Abu Hanbale), il ne saurait être question de jumeler une école de droit avec un état de fait réel ou avec une étape dans le développement de la conscience. C'est justement en raison de l'utilisation inégale des différentes sources du droit que la porte de l'*ijtihād* ne pouvait rester fermée. Les caractéristiques de ce développement dialectique font en sorte que l'*ijtihād*, tout comme l'histoire, ne connaît pas de fin arbitrairement imposée. En d'autres termes, la dialectique de la maîtrise, qui caractérise l'essence même de l'Islam, fait en sorte que les éléments de notre triumvirat islamique de religion, droit et politique ne s'excluent pas mutuellement.

Il reste le concept de *taqlid* que l'orthodoxie tente de redorer en affirmant que c'est là une question reliée à l'absence de *mujtahids*. En leur absence, aucun *ijtihād* ne peut avoir lieu. Or, on vit dans l'ombre du *taqlid* entendu comme conformisme juridique. Aucun changement de fond ne peut intervenir, seulement des déductions de jugements déjà rendus. En dépit de cette position figée de l'orthodoxie, il n'en reste pas moins que nous assistons à l'effritement de

²⁶ Louis Milliot, *ibid.*, p. 62.

²⁷ *Ibid.*, p. 145.

l'univers de *taqlid* à mesure que le génocide juridique du droit musulman se déroule au fil du 19^e siècle. Il finit par éclater au début du 20^e siècle avec les réformes turques au lendemain de la défaite des puissances de l'Axe en 1918. En faisant la répartition des territoires islamiques, le Traité de Versailles en 1919 a scellé le sort réservé au droit musulman en préparant le terrain au démantèlement de l'institution du califat. Devant la montée du droit étranger, *taqlid* ne saurait résister en l'absence d'une gestion politique de la structure de l'autorité du droit. La riposte des islamistes ne tarderait pas à venir.

Voici une façon d'interpréter *taqlid* : Le réel est rationnel, donc le rationnel est réel. Puisque les *usul al-fiqh* ont été élaborées par les *mujtahids*, il ne reste plus de travail de l'innovation en droit à faire. Toutefois il existait bel et bien une époque où les *madhabs* devaient leur existence à quelque chose de réel et rationnel, et ce quelque chose ne peut être autre que la discussion autour de l'effort de l'*ijtihad*. Certes la formule du réel et de rationnel est instable et sujette à interprétation et il est vrai que ce traitement de la relation entre *taqlid* et *ijtihad* est conditionné par la raison (*aql*). N'empêche que ce procédé peut nous aider à éclairer l'histoire de l'innovation en droit en général voire une partie de l'évolution du droit islamique.

Pour mieux comprendre la relation instable entre ces deux éléments du droit islamique, on peut faire un parallèle avec l'importance du droit coutumier dans le développement du droit romain. En plus du caractère invétéré et obligatoire fondé sur le *consensus omnium*, l'acceptation de la coutume comme règle juridique doit passer le test de la raison. Nous lisons dans l'ouvrage de Camille Mansour qu' « [i]l faudrait noter qu'une troisième justification a été donnée à l'acceptation de la coutume; son caractère rationnel. En fait, il s'agit ici d'une exigence qui permettrait d'exclure, le cas échéant, une "mauvaise coutume". »²⁸

Le débat sur le caractère juridique des coutumes n'a pas manqué de produire des divergences parmi les juristes. À noter qu'aussitôt le règne du quatrième calife terminé, la solidarité musulmane s'est scindée en deux sectes. En premier lieu, cette scission doit son existence à des motifs politiques, mais aussi à un argument fondé sur *idjma* ou consensus, notion qui nous ramène nécessairement au caractère juridique des coutumes. C'est sous le voile de l'*idjma* qu'Abu Bekr a pris le pouvoir en tant que premier calife. Plus tard les disciples d'Ali se sont opposés à cette coutume en exigeant que les liens de sang tranchent la question du choix du calife.

En somme, le règne de *taqlid* a joué un rôle obstructionniste en droit islamique par le rejet des appels de réforme en raison des exigences de *darura* et en affaiblissant ainsi progressivement la *chari'a* pour que cette dernière soit une proie facile des puissances impériales. En invoquant l'immobilisme juridique, ils ont pu marginaliser le droit musulman en le chassant des juridictions impor-

²⁸ Camille Mansour, , *ibid.*, p. 46.

tantes comme le commerce, la propriété et le code pénal. En effet, *taqlid* confirme la fermeture de la porte de l'*ijtihad* après l'élaboration des *usul al-fiqh* des quatre *madhabs* et quelques *mujtahids*. Dès lors, il n'y aura plus d'innovation en droit. Cependant cette notion de conformisme en droit vole en éclats en tant que doctrine de jurisprudence musulmane pendant le 19^e siècle sous le poids du colonialisme.

IV. OPPORTUNITÉ HISTORIQUE (DARURA)

Signalons, à ce titre, la fin du califat prononcée par Attaturk en 1924, ce qui sème le désordre dans la hiérarchie des oulémas et la communauté des croyants. La maîtrise ne meurt pas pour autant et un nouveau dynamisme dangereux s'installe, dynamisme qui remettra l'islamisme dans l'actualité politique dans la deuxième moitié du 20^e siècle. Tout comme les premiers califes qui ont remporté des victoires militaires dans un désir d'expansion de l'Empire, les islamistes de la deuxième moitié du 20^e siècle doivent répondre aux défis politiques et juridiques que posent les nouvelles conditions matérielles. Dans cette même veine, le renversement du Shah d'Iran a posé de nouvelles exigences et partout la montée des islamistes a multiplié les problématiques en droit (droit international, droit de la personne et autres). Par exemple, l'expansion du domaine du droit public international a multiplié les mises en garde chez les islamistes qui, eux, ne veulent ni plus ni moins que la mise en œuvre de la *chari'a*.

En effet, il existe bien des contradictions entre le droit public international et la *chari'a*. La simple exigence des islamistes cherchant à encadrer et à conditionner l'exercice de tout droit en passant par le Coran démontre en partie cette incompatibilité. Pour nous, il s'agit de savoir si la réponse juridique islamique se dévoile à partir d'un immobilisme juridique symbolisé par *taqlid* ou s'il y aura une nouvelle solution ou *ijtihad*. On se rappellera que cette période des califes fut l'âge d'or du droit musulman poussé en avant par la nécessité historique (*darura*). Au 20^e siècle, nous sommes en présence d'une situation historique semblable.

La mise à mort du califat a couronné la victoire du droit occidental aux dépens de la *chari'a*. Cet événement nous renvoie prioritairement au contexte de la dialectique de la maîtrise où la portée de ce geste prend toute sa signification. Puisque l'institution du califat symbolisait le fondement et la structure même du droit musulman, l'absence du califat a créé un vacuum politique et juridique. Le calife était le représentant terrestre de Mohammed et chaque musulman lui devait obéissance.²⁹ De plus, le calife jouait un rôle clef dans le droit musulman

²⁹ Il existe un droit de révolte en Islam si on juge (*aqd*) que le calife s'oppose à la religion musulmane.

car il nommait les cadis, oulémas, muftis et autres *muqallids*. Sans lui, l'autorité dont jouissait les *mujtahids* et *muqallids* n'avait plus de fondement juridique. Un vacuum politique fut ainsi créé, que les islamistes allaient vite combler.

Afin d'illustrer ce vacuum, prenons l'exemple de l'utilisation de l'*idjma* (défini comme consentement général des oulémas) et celui du rôle du calife. Advenant un cas dont les besoins juridiques sont nouveaux, le calife déterminera le vrai sens de l'*idjma*. Dans son *Traité de droit public*, Ibn Taimiyya écrit :

Quand il est possible, en des circonstances délicates, de connaître ce que le Livre et la Sunna prescrivent, c'est un devoir que de le suivre. Mais quand, faute de temps, pour cause d'incapacité, ou parce que des arguments d'égale force s'équilibrent, le chef de l'État ne peut arriver à connaître ce que le Livre et la Sunna prescrivent, il peut alors suivre (*taqlid*) l'avis d'un jurisconsulte dont il estime particulièrement la science et la droiture.³⁰

Ici on voit bien l'opposition entre *taqlid* et *ijtihad*. S'il n'y a pas accord, le chef de l'État pourrait émettre lui-même une déclaration de nature juridique (ordonnance ou édit) suite aux consultations avec le grand mufti. En l'absence d'un pouvoir caliphal, *idjma* en tant que source de droit musulman perd son influence et la *chari'a* devient paralysée devant le manque d'unanimité. Ainsi il y eut scission entre le pouvoir civil et juridico-religieux—une séparation de pouvoirs forcée dont le résultat était désastreux pour le maintien de la *chari'a*. Les réformes d'Attaturk ne visaient pas tel ou tel calife mais plutôt l'institution même du califat pour remplacer cette dernière par une prostration de nature culturelle et juridique face aux États occidentaux. Malgré cela, ce fut une victoire de courte durée pour les puissances impériales d'Europe. Cette terrible défaite créera les conditions mêmes de son dépassement dialectique lorsque la porte de l'*ijtihad* se mettra à trembler devant la montée de l'islamisme.

L'*idjma* puise sa force en tant que source du droit islamique dans le consentement général des oulémas. Quelle est la relation entre *idjma* et la constellation de *taqlid* et *ijtihad*? Tout porte à croire qu'*ijtihad* et *taqlid* sont deux côtés de la même médaille de l'*idjma* et qu'ils doivent leur existence à l'*idjma* du *fiqh*. La raison à ce qu'*idjma* connaît une évolution dialectique peut être trouvée dans les conditions matérielles et historiques de l'époque. Il serait important de noter par ailleurs que le concept d'*idjma* en tant que source de droit n'était pas une pure invention des juristes islamiques. En droit romain, il s'appelle *consensus omnium*. Sans doute la coutume lorsqu'elle bénéficie de ce consensus général possède-t-elle un caractère juridique selon le droit romain. L'Empereur Théodose a statué ainsi : « Quand les jurisconsultes ne sont pas d'accord, le juge devra suivre l'avis de la majorité, et si deux opinions sont soutenues par un nombre égal de jurisconsultes, il faudra regarder de quel côté est Papinien, et

³⁰ Ibn Taimiyya, *ibid.*, p. 169–170.

c'est du côté de Papinien qu'il faudra décider. »³¹ Nous constatons que l'existence de l'*idjma* se dévoile à partir des exigences incontournables du droit coutumier, droit que l'Islam est censé modifier. Bien entendu, *idjma* permet aux juristes de trancher entre ce qui constitue une 'bonne' ou 'mauvaise' coutume. Après la mort de Mohammed, *idjma* était utilisé non comme une source de droit mais plutôt comme une arme politique dont l'objectif était d'éloigner Ali du pouvoir du califat pour plus de deux décennies. Ainsi tout comme *qiyas*,³² la sœur de l'*idjma*, il s'agit d'un concept formaliste et abstrait qui reçoit sa signification à partir des circonstances historiques. Quant au *qiyas*, il a joué, lui aussi, un rôle dans la sélection d'Abu Bekr comme premier calife. La Tradition fortement contestée par les chiïtes veut que le Prophète avait demandé à Abu Bekr de mener la séance des prières juste avant sa mort. Par analogie (*qiyas*), les Compagnons ont décidé de l'élire comme chef car celui qui est chef en matière religieuse peut aussi être un chef politique. Plus tard, quand la croissance rapide de l'Empire musulman menaçait de faire crouler l'édifice du droit islamique, l'*idjma* a volé à son secours. Cependant, l'autre versant de l'*idjma* a pris le dessus lorsque l'Empire s'essouffait et que les conquêtes diminuaient. Le besoin d'harmonisation juridique étant moins aigu, et sans nouveau contenu, il n'est pas étonnant que toute innovation en droit islamique eût été freinée.

Après la mort du Prophète, le droit islamique a pu se développer à mesure que les *mujtahids* et leurs disciples se sont scindés en groupes ou écoles d'interprétation des *usul al-fiqh*. Ensuite la disparition des *mujtahids* et de leurs disciples a coïncidé avec l'*idjma* des oulémas; par suite, le droit islamique était prêt désormais à toute éventualité juridique. Mises à part quelques retouches, la structure du droit pouvait demeurer intacte et intouchable.

Par contre la fin du califat et le triomphe du droit occidental au début du 20^e siècle sonneront le glas du *taqlid* et mineront les fondements de la *chari'a* tout en ouvrant la voie à ceux qui veulent de nouveau forcer la porte de l'*ijihad*. L'ère du *taqlid*³³ prend ainsi fin au moment où l'Islam entre dans une nouvelle période de création juridique et d'effervescence politique. La manière de connaître le droit a donc changé et la fin du califat aura provoqué une nouvelle rupture dans la *ummah*, rupture dont l'envergure rappelle celle de la scission entre chiïtes et sunnites ou du départ forcé de Mohammed vers Médine.

³¹ A.-E. Giffard, *Précis de droit romain*, Paris, T.L., 1934, p. 69.

³² Autre source du droit islamique. *Qiyas*, c'est le raisonnement par analogie et il sera utilisé par des juristes pour établir des cas d'espèces et peines pour certains délits.

³³ L'impact de l'impérialisme européen et américain au Moyen Orient et en Afrique à partir du 19^e siècle avait déjà changé la structure du droit, ne serait-ce que pour faciliter le commerce international. Ce droit mixte cherchait à reléguer la *chari'a* au rang d'un simple « droit familial ».

Parallèlement au développement du droit, on doit prendre en compte l'analyse islamiste de la coupure épistémologique fondée sur la révélation divine. Effectivement certains penseurs musulmans du 20^e siècle (Qutb³⁴ et Mawdoudi³⁵) ont tissé la problématique de *jahiliyya* autour de la question du développement de la conscience. Ils ont relevé un mot du Coran, en l'occurrence '*jahiliyya*' ou 'état d'ignorance' dans lequel vivaient les Arabes avant la révélation de l'Islam à Mohammed. Dans son livre, Gilles Kepel décrit le raisonnement de ces deux penseurs qui s'opposaient à l'idole du nationalisme arabe : « Afin de dévaloriser le nationalisme comme idéal, Mawdoudi a inventé : la souveraineté (*hakimiyya*) et l'adoration (*ouboudiyya*). »³⁶ Il en fait le critère de différenciation de l'Islam et du non-Islam, du Bien et du Mal, du Juste et de l'Inique. Dans l'Islam, c'est Allah qui détient seul la souveraineté. Le seul dirigeant juste est celui qui gouverne selon ce qu'Allah a révélé. En revanche, lorsque la souveraineté est détenue par une 'idole' (la nation, le parti, l'armée, le peuple, etc) et que celle-ci est objet de l'adoration des foules, il règne le Mal, l'Inique, le Faux—l'anti-islam, *jahiliyya*. L'astuce de Mawdoudi et des islamistes pakistanais, à l'instar d'Ibn Tamiyyah, était de sceller le destin du califat en renvoyant la souveraineté politique à Allah, facilitant ainsi le droit de révolte contre des chefs injustes. *Jahiliyya* se mue en catalyseur de changement ou *ijtihad* sous le voile de la Sunna du Prophète, le tout étant symbolisé par l'émigration du Prophète vers Médine. En effet, la révolution islamique du 20^e siècle autorise le renversement des états islamiques dont le comportement est jugé selon la mesure du *jahiliyya*. *Jahiliyya* fournit donc aux islamistes une dynamique politique et philosophique qui risque de rouvrir la porte de l'*ijtihad* au lendemain de la mort du califat.

Les réformes progressives qui s'attaquent au cœur du droit islamique culminant avec la fin du califat étaient en fait des mesures instaurées par les puissances impériales au lendemain du Traité de Versailles et de la défaite turque. L'objectif visait à cantonner le droit musulman dans les relations familiales en laissant le droit européen envahir les domaines du droit pénal et du droit commercial. Chemin faisant, ils ont ouvert la possibilité d'un nouvel élan de l'*ijtihad* forgé par de nouvelles circonstances historiques. Ainsi débute la montée de l'islamisme parallèle à la ré-ouverture de la porte de l'*ijtihad*. Le désarroi juridique et politique créé par le droit occidental donnera aux islamistes un élan et les armes nécessaires pour forger un nouveau consensus islamique (*idjma*).

³⁴ Sayid Qutb fut un penseur islamiste égyptien qui a préconisé la création d'un État islamiste. Il fut exécuté par le régime égyptien en 1960.

³⁵ Mawdoudi est associé aux écoles religieuses déobandies et au mouvement des talibans. Il favorisait une lutte politique pour fonder un état entièrement assujéti à la *chari'a*. Il a fondé le parti politique des religieux du Pakistan le *Jamiat-i-islami*.

³⁶ Gilles Kepel, *ibid.*, p. 54.

À ce titre, les paroles de Milliot nous semblent prophétiques pour le cours des événements du 20^e siècle et le développement du droit musulman. Vers la fin du 20^e siècle, nous avons une autre preuve du renouveau de l'islamisme qui nous fait rappeler la situation des premiers califes après la mort de Mohammed. À lire Milliot :

C'est l'époque pendant laquelle l'Empire des califes s'affirme et s'organise et les peuples conquis s'interpénètrent, se mélangent avec les immigrants arabes. [...] C'est aussi le moment où l'Islam, structure religieuse neuve et distincte, d'inspiration divine et d'origine semitique, va se trouver confrontée avec la civilisation occidentale, d'inspiration intellectuelle et d'origine helléniques.³⁷

V. LE SAVOIR ABSOLU (JAHILIYYA)

Que signifie le concept de *jahiliyya* en termes épistémologiques? Dans un premier temps, il est important de noter deux éléments fondamentaux. Premièrement nous savons que *jahiliyya* veut dire « état d'ignorance ». Ce terme est ainsi défini dans le Coran en des termes épistémologiques et juridiques. Cependant *jahiliyya* marque aussi une rupture. Il signifie que l'on ne tient plus les membres du corps social pour musulmans. La gravité de cette accusation peut être mesurée par la désignation *tafsir*, qui dérive de *kufir* (impie). En effet, le *tafsir* ne bénéficie d'aucune espèce de protection aux yeux de la loi. La devise de *jahiliyya* se résume à ceci: si le réel n'est pas rationnel il faut donc changer le réel pour que celui-ci se conforme à la rationalité telle qu'élaborée dans les sources juridiques *usul al-fiqh* et textes révélés.³⁸ Or, *jahiliyya* peut rejoindre *ijtihad* (mais pas nécessairement *idjma*) défini comme rupture ou coupure épistémologique. Au sein de la dialectique du maître et de l'esclave, ce procédé prend toute sa signification par rapport à la ré-ouverture de la porte de l'*ijtihad*. Rappelons que nous avons défini le moteur de *jahiliyya* comme la dialectique de la maîtrise inhérente dans la religion islamique. Le droit islamique, lui, se développe sous la pulsion de l'*ijtihad* une fois *taqlid* effacé.

La notion de rupture caractérise bien l'histoire de l'Islam. Le Prophète a dû quitter la Mecque vers Médine afin d'échapper à la *jahiliyya* des Mécquois pour reprendre son travail coranique. Selon Boubakeur, il faudrait y voir l'évidence d'une rupture ou coupure épistémologique située entre les périodes mecquoise et médinoise, entre le jeune Prophète idéologue et le Prophète en tant qu'homme politique. Pour les chiïtes, la rupture principale vient avec l'assassinat d'Ali par le Calife, ce qui rompt l'accession 'légitime' au pouvoir des Califes. Kepel le dit bien lorsqu'il parle de la révolution iranienne de 1979 : « Ce "chi'isme" socialiste' interprète à travers la lutte des classes, faisait de l'imam

³⁷ Louis Milliot, *ibid.*, p. 7.

³⁸ Tout comme l'*idjma* ou « *consensus omnium* » en droit romain.

Hussein "opprimé" (*mazloun*) et mis à mort par le calife omeyyade sunnite la figure du peuple opprimé par le chah. »³⁹ La fin du califat en 1924 constitue un autre exemple de rupture, rupture qui puise sa vigueur doctrinale dans la vie du Prophète. Lors de chaque rupture, les conditions de savoir juridique sont changées et reformulées. Il va sans dire que ces bouleversements trouvent leur écho en droit islamique dans une transition vers *ijtihād* ou *taqlīd*.

Pourtant certains juristes persistent à interpréter l'ouverture de la porte de l'*ijtihād* comme étant un effort non pas de création mais de trahison par rapport aux concepts de droits énoncés dans le Coran et la Sunna. Ainsi,

[L]eur objectif n'était pas de théoriser le droit positif mais de systématiser un mécanisme intellectuel en vue de légitimer une pratique (plus ou moins inconsciemment utilisée) pour trouver des solutions aux cas nouveaux et qui soit rattachées aux principes généraux contenus ou découlant des sources premières, en l'occurrence le Coran et la Sunna...⁴⁰

Cependant l'avènement des *madhabs* sunnites a changé de fond en comble le travail juridique—de l'identification de la matière en droit au développement de l'idée de droit (*fiqh*). Dans la pensée islamique, ce développement reflète le passage de la révélation de Mohammed à la raison humaine, ce qui a permis d'identifier une série d'outils méthodologiques et juridiques tels *idjma*, *qiyas*, *istishan* et autres. Bien entendu, il existe des différences de poids juridique compte tenu des sources selon les *madhabs*. Certes la disposition géographique en terre d'Islam a eu un impact extraordinaire à ce niveau. Par ailleurs, dans son étude sur le droit islamique, Coulson affirme que « [l]a Mekke, lieu de naissance de Mohammed et centre de commerce florissant, était dotée d'une sorte de droit commercial, alors que Médine, région agricole, pratiquait des formes élémentaires de la tenure de la terre. »⁴¹ Bien sûr, l'école juridique malékite a subi l'influence de ce facteur géographique au point où, selon certains juristes, les traditions médinoises demeurent prioritaires.

Que dire donc de ces passages qui semblent indiquer que le *fiqh* serait immuable?

La fermeture de la porte de l'*ijtihād* impose au Musulman d'observer les enseignements des docteurs des générations passées et notamment ceux qui sont considérés comme les fondateurs des Écoles ... Toute interprétation originale nouvelle semble interdite à jamais.⁴²

³⁹ Gilles Kepel, *ibid.*, p. 174.

⁴⁰ René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1988, p. 522.

⁴¹ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Édimbourg, 1964, p. 12.

⁴² René David et Camille Jauffret-Spinosi, *ibid.*, p. 526.

Se pourrait-il que le *fiqh* ne soit qu'une méthode de raisonnement juridique—une structure de pensée révélée qui tend vers l'absolu? Telle est l'intuition hégélienne, intuition qui s'oppose à la fin de l'innovation juridique. La question qu'il convient de soulever autour de la notion de la fermeture de la porte de l'*ijtihad* est la suivante : le *fiqh* se définit-il par un contenu final ou plutôt comme une méthode qui se sait absolue dès qu'elle se met en branle? En faisant le lien entre cette « méthode » et la Sunna du Prophète, nous pourrions arriver à mieux saisir les images métaphoriques et dialectiques dont se nourrit le droit islamique depuis ses premiers balbutiements. Cette métaphore islamique est bâtie sur les sables déserts d'Arabie, pays de ruptures et de reconnaissance mutuelle, immuable sans doute mais chaotique—deux images du droit islamique qui se complaisent dans les *usul al-fiqh* formalistes—*ijtihad* et *taqlid*.

En somme, notre interprétation du *fiqh* s'inspire de la définition hégélienne du savoir absolu dans la *Phénoménologie de l'esprit*. Il ne s'agit pas d'un savoir définitif car chaque période d'*ijtihad* sera suivie d'une période de conformisme juridique selon un développement dialectique. Il serait toutefois illusoire de prévoir le cours de l'histoire et encore plus la fin des ruptures.⁴³ La dialectique de la maîtrise crée des conditions grâce auxquelles l'*ijtihad* peut se développer.

Quant à Qutb et à Mawdoudi, la notion de *jahiliyya* joue un rôle clef dans leurs théories islamistes. D'ailleurs la montée de l'islamisme s'explique à mesure que la dialectique de maîtrise ouvre la porte de l'*ijtihad* sous l'impact de *darura*. Il est donc clair que pour ce qui est de la notion de *jihad*, la porte de l'*ijtihad* reste ouverte. Selon les islamistes, aussi longtemps que nous vivons dans le *jahiliyya*, nous aurons besoin du droit musulman. Nos penseurs islamistes du 20^e siècle prononcent le mot '*jahiliyya*' dans le contexte de la dialectique de maîtrise alors que *darura* a bel et bien transformé le visage temporel du maître. Ce sont les maîtres coloniaux, et surtout leurs alliés locaux, qui, eux, doivent être retranchés de la *Ummah*. Dans les décombres du droit musulman, surgissent les islamistes du 20^e siècle prêts à tuer les impies dans le but de restaurer la pureté de la foi islamique.

Selon notre paradigme de l'interprétation hégélienne, la porte de l'*ijtihad* est une métaphore pour le savoir absolu. Nous sommes en présence d'une méthode pédagogique et non pas d'une finalité dans le temps. Telle est la vraie leçon de la question de l'ouverture de la porte de l'*ijtihad*, ouverture qui admet de multiples *mujtahids*.⁴⁴ Invoquer *jahiliyya* n'équivaut pas à l'effort de l'*ijtihad*. Cependant l'invoquer dans un contexte de *darura* et *taqlid* qui a effectivement trans-

⁴³ Il en est ainsi pour le savoir juridique qui se transforme au gré des événements ou *darura*.

⁴⁴ Certains prône la ré-ouverture de la porte de l'*ijtihad* au nom de la promotion d'un Islam « modéré ». En s'inspirant de l'exemple de Muhammad Iqbal, Boubakeur écrit : « La stagnation intellectuelle même pour cause de Tradition (*taqlid*) est jugée contraire à l'esprit des meilleurs savants contemporains de l'Islam. » (*Ibid.*, p. 60.)

formé la problématique de la dialectique de la maîtrise, revient à créer une rupture au sein même de l'Islam. La pensée islamiste moderne en est le dénouement.

VI. LES DÉFIS DE L'*IJTIHAD*

Depuis la montée de l'islamisme et ses conquêtes politiques, la question de l'ouverture de la porte de l'*ijtihād* se pose de nouveau. Nous devons analyser ce phénomène au-delà des affirmations souvent à l'emporte-pièce des Occidentaux selon lesquelles les états islamiques cherchent à opprimer leur peuple avec de vieux concepts juridiques d'antan irréalistes. Néanmoins le défi de moderniser le droit musulman est réel et le travail des juristes doit progresser afin d'arrimer le droit aux réalités du 20^e siècle. De plus, certains juristes musulmans « modérés » appuient énergiquement l'idée de rouvrir la porte de l'*ijtihād*. Cependant ils le font dans le but de mieux museler la *chari'a* au profit des formulations occidentales du droit public international qui, elles, connaissent un regain d'intérêt. Les modérés s'accordent avec leurs collègues occidentaux pour dire que le droit islamique doit refléter mieux les nouvelles réalités sociales et économiques, mais l'ouverture de la porte de l'*ijtihād* expose le droit islamique aux concepts juridiques étrangers. N'ayant pas réussi à détruire le droit musulman en mettant fin au califat et en reléguant la *chari'a* au statut d'un droit de la famille et des successions, ces juristes modérés cherchent à atteindre ce même objectif en se servant de l'ouverture de la porte de l'*ijtihād* comme stratégie.⁴⁵

Si *ijtihād* il y aura, il ne partira pas de zéro. Toute la jurisprudence des *mad-habs* est à notre portée de même que les *usul al-fiqh*. Nous connaissons pour la plupart qui pourraient être ces nouveaux « *mujtahids* », ceux qui feront l'œuvre de l'*ijtihād*, même si le califat a disparu au profit des États à proprement parler « islamiques ». À ce titre, la révolution iranienne, qui cherche la restauration de la *chari'a*, nous suggère un exemple d'un *ijtihād* possible au 20^e siècle. D'abord, notons une fois de plus que le droit iranien s'enracine dans la perspective chiite de l'Islam et puise ses sources vives dans l'histoire du califat après la mort de Mohammed. En même temps, ce droit peut être entendu à la lumière de la dialectique du maître et de l'esclave comme étant une tentative visant à instaurer la *chari'a* en conférant le pouvoir étatique aux juristes religieux en tête de la révolution. Dans la même mesure, le triomphe de la révolution iranienne en 1979 a sonné le glas à l'ère de la réflexion sur la *chari'a* car celle-ci est devenue une affaire d'État. En effet, la révolution a mis fin au quiétisme chiite—une position qui revient à s'accommoder d'un pouvoir inique ici-bas, dans l'attente de récompenses dans l'au-delà et du retour du Mahdi. Tel attentisme nous rappelle la philosophie mécaniste de certains marxistes qui se fiaient au développement

⁴⁵ *Idem.*

des forces et aux relations économiques pour hâter la venue de la révolution. Au lieu d'essayer de nier la dialectique de la maîtrise, bien des chiïtes sont devenus quiétistes en se contentant d'attendre que *darura* fasse son œuvre aux dépens du régime du Shah. Par contre l'Imam Khomeini a dû emprunter un vocabulaire plus activiste pour que le réel soit rationnel. En se servant des images de l'histoire chiïte, Shari'ati,⁴⁶ et plus tard Khomeini, expliquera la révolution islamique en Iran comme un combat moderne entre Ali et son fils Hussein contre le pouvoir injuste. La dialectique du maître et de l'esclave s'exerce de nouveau alors que Khomeini a habilement repris le vocabulaire de gauche de Shari'ati – *mostadafine* (affaiblis ou déshérités) et *mostakbirine* (arrogants, oppresseurs). Dans ces circonstances, *jahiliyya* et quiétisme deviennent des cotés de la même médaille. Bien entendu, le régime a heurté les sensibilités de l'Occident par rapport au respect de certaines libertés politiques qui, elles, se retrouvent dans la Déclaration des droits de la personne des Nations unies. La *fatwa* émise contre l'auteur Rushdie en est un autre exemple. Ce qui est nouveau dans le cas Rushdie, c'est l'obligation des musulmans à exécuter cette peine (*fard ayn*) où que Rushdie se trouve—en *dar al-islam* aussi bien qu'en *dar al-kufr*. Il convient de parler d'*ijihad*, ne serait-ce qu'en raison de la répartition des territoires en différentes zones selon le nombre et la liberté religieuse des adhérents. Puisque cette donnée « territoriale » ne se trouve pas dans le Coran, il est donc un développement ultérieur accompli par les *madhabs*. Que ce soit la Déclaration des droits de l'homme, le droit familial ou les traités entre États, les succès politiques de l'islamisme ainsi que la multiplication des musulmans sur la *dar al-kufr* devenu *dar al-islam* remettent le droit musulman à l'heure de l'actualité en exigeant sa mise en œuvre sous forme de la *chari'a*.

Si l'islamisme est d'actualité, peut-on en dire autant de l'*ijihad*? *A priori* toute co-habitation des droits islamique et occidental nous paraît futile et de courte durée. Nous avons aussi vu que la métaphore et les traditions du Prophète peuvent nous amener à accepter *ijihad* et à refuser la fin de l'innovation en droit islamique. Certes le parallèle historique avec la vie du Prophète à la Mecque où plusieurs religions ont dû se côtoyer ne manque pas d'intérêt non plus. Quant au droit mixte, les islamistes le rejetteraient sans doute, car il s'agit d'un droit où l'impie (le droit fait par les hommes) côtoie le droit révélé.

Ainsi nous en venons aux talibans d'Afghanistan, qui ne doivent pas être confondus avec un courant salafiste pour qui les sources de droit musulman se limitent à ce que l'on peut trouver dans le Coran, la Sunna et certains *hadiths* désignés « authentiques ». Au contraire, les talibans ont puisé dans la liberté d'interprétation de l'École d'Abu Hanifa pour appuyer leurs édits, *fatwas* et *ji-*

⁴⁶ Shari'ati fut un jeune militant chiïte de gauche qui s'est battu contre le clergé inerte et attentiste ainsi que le régime policier du Shah. En tirant la leçon du militantisme actif de Marx, Shari'ati fut le précurseur laïque de l'Imam Khomeini. Shari'ati mourut aux mains de la police secrète du Shah.

had. Gohri constate d'ailleurs que la grande majorité de musulmans de l'Asie de l'ouest appuie l'École hanéfite y compris les talibans de l'Afghanistan. Il écrit : « *In spite of the fact that the Hanafites acknowledge the Quran and Hadith [...] as primary sources of law, they are noted for the acceptance of personal opinion (ra'y) in the absence of precedent.* »⁴⁷ Il s'agit d'une révolte contre les philosophies des impies, en l'occurrence le marxisme athée soviétique et le capitalisme décadent de l'Amérique. Aussi étonnant que cela puisse paraître, les talibans s'inspirent d'une vision hanéfite du droit islamique qui encourage plus que les trois autres *madhabs* la liberté de faire de l'*ijtihad*, et cette liberté doctrinale va de pair avec la promulgation de *fatwas* reliés à la notion de *jihad* politique. Cette analyse fait éclater le mythe selon lequel l'immobilisme juridique ou *taqlid* est responsable de la montée de l'islamisme ainsi que des excès de ces derniers. Chez les talibans, nous sommes devant une interprétation fort libérale des *usul al-fiqh*. Tout comme *id-jma* qui est une épée à deux tranchants, *taqlid* et *ijtihad* peuvent aussi être réfractaires à la défense de certains droits et libertés. Ceci ne devrait pas nous choquer compte tenu des crimes commis au nom de la liberté à commencer par la Terreur de la Révolution française, en passant par des camps de concentration au 20^e siècle. Par conséquent l'ouverture de la porte de l'*ijtihad* n'est pas garant d'un comportement international approprié au sens occidental du terme. L'argument de Boubakeur et les modérés sonne faux en ce qui a trait à leur rejet catégorique de *taqlid* au profit d'un Islam démocratique et pluraliste. Un tel rejet n'est donc pas garant d'un Islam modéré. La devise des talibans est tout sauf *taqlidiste* comme l'affirme Gohari : « [...] *Hanafites are equipped with appropriate tools as well as sufficient liberty to bring together the long-standing traditions of Islam with the requirements of modern life.* »⁴⁸ L'immobilisme en droit ou la fin du savoir juridique ne peut donc pas nous fournir une explication satisfaisante des sentences punitives des talibans.

Obsédés par la menace de *jahiliyya*, les talibans cherchent à éliminer les impies et par le fait même faire taire la dialectique qui a donné naissance à leur mouvement. Chemin faisant, ils illustrent bien une des lois de la dialectique - la négation de la négation. Les excès des talibans proviennent de leur incapacité de soutenir la dialectique du droit islamique (dialectique de la maîtrise) en niant tout ce qui est dissidence. L'équation du *jahiliyya* trouve son reflet dans la description de la Terreur de la Révolution française que décrit Hegel dans la *Phénoménologie de l'esprit*, description qui se dévoile à partir du concept de la liberté absolue. Cette liberté d'*ijtihad* se sait absolue et devient ainsi « certitude » pour elle-même. À ce stade de la conscience, le monde devient l'objet de sa volonté pure (volonté universelle). C'est ainsi que Hegel décrit la formule intellectuelle de la Terreur.

⁴⁷ *Ibid.*, Gohari,

⁴⁸ *Ibid.*, 29.

La prise de conscience étatique de *jahiliyya* en dépit du développement formidable de la conscience provoque donc une réaction (la Terreur). Il s'agit de la Terreur qui sévit non seulement contre des impies mais aussi contre certains musulmans vivant soi-disant dans l'état de *jahiliyya*. En s'inspirant des écrits de Qutb, un autre islamiste égyptien, Choukri Mustapha a également exploité la notion de *jahiliyya*. Choukri illustre bien l'exemple de la volonté totalitaire qui tranche entre les impies et le petit groupe de « vrais musulmans ». Il a déclaré *kafir* tout le monde sauf ses adeptes. Kepel écrit : [...] Choukri coupait ses fidèles du monde impie. Il les installait dans des grottes de haute Égypte ou des appartements communautaires, voulant imiter à la lettre le Prophète qui accomplit sa *hijra* (hégire), la rupture fondatrice de l'islam, en fuyant la Mecque idolâtre où il risquait sa vie pour chercher refuge à Médine.⁴⁹

Or, toute personne quittant la secte était coupable d'apostat et méritait donc la peine de mort. Par sa lecture de Qutb, Choukri nous explique ainsi la cause de la mort de Sadate et de la Terreur que nous verrons de nouveau en Afghanistan avec les talibans.

Nous pouvons citer l'exemple de l'évolution récente de la notion de *jihād* afin de valider notre analyse au sujet du débat sur l'innovation en droit islamique. Les références au *jihād* dans le Coran aident à préciser les conditions requises pour le *jihād* ainsi que la récompense réservée aux combattants (Sourates 2, 4 et 9). Parmi les nombreuses références au *jihād* dans le Coran, citons celle qui se trouve à la Sourate IV: « [...] il [Dieu] a destiné aux combattants une récompense plus grande qu'à ceux qui restent dans leurs foyers. »⁵⁰ Les *hadiths* en parlent aussi : « *And know that paradise is beneath the shade of the swords.* »⁵¹

Si l'on se fie à la pensée de Qutb, la nécessité de faire le *jihād* tient au fait que nous vivons encore dans la *jahiliyya*, ou l'erreur. Mais on aurait tort d'y voir un concept statique car ce pilier de l'islam subit une évolution depuis qu'Ibn Taimiyya s'en est servi à l'époque médiévale. Au sujet du *jihād* afghan des années 1980 et de son auteur et penseur Abdallah Azzam, nous lisons le commentaire de Kepel : « Ces propos d'Abdallah Azzam s'inscrivent dans la tradition de la doctrine du *jihād* en l'Islam, telle qu'elle a été fixée depuis l'époque médiévale, en particulier par les auteurs de l'école hanbalite—et surtout Ibn Taimiyya, cité très fréquemment. »⁵² En effet, Azzam croyait que le *jihād* en Af-

⁴⁹ Gilles Kepel, *ibid.*, p. 141.

⁵⁰ *Le Coran*, S4 : 96.

⁵¹ M. Asisullāh, *Glimpses of the Hadith*, Karachi, Times Press, 1965, p. 85.

⁵² Gilles Kepel, *ibid.*, p. 237. Comme la plupart des islamistes de la deuxième moitié du 20^e siècle, Azzam fut un produit de l'Université d'Al Azhar en Égypte; il y étudia au début des années 70.

ghanistan était un *fard'ayn*, c'est-à-dire une obligation pour chaque musulman. Il ne faut pas oublier que cette résistance à l'envahisseur soviétique se déroulait dans un territoire déjà acquis aux musulmans (*dar al-islam*) qui a basculé dans l'état d'ignorance en raison de l'invasion soviétique en décembre 1979. Le concept de *jihād* défensif est tout à fait admis selon le droit musulman. Dans le Coran, on trouve le verset suivant : « Combattez dans la voie de Dieu contre ceux qui vous feront la guerre. Mais ne commettez point d'injustice en les attaquant les premiers, car Dieu n'aime point les injustes. »⁵³

Par contre, la *fatwa* émise contre Salman Rushdie est d'une toute autre sorte car elle ne s'applique pas à un *dar el islam* mais plutôt à un *dar ahd*. En effet nous nous éloignons de la définition du *jihād* telle qu'on la trouve dans le Coran et la Sunna. La *fatwa* contre Rushdie et ses conséquences pour l'applicabilité du droit musulman en terre impie ne sont que le reflet d'un effet de mondialisation dont l'essentiel tourne autour des migrations massives de musulmans vers l'Europe et les Amériques depuis les années 70. On n'aurait donc pas tort de voir l'œuvre de *darura*. Le peuplement d'Europe par des musulmans est un phénomène qui soulève le statut d'un *jihād* en terre étrangère ou non musulmane comme l'Europe. Ces terres sont appelées *dar ahd* ou 'domaine de paix contractuelle'. Or, certains oulémas ont commencé à qualifier l'Europe de *dar al-islam*, puisque des musulmans s'y trouvent en grand nombre et sont devenus citoyens. Ils devraient donc pouvoir s'y organiser en communauté islamique en appliquant les règles de la *chari'a*, et intervenir comme tels dans l'ordre politique. Somme toute, les migrations du 20^e siècle ont eu pour effet de relancer le débat sur le concept⁵⁴ de *dar al-islam* à mesure que la population musulmane augmente.

Nous venons d'effleurer quelques questions posées par *darura* ou la mondialisation des échanges et cultures. Inutile de dire que ces échanges de plus en plus fréquents mettront à l'épreuve le besoin de l'*ijtihād* des juristes musulmans à mesure qu'ils essaient d'adapter et d'appliquer leurs croyances dans le monde du droit public international. Le tourbillon de *darura*, *taqlid* et *jahiliyya*, tous des termes de droit musulman, chevauchent bon nombre de postulats et de concepts traditionnels en droit islamique. L'épreuve des juristes islamiques sera aussi celle du droit occidental car la multiplication des territoires appelés *dar al-islam* ne manquera pas de soulever la question d'une co-habitation éventuelle avec la *chari'a*.

La résurgence de l'islamisme est directement reliée à l'ouverture de la porte de l'*ijtihād*. Toutefois il serait prématuré de conclure que ceci est l'unique œuvre

⁵³ Le Coran, S2 : 186.

⁵⁴ Nous ne retrouverons pas ce concept explicité dans le Coran. Ce sont les *mujtahids* qui ont dû y faire face à la suite des victoires militaires de l'Islam en Afrique du Nord et ailleurs. *Darura* a donc fait en sorte que le droit islamique soit obligé d'évoluer sur le plan juridique en raison de l'expansion de l'Empire.

des salafistes pour qui les sources du droit se limitent à une stricte interprétation du Coran, de la Sunna et de certains *hadiths*. Par ailleurs, cette même montée islamiste trouve ses racines dans la déconstruction systématique du droit musulman dès le 19^e siècle. Ce qui en résulte, c'est le sous-développement du droit musulman, qui resurgit dans la dernière moitié du 20^e siècle sous forme de rage de *jahiliyya* et dans la certitude parmi les islamistes que leur volonté est universelle dans les territoires connus sous le nom de *dar al-islam*. Cette révolte islamiste est dirigée contre *taqlid* et doit ses origines aux Traditions et à la métaphore du Prophète, et aux multiples ruptures juridico-épistémologiques. Au lieu de concevoir *ijtihad* comme une tentative politique visant à harmoniser le droit occidental et celui des musulmans, on s'attache davantage à la présence dynamique de la dialectique de la maîtrise dont les éléments constitutifs sont—*darura*, *taqlid* et *jahiliyya*.

VII. CONCLUSION

Selon un certain courant islamiste traditionaliste ou salafiste, la porte de l'innovation juridique s'est fermée au début du 9^e siècle et elle ne s'est pas rouverte. Comme nous avons tenté d'expliquer, la question de la réforme juridique en Islam ou ce qu'on appelle le savoir juridique tourne autour des trois concepts reliés par la dialectique—*darura*, *jahiliyya* et *taqlid*. Le moteur de la dialectique du droit islamique est celle de la maîtrise dont la définition philosophique se trouve dans la *Phénoménologie de l'esprit*.

Schacht et Milliot, dans la lecture occidentale qu'ils en font, considèrent le droit islamique comme figé dans le temps et incapable de se moderniser, vu la fermeture de la porte de l'innovation juridique. Si l'on examine le cas des talibans, cette lecture nous paraît insuffisante, d'autant plus que la fin du califat et le cantonnement de la *chari'a* aux fins d'un simple droit familial ont concouru à mettre le vent dans les voiles des islamistes. En niant le droit islamique, ils ont réussi à faire se développer les conditions de sa résurgence : c'est-à-dire en créant un vacuum politique et juridique qui sera comblé par des organisations islamistes. Et le moteur de ce développement est la dialectique de la maîtrise qui fait partie intégrante de ce droit religieux.

Le débat entre juristes au sujet de la porte de l'*ijtihad* se poursuivra pendant les années à venir. Tout comme la question de réforme ou de révolution au sein de l'Islam. Peut-on modifier des sources de droit islamique sans changer le message des textes révélés?

GLOSSAIRE

Aql – la raison

Char'i'a – ensemble de lois religieuses

Dar al-islam – territoire musulman

Dar ahd – territoire où les musulmans ont une entente avec les impies

Dar al-kufr – territoire des impies

Darura – nécessité

Fatwa – un avis sur un point spécifique de droit islamique

Fard ayn – devoir obligatoire individuel pour chaque musulman

Fard kifiya – responsabilité collective

Hadith – évènement ou parole transmis relatifs au Prophète (*mutawatir* – *hadith* transmis de source sûre)

Idjma – consensus des oulémas

Ijtihad – effort intellectuel visant à trouver des solutions en droit islamique

Jahiliyya – le temps de l'ignorance – terme utilisé pour décrire les sociétés pré-islamiques

Jihad – effort pour devenir un bon musulman (*grand jihad*) et guerre sainte (*petit jihad*)

Madhab – école de droit islamique

Maslaha – dans l'intérêt public

Mufti – conseiller religieux musulman auprès d'un calife ou chef d'État

Orf – coutumes ou droit coutumier

Ouléma – savant religieux

Qiyas – raisonnement par analogie

Taqlid – imitation ou acceptation des doctrines établies

Ummah – communauté des croyants

Usul al-fiqh – sources de droit islamique

