

# ***Le Droit islamique face aux enjeux du temps historique***

*Réflexion sur l'aptitude de la Charia à s'adapter  
aux exigences modernes du droit*

---

ISSAM TOUALBI

Doctorant, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

« N'insultez pas le temps, car le temps est  
Éternité ; et l'Éternité, c'est Dieu »

Prophète MOHAMMED (570-632)

Le temps nous est généralement présenté comme une réalité inhérente au monde, immuable et insoumise au changement. Cependant, dans la philosophie musulmane, comme l'écrit le théologien A. At-Thaâlibî (1474), le temps est conçu comme la somme des mouvements et des changements subis par l'ensemble des éléments formant le cosmos<sup>1</sup>. Ou plus simplement, comme la manifestation d'une volonté supérieure qui donne sens et devenir aux choses. D'un autre côté, la norme juridique islamique, plus connue sous l'appellation de la Charia, est définie par l'Orthodoxie musulmane comme « un ensemble de règles canoniques et sociales révélées par Dieu au Prophète Mohammed (s.s.p)<sup>2</sup> dans le but d'organiser les rapports entre les hommes, et de prévoir des prérogatives et des droits pour ces derniers »<sup>3</sup>.

Selon les deux définitions précédentes, il semble à première vue qu'il n'y ait en Islam aucune contradiction entre Loi et Temps ; étant donné que les deux notions y

---

<sup>1</sup> A. THAÂLIBI, *Vérités sur le soufisme (haqa'iq fi et-taḥawwūf)*, manuscrit n° 14-17158, Bibliothèque Nationale de Tunisie, p. 10.

<sup>2</sup> (s.s.p) : sur lui le salut et la paix.

<sup>3</sup> M. WASSILI, *Les règles des rapports civils et commerciaux dans la Charia, (fiqh el mu'amalet el medenyya wâ et-tidjaryya fi es-sharia el islamyya)*, Le Caire, El mektaba et-tawfiqyya, 1997, p. 13.

sont considérées comme la manifestation d'une seule et même réalité métaphysique, la volonté de Dieu. Cela s'avère d'autant plus juste lorsque nous observons que la Charia, à l'instar d'autres lois divines telles que les Dix Commandements bibliques, ne s'est pas constituée en un laps de temps limité, mais plutôt sur une période de plus de trois siècles. En effet, après avoir été désigné en 623 comme chef spirituel et temporel de Médine par une grande partie de ses habitants convertis à l'Islam, le Prophète Mohammed (s.s.p) devait patienter presque dix années avant de doter la première communauté musulmane, selon les besoins croissants de celle-ci, d'un ensemble de règles sociales et mettre en place un certain nombre d'institutions judiciaires.

Après la mort subite de ce dernier en 632, il reviendra aux pères-fondateurs de la science du Droit musulman, les *fuqahâ*, de prendre la relève et d'assumer la double tâche de rassembler les directives orales laissées par le Prophète d'un côté, et de combler les lacunes qui pouvaient apparaître lors de leur application, de l'autre. Ces derniers s'étaient alors retrouvés dans une situation similaire à celle des anciens théologiens chrétiens qui, comme l'écrit J.-L. Thireau (1994), « confrontés à des textes vénérables, porteurs de vérités révélées, se devaient d'abord d'en être les serviteurs fidèles et de s'en faire les exégètes scrupuleux »<sup>4</sup>. L'œuvre des premiers juristes musulmans permit cependant à la Loi sacrée de s'enrichir d'un ensemble d'interprétations (*ta'wîlat*), de réflexions (*ra'y*), d'analogies (*qiyâs*) et de jurisprudences (*ijtihâd*). Cette activité liée à la science du Droit musulman allait se prolonger durant près de trois siècles et donner naissance, dans un vaste empire s'étendant de la Chine à l'Atlantique, à plus d'une vingtaine d'écoles de pensées juridiques disposant chacune d'une interprétation propre du Code islamique.

Mais à partir du X<sup>ème</sup> siècle, l'énergie qui animait la science du Droit islamique allait peu à peu s'estomper. Comme le souligne C. Lévi-Strauss (1952), « ce sera sans doute cette avance de l'Islam sur son temps et sa jeunesse qui détermineront sa rigidité future ; tant il est vrai que l'impulsion révolutionnaire engendre la tentation du conservatisme et que l'idée de perfection bloque tout processus de perfectionnement »<sup>5</sup>. La nouvelle génération de juristes considérait alors leurs prédécesseurs avec une telle vénération, qu'ils se sont mis à élever leurs avis au rang de *doxa* (l'incontesté). Au lieu de continuer à être des acteurs actifs de l'évolution de la science du droit, ces derniers se satisfaisaient du rôle de simples commentateurs des avis des Maîtres. Ce traditionalisme conservateur finit d'ailleurs par influencer les autorités politiques du dixième siècle, et la dynastie des Abbassides proclamera officiellement la « fin du temps de la jurisprudence » (*ghalq bêb el idjtihad*).

<sup>4</sup> J.-L. THIREAU, « Le Jurisconsulte », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 20, 1994, *Doctrine et recherche en droit*, p. 24.

<sup>5</sup> Cf. H. DJAIT, *L'Europe et l'Islam*, Paris, Éditions du Seuil, coll. Esprit, 1978, p. 79.

Désormais « coulé dans un moule rigide »<sup>6</sup>, le Droit islamique était considéré comme étant arrivé au terme de sa genèse. Pour les siècles à venir, le juriste musulman était condamné à n'être plus que le « gardien » de l'édifice éternel. La nouvelle conception qui prédominait alors voulait que la norme juridique soit considérée comme extratemporelle, c'est-à-dire invariante et réfractaire au changement. Idée même qui nous rappelle certaines conceptions naturalistes du droit qui suggèrent que la règle juridique, apparue sous l'intervention d'une émission de valeur et de sens, se situe au-delà de l'histoire humaine autant qu'en dehors de celle-ci.

S'étant alors retrouvée comme amputée de la souplesse qui la caractérisait au temps de sa formation, il n'était donc pas rare que, confrontée à de nouveaux problèmes, la Charia n'ait plus eu de solution à proposer. À partir de là, on sait que les commis de l'État étaient contraints d'avoir souvent recours aux coutumes locales des contrées conquises par l'Islam, ce qui creusait davantage le fossé séparant l'État de la Loi sacrée d'un côté, et légitimait bien souvent des coutumes contraires à l'esprit originel du Droit islamique, d'un autre côté.

Il convient cependant de souligner qu'il y eut, à intervalles irréguliers, quelques tentatives visant à combler le déficit qui frappait la science du Droit musulman. Citons à cet égard le projet d'Ibn Hazm Ed-Dhahiri (Andalousie 994-1064) d'abolir l'institution théologique dans l'intention de n'en conserver que le Coran et les Hadiths<sup>7</sup>. Rappelons aussi les efforts du célèbre imam Ibn Taymyya (Syrie 1262-1327) ou du cheikh Djallel Ed-dîn Es-Seyyouti (Le Caire 1445-1505) qui furent longtemps persécutés pour leurs idées novatrices. Cependant et compte tenu du caractère disparate de ces tentatives, celles-ci ne furent pas suffisantes pour remettre en question la solide institution instaurée par le traditionalisme islamique.

Il a fallu pour cela attendre la fin du dix-neuvième siècle pour apercevoir une lueur d'espoir quant à la possibilité d'un renouveau de la pensée juridique islamique. En effet, un groupe de juristes réformateurs parmi lesquels Djamel Eddîn El-Afghanî (1838-1897), Abderrahmane El-Kawakibi (1855-1902) et le magistrat Ali Abderrazzaq (Le Caire 1888-1966), allait enfin apporter du sang neuf à la Charia. Le projet de réforme (*nahdâ*) porté par ces hommes de loi suggère, dans un premier temps, de replacer les Lois islamiques dans le contexte social qui prédominait en terre d'Arabie du sixième siècle afin d'éclairer le chercheur quant à

---

<sup>6</sup> N. COULSON, *A history of islamic law*, Edinburg, Edinburg University Press, 1964 ; *Histoire du Droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p. 5.

<sup>7</sup> Les hadiths sont le recueil des traditions orales du Prophète de l'Islam. Contrairement au Coran qui se définit comme la Parole de Dieu, les hadiths sont les dits du Prophète Mohammed (s.s.p). Ceux-ci représentent la seconde source du Droit islamique après le Coran.

la raison de leur apparition. Et de proposer, dans un second temps, à ces lois une nouvelle lecture adaptée aux besoins de la société contemporaine.

Se rapprochant à certains égards de la conception positiviste du droit, le modernisme musulman prônait l'idée qu'étant apparue sous l'influence de valeurs efficaces, la norme juridique islamique devait donc en épouser l'évolution sous peine de dépérir. Comme nous l'explique N. Coulson (1964), « la distinction est en effet fondamentale entre la philosophie juridique musulmane moderne et la science classique du droit. Du point de vue de la tradition classique, la loi est imposée d'en haut et postule des normes éternellement valides auxquelles la structure de l'État et la société doivent se conformer. Du point de vue des Modernes, le droit est modelé par les besoins de la société; sa fonction est de répondre à ses problèmes »<sup>8</sup>.

Il était par ailleurs attendu que les idées modernistes donnent naissance à une sérieuse polémique à l'intérieur de la société musulmane en général et au sein des milieux traditionnels en particulier. Dans le cadre de cette vieille lutte qui devait régulièrement opposer l'effort d'innovation à la volonté de conservatisme religieux, ne convient-il pas de se demander dans quelle mesure une approche comparative du Droit islamique pourrait positivement nourrir le débat ? Posons la question autrement : est-il possible que la méthode comparative puisse contribuer à faire la preuve que la Charia, contrairement à l'idée trop souvent répandue, n'est nullement réfractaire au changement ? Et que, à contrepoint de ceux qui insistent sur son caractère immobiliste, celle-ci est en mesure de s'adapter aux variations du temps historique ?

En partant du principe historique selon lequel la société antéislamique disposait déjà d'un droit coutumier lui garantissant un certain niveau d'ordre social, et en comparant certaines dispositions de la Charia avec celles du droit coutumier antéislamique, nous tenterons de faire la preuve que le Droit musulman a, occasionnellement, eu recours à une forme de syncrétisme juridique pour laisser en vigueur certains usages arabes jugés alors nécessaires. Ceci démontre bien que le Prophète Mohammed (s.s.p) n'avait pas pour objectif d'imposer à sa communauté un ensemble de règles canoniques abstraites et rigides, mais cherchait plutôt à lui léguer un droit qui soit en harmonie avec le temps et le lieu de son apparition. Puis par une injonction coranique constante à faire usage de la raison (*el-idjtihad*), laisser aux juristes musulmans des siècles à venir, le soin de relire ces règles et de les adapter, si nécessaire, aux futurs besoins de la société musulmane.

Dans le souci d'administrer la preuve méthodologique de la pertinence de l'hypothèse précédente, nous avons choisi comme éléments de comparaison entre la Charia et le droit coutumier antéislamique le mode d'organisation politique (I), les

---

<sup>8</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 5.

peines pénales (II) et le statut de la famille (III). On pourra sans doute nous objecter que ces critères de démonstration peuvent paraître arbitraires. Ce choix n'est pourtant pas fortuit. Nous avons privilégié ces points précis en tant qu'ils forment aujourd'hui l'argument principal alimentant une certaine vision plutôt dégradée de l'Islam, en particulier depuis les malheureux attentats du 11 septembre 2001. On sait que le caractère prétendument rétrograde sinon involutif de la norme juridique islamique est au cœur de ce regard délétère. N'est-il pas vrai que le système politique islamique est souvent présenté comme un modèle théocratique réfractaire aux principes démocratiques ? Et que les peines pénales musulmanes sont parfois qualifiées d'« inhumaines » voire même de « barbares » ? En ce qui a trait enfin au statut de la famille musulmane, il faut également admettre que celui-ci est trop souvent confondu avec un système de représentation misogyne dont la fonction principale serait de minorer le statut de la femme en en faisant une sorte de mineure à vie. Il convient alors de rétablir l'ordre réel des choses en nous hasardant à une incursion rapide au cœur de cette problématique.

## **I – LA NOTION D'ÉTAT CHEZ LES ARABES D'AVANT ET D'APRÈS L'ISLAM**

Les historiens arabes ont pris pour habitude de désigner la période qui a précédé l'avènement de l'Islam sous l'appellation de *djahilyyá*, soit littéralement le « temps de l'Ignorance ». Cette distinction, le notera-t-on, n'est pas propre à la civilisation islamique. Rappelons que les premières générations chrétiennes ont usé du même terme pour désigner la période précédant l'avènement du Christ (Ep S-P 1, 14). Il n'est donc pas étonnant que cette idée soit plus tard confirmée par le Coran et reprise par les premières générations d'Arabes islamisés.

Par ailleurs, même si les Arabes d'avant l'Islam étaient effectivement des « ignorants », en ce sens où ils ignoraient l'écriture, il faut cependant avoir bien à l'esprit que le traditionalisme musulman a parfois tendance à exagérer l'ampleur de cette ignorance. On en est même arrivé à donner de la société antéislamique l'image pathétique d'un groupe de bédouins sauvages, entièrement coupés du monde extérieur et sans aucun ordre social. Or et contrairement à ces présupposés, nous verrons que la société arabe du sixième siècle disposait déjà d'une organisation politique régie par des coutumes dont le caractère bien que parfois arbitraire, permettait tout de même de garantir un certain niveau d'ordre social.

Face à cette réalité sociale, qu'allait donc faire le Prophète de l'Islam ? Réformer totalement l'habitus juridique des populations arabes, ou encourager à en conserver quelques aspects qu'il devait enrichir de nouveaux préceptes auxquels appelait sa mission prophétique ? C'est à cette question que nous allons tenter d'apporter une réponse au moyen d'une brève analyse du système politique antéislamique (1), puis en nous introduisant à la Constitution du premier État islamique (2).

### 1) *Le système politique antéislamique*

À l'image des autres peuples du Moyen-âge, la société arabe d'avant l'Islam se distinguait par une organisation par castes. En effet, cette société se composait d'hommes libres (*el ahrar*), d'étrangers ou *mawali* (liés par un pacte d'amitié), et d'esclaves (*el-'abîd*).

Dans le cadre de sa configuration endogroupale, la tribu arabe avait à sa tête un « cheikh » dont le rôle était de contrôler les ressources du groupe et de diriger les armées. D'un autre côté, comme l'écrit N. Coulson (1964), « la tribu était soumise au corpus de lois non écrites qui s'était constitué au fur et à mesure du développement historique de la tribu elle-même, comme manifestation de son esprit et de son caractère. Ni le cheikh tribal ni aucune autre assemblée représentative n'avait le pouvoir législatif d'interférer dans ce système »<sup>9</sup>. Ces tribus étaient gérées par un conseil (*méjliss*), qui représentait une sorte de gouvernement miniaturisé se réunissant tous les soirs à la demeure du cheikh.

Toutefois, de par son emplacement géographique qui faisait d'elle un carrefour commercial, la Mecque s'était distinguée du mode de gestion des tribus. Les sources font mention de la présence d'une classe aristocrate. Ainsi que nous l'explique B. Dellou (2004), « l'hégémonie économique de l'aristocratie Quraychite devait à son tour produire un système politique à même de légitimer ses relations avec les castes inférieures qu'elle exploitait. Ainsi, ces dernières lui seraient soumises politiquement autant qu'elles l'étaient économiquement. Cette idée donnera naissance à une institution appelée *Dar en-nedwat* (la Maison des Pourparlers) ou *el-malâ* (l'Assemblée) »<sup>10</sup>.

L'Assemblée représentait en quelque sorte le noyau de l'État mecquois. Composée exclusivement des hommes libres qui avaient dépassé la quarantaine, la « Maison des Pourparlers » disposait d'une autorité absolue : législative, juridique et administrative. Cette institution avait entre autres comme prérogatives, celle de gérer les relations extérieures de la Mecque en décidant des pactes d'amitié (*'uhud*) et des déclarations de guerre. Elle administrait aussi les affaires publiques de la Cité telles que la gestion des marchés et l'arbitrage des litiges pouvant survenir entre les tribus arabes (*téhkâm*).

D'un autre côté, cette Assemblée disposait également d'un ensemble d'institutions qui lui permettaient d'activer au sein de la société mecquoise. Parmi ces institutions, on peut citer l'administration du Temple (*es-sidentâ*), le Trésor public

<sup>9</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 9.

<sup>10</sup> B. DELLOU, *L'Arabie avant l'Islam : l'histoire économique, sociale, culturelle et politique, (Djazirat el 'arab qâblâ el-islam : et-tarikh el-iqtisâdî, el-idjtima'î, et-taqafî wâ es-syyâqî)*, Beyrouth, Dar El-Farabi, 2004, p. 749.

(*el-ishmaq*) qui rassemblait les taxes (*mêqs*), et l'ambassade (*es-sifarât*) qui représentait la Mecque auprès des tribus étrangères.

## 2) La Constitution du premier État musulman

La tradition musulmane rapporte que c'est dans la grotte de Hira, au Mont En-Nûr qui se situe à environ quatre kilomètres de la Mecque, que le Prophète de l'Islam reçut le 10 août 610 la première révélation coranique. Inquiet de ce qui lui arrivait, Mohammed (s.s.p) raconte cet épisode à un sage chrétien de la Mecque qui lui confirme la réalité de sa mission prophétique. Basée sur le culte du Dieu unique, l'égalité et la fraternité, la nouvelle religion à laquelle appelait Mohammed (s.s.p) trouva rapidement écho auprès de ses proches et des esclaves de la ville. Un petit groupe d'apôtres se forma rapidement autour du Prophète. Celui-ci ne tardera pas à faire face aux insultes et aux sarcasmes des Mecquois, et chaque chef de tribu recevra la directive de torturer celui parmi les siens qui embrasserait la nouvelle religion.

Lorsque l'oppression mecquoise devint insoutenable, le Prophète décida, en 622, de s'exiler à Yethreb (future Médine), une contrée se situant vers le nord de l'Arabie à sept cents kilomètres de la Mecque. Au terme de nombreuses conversions à l'Islam, le Prophète y sera proclamé chef spirituel et temporel. Et ainsi – écrit K. Bentounès (2004) – « une nouvelle ère allait débiter pour Mohammed (s.s.p) ; de l'apôtre pacifique et patient surgira un législateur, un fin politique et un grand stratège »<sup>11</sup>.

Médine était depuis des siècles composée d'un certain nombre d'ethnies d'origine juive et yéménite, ce qui naturellement faisait d'elle une société multiconfessionnelle. L'année même de son élection à tête de la cité, Mohammed (s.s.p) établit un traité délimitant les droits et les devoirs de ses citoyens. Ce traité fondateur du premier État musulman portera le nom de '*arhd el medinâ* ou le « Pacte de Médine », ou même *dustûr el-madinâ*, la « Constitution de Médine ». Tentons à présent une incursion rapide dans le contenu de ce document et voyons dans quelle mesure il peut contenir des survivances du droit coutumier antéislamique.

Il faut tout d'abord souligner que le Pacte de Médine ne diffère pas en la forme des traités (*uhûd*) que les tribus arabes établissaient entre elles. Selon S. Stétié (2002), « la constitution de l'an *un* propose une alliance pure et simple entre trois groupes que constituent les *Ansâr*, les *Moudjahidoûns* et les Juifs. Une alliance sur le modèle des conventions guerrières que les tribus arabes concluaient entre elles »<sup>12</sup>. De plus, nous savons que la coutume arabe voulait que les pactes établis entre les tribus le soient

<sup>11</sup> K. BENTOUNÈS, *Vivre l'Islam : le soufisme aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 2003, p. 21.

<sup>12</sup> S. STÉTIÉ, *Mohammed*, Paris, Albin Michel, 2002.

sous forme écrite et portent en début de texte les signatures ou les sceaux des contractants. Cela apparaît clairement dans le Pacte de Médine qui commence et s'achève par la signature : « Mohammed, le Prophète de Dieu ».

Par ailleurs, la grande nouveauté dans le premier texte juridique de l'Islam réside dans l'énoncé du principe de citoyenneté (*el mûwatannâ*) qui transcende les appartenances religieuses et ethniques. Contentons-nous à cet égard de citer le prologue du Pacte qui dit : « Ils [les parties contractantes] forment une seule et même Nation ». Pour se répéter à la treizième clause : « Les Juifs de Banû 'Awf forment une seule Nation avec les Croyants ». Conduite qui va, le notera-t-on, à l'opposé de la configuration classique des tribus arabes. Cependant, la Constitution de Médine laissera en vigueur la distinction entre les différentes castes formant la société arabe. En effet, le Pacte confirme le contrat de protection (*djîwar*) qui accorde aux étrangers un statut (*mawâlî*) (clause 13 du Pacte). De même ce dernier n'abolit pas l'esclavage ; sans doute en raison de son rôle vital dans l'économie arabe du sixième siècle, et en particulier pour l'agriculture de Médine.

L'autre point significatif qui confirme la présence de pratiques antéislamiques dans le Pacte de Médine est la responsabilité collective des tribus. Au sens où chaque groupe était pénalement responsable des crimes de ses membres. « Celui qui aura agi ainsi [en se rendant coupable d'une injustice] n'aura mis en péril que sa propre personne et les membres de sa famille » (Clause 14). Pour se soulager du poids de cette responsabilité, la tribu devait nécessairement punir le coupable et payer la dîme à la famille de la victime comme le voulaient les usages arabes.

Il n'en va d'ailleurs pas autrement pour la vieille coutume de l'arbitrage qui sera à son tour reprise par la Charia. En effet, la trente-deuxième clause du Pacte stipule : « Pour tout différent ou litige qui aura à apparaître entre les membres de ce Pacte et qui pourrait se transformer en trouble, il reviendra à Dieu et à Mohammed, Son Prophète, de le résoudre ». Ainsi que l'avait déjà observé J. Schacht (1964), le Coran n'utilise pas le terme « juger » (*gadâ*) pour désigner la fonction juridique remplie par le Prophète à Médine, mais plutôt le mot « arbitrer » (*haqamâ*)<sup>13</sup>. En effet, avant l'avènement de l'Islam, c'est le système du *hakâm* (l'arbitrage) qui servait à résoudre les litiges privés. Cette fonction était généralement dévolue aux devins (*kâhin*) qui jouissaient de la vénération des populations. Outre le fait que le Prophète a rapidement aboli les pratiques superstitieuses liées à l'arbitrage tel que pratiqué par les devins, la réforme apportée par la Charia dans ce domaine visait essentiellement à mettre un terme à l'arbitraire de la pratique juridique s'exerçant en fonction des conditions sociales des parties.

<sup>13</sup> J. SCHACHT, *Introduction au Droit islamique*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 16.



Ce sont là les principaux éléments de comparaison entre le système politique arabe d'avant l'Islam et la première Constitution de l'État islamique. Rappelons qu'en suggérant d'abandonner l'esprit tribal au profit de la notion de « Nation », le Pacte de Médine représente déjà une véritable révolution dans les mœurs de l'Arabie du sixième siècle. Cependant, le premier texte juridique de l'Islam ne diffère pas, en la forme, des pactes que les tribus arabes établissaient entre elles. Nous y retrouvons nombre de pratiques antéislamiques telles que le contrat de protection accordé à l'étranger (*el djiwar*), la responsabilité collective des tribus et la coutume de l'arbitrage. Tout cela conforte l'hypothèse selon laquelle le Prophète de l'Islam eut souvent recours à nombre de pratiques antéislamiques pour imposer les principes de la nouvelle religion. Gageons qu'il en fut de même pour les peines pénales, sujet particulier auquel nous allons à présent nous intéresser.

## II – ÉLÉMENTS DE COMPARAISON ENTRE LA CHARIA ET LE DROIT COUTUMIER ANTÉISLAMIQUE DANS LE DOMAINE DES PEINES PÉNALES

Pour bien comprendre le droit pénal en cours durant la période antéislamique, il convient de jeter un premier regard descriptif sur l'organisation judiciaire de cette période. Analysant l'organisation judiciaire de la Mecque du sixième siècle, N. Coulson (1964) note l'existence de « rudiments d'un système d'administration juridique ; des arbitres publics étaient nommés et d'autres fonctionnaires étaient chargés de recouvrer les dédommagements en cas d'homicide ou de coups et blessures »<sup>14</sup>. Allant plus loin, l'historien arabe El-Baladhî (892) précise que « l'Assemblée avait mis en place un groupe d'hommes armés appelés les ahabiches ; composé d'hommes de couleur, ces derniers avaient pour mission d'exécuter les décisions de cette institution, de veiller sur ses membres, et de protéger le Temple qui servait de Trésor à entreposer l'argent des notables »<sup>15</sup>.

### 1) Le droit pénal dans l'Arabie antéislamique

Dans cette configuration pénale antéislamique, le premier constat qui nous interpelle est l'absence de toute institution carcérale. Les peines pénales se résumaient alors soit à l'exil et à l'amputation, soit à la flagellation et à la vengeance du sang. Si un homme osait contester les coutumes ancestrales ou commettait un crime dont la tribu refusait d'en assumer la responsabilité, celui-ci pouvait se voir excommunié et devenir par là même un *khali'*, un exilé. On chargeait un membre de

---

<sup>14</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> A. BALADHI, *La généalogie des Nobles (ansab el-achraf)*, Beyrouth, Dar El-Fiqr, 1996, t. 1, p. 78.

la tribu d'annoncer cette décision publiquement aux marchés et pendant les jours du pèlerinage<sup>16</sup>.

Quant à la vengeance du sang, elle réfère, comme on l'aura deviné, à cet atavisme lié au genre humain surnommé la loi du talion. Son usage durant la période qui nous intéresse ici était tellement important qu'il représentait un impératif catégorique nécessaire à la survie du groupe. « Pour l'homicide volontaire, écrit N. Coulson (1964), la perte d'un membre de la tribu devait être vengée par l'infliction d'une perte correspondante à la tribu du coupable, qui était collectivement tenue pour responsable de l'acte de l'un de ses membres. L'âme de la victime ne pouvait reposer en paix tant qu'une vengeance satisfaisante n'avait pas été infligée et, comme la tendance naturelle d'une tribu était d'exagérer la valeur du membre qu'elle avait perdu, deux ou plusieurs vies pouvaient être réclamées pour venger une seule victime »<sup>17</sup>.

C'est pourquoi il n'était donc pas rare que les Arabes entrent en guerre pendant des années seulement en raison d'une vie non vengée. Or, et ainsi nous explique l'historien A. Yaqubî (904), c'est pour mettre un terme au prolongement de ces guerres, que les Arabes eurent enfin l'idée d'instaurer le paiement de la *diyyâ*, c'est-à-dire la « dîme pour le mort ». Celle-ci était représentée généralement par cent chameaux<sup>18</sup>.

Pour ce qui est du vol, c'est sans doute en raison de l'accroissement de la pauvreté au sein de la communauté mecquoise et de l'anéantissement des valeurs tribales, que beaucoup de mendiants commencèrent à s'adonner au brigandage. L'exégète El-Qurtubi (1268) nous apprend que face à cette situation particulière, c'est El-Mughirat Ibn El-Walid, un notable de la Mecque, qui décida un jour de trancher la main du voleur<sup>19</sup>. Cette pratique aura tôt fait de s'enraciner dans les usages des Arabes avant d'être, comme nous le verrons plus loin, confirmée par la Charia (Coran s 05, v 38).

Enfin, les sources rapportent que la flagellation était généralement le traitement réservé aux esclaves qui se rebellaient. Toutefois, cette peine qui avait été infligée à certains parmi les premiers musulmans peut donner à penser qu'elle fut aussi d'usage dans les cas de désobéissance au pouvoir en général. Par ailleurs, le traditionaliste Boukhari (809) précise que les Juifs de Médine avaient eux aussi pour habitude de fouetter les gens coupables d'adultère<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> B. DELLOU, *op. cit.*, p. 165.

<sup>17</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 19.

<sup>18</sup> A. YAQUBI, *l'Histoire, (et-tarikh)*, t. 1, p. 251.

<sup>19</sup> M. QURTUBI, *Les Lois du Coran, (el djami'fi ahkâm el qur'ân)*, Le Caire, Dar-El-Kutûb, 1967, t. 6, p. 160.

<sup>20</sup> BOUKHARI, *Les traditions authentiques, (es-sahih)*, hadith n° 4249.

## 2) Les peines pénales de la Charia

Il faut tout d'abord souligner que le Prophète Mohammed (s.s.p) n'avait pas, personnellement, instauré un grand nombre de peines pénales. Cependant, celles dont nous allons parler à présent constitueront la base à partir de laquelle les juristes musulmans bâtiront, par analogie, les préceptes du droit pénal islamique. Celui-là même qui continue à être appliqué dans de nombreux États musulmans tels que le Soudan, l'Iran et l'Arabie Saoudite.

Pour ce qui est maintenant des peines édictées par la Loi islamique, celles-ci se distinguent en deux catégories : le *Qissas* et les *hudud*. Le *Qissas*, ou talion, demeure la peine infligée à l'encontre des homicides volontaires, et qui, contrairement aux *hudud*, donne à la victime le droit de pardonner. Outre le fait que cette pratique existait dans la tradition biblique, on remarque aussi que les Arabes de l'époque antéislamique l'avaient complètement intégrée dans leurs coutumes sous le nom de *thâ'r*, ou « vengeance du sang ». Toutefois, le Coran devait reprocher aux tenants de cette peine la tendance à l'exagération au point de parfois venger une vie en en ôtant deux autres ou plus. La Charia insistera alors sur le devoir d'équité « vie pour vie » (Coran s 05 v 45) tout en offrant à la famille de la victime le droit de pardonner en échange de l'octroi du dédommagement dénommé « le prix du sang ».

Quant aux *houdud*, ceux-ci se définissent comme étant des peines précises édictées par le texte sacré à l'encontre des délits qui mettent en péril l'ordre général. Ni le gouvernant, ni le magistrat, ni le Prophète lui-même n'avaient le droit d'en contester l'application. La première de ces peines est la flagellation qui concerne les délits d'adultère, de fausse accusation d'adultère et la consommation d'alcool<sup>21</sup>. Vient en second lieu la peine de l'exil instaurée en 630 et qui s'applique aux brigands de grands chemins (Coran s 05 v 33).

La troisième de ces peines est l'amputation. Nous avons eu l'occasion de voir plus haut qu'en l'absence de toute institution carcérale dans le système judiciaire antéislamique, c'est la peine de l'amputation de la main qui prévalait en cas de vol. Il n'en allait d'ailleurs pas autrement dans plusieurs autres régions de l'Occident chrétien comme l'Angleterre par exemple. La Charia laissa donc en vigueur cette peine qui était devenue un réflexe naturel dans les mentalités arabes. À partir de là, le Prophète n'allait pas contester le principe de cette peine, mais insister plutôt sur les

---

<sup>19</sup> Il faut signaler que les juristes musulmans ne se mettent pas d'accord sur la question de savoir si cette peine concerne l'acte de consommer l'alcool ou bien, plus précisément, la consommation d'alcool accompagnée d'ivresse. L'école de droit hanafite qui porte le nom de son fondateur Abû Hanifa (Irak 699-767), fortement implantée en Turquie et en Syrie, supposera que cette peine ne devait être pratiquée que dans le cas où la consommation d'alcool conduirait à l'ivresse. Étant bien entendu que c'est seulement l'ivresse qui fait perdre à l'homme ses moyens et en fait un danger pour lui-même et pour la société.

conditions de son application en exigeant que le délit soit prouvé par deux témoins au moins. Ou que le coupable n'ait pas été contraint de voler poussé par la faim.

Au terme de cette brève comparaison entre les peines pénales apparues au temps du Prophète de l'Islam et celles qui prédominaient avant l'avènement de celui-ci, il apparaît donc clairement que l'avènement de la Charia ne s'est pas assorti d'innovations majeures en matière de peines pénales. Il semble plutôt que la Loi islamique ait davantage tenu à intégrer les principes de la religion musulmane tels que l'égalité face à la justice, le droit à la propriété et la protection des mœurs dans la logique de fonctionnement des institutions de l'Arabie du sixième siècle.

Par ailleurs, ce nombre réduit de peines pénales édictées par la Charia montre bien que le Prophète Mohammed (s.s.p) ne souhaitait pas « cloisonner » la future justice musulmane dans un code pénal immuable. En corollaire de cette souplesse d'esprit, la grande liberté d'action laissée aux premiers juristes musulmans dans l'élaboration du futur Code pénal islamique. Il reste à présent à nous intéresser à la façon dont la Charia allait disposer en matière de droit familial.

### III – LE DROIT DE LA FAMILLE

Le statut de la famille musulmane représente de nos jours l'aspect le plus important du Droit islamique. Contrairement aux règles pénales qui ne sont plus en vigueur dans la majorité des pays musulmans, les dispositions juridiques du statut familial continuent à y être scrupuleusement observées pour la raison que l'institution du mariage revêt chez les musulmans un caractère religieux *stricto sensu*. D'où alors la même question que celle posée ailleurs : est-ce que la nouvelle loi allait entièrement supplanter les coutumes antéislamiques liées à la famille ou bien en maintenir quelques pratiques ? C'est en abordant, à grands traits, les dispositions juridiques liées au contrat de mariage (1), à la question de la polygamie (2) et du divorce (3) que nous tenterons d'apporter un début de réponse à la question.

Il va de soi que les dispositions du statut de la famille musulmane ne se limitent pas aux trois éléments de comparaison retenus. Cependant, si nous avons privilégié ces trois thèmes, c'est en tant qu'ils constituent, d'une part, des éléments cruciaux de la pratique juridique dans les sociétés arabes et musulmanes et qu'ils alimentent, d'autre part, une controverse récurrente aussi bien en Occident qu'au sein des sociétés arabes elles-mêmes sur le degré de congruence de ces pratiques avec l'état présent de l'évolution du monde. N'est-ce pas à travers la pratique de la polygamie ou le régime des successions qu'est le plus souvent inféré le caractère sexuellement discriminatoire de la Charia ? En replaçant le statut de la famille dans le contexte socioculturel qui avait présidé à son apparition, nous verrons qu'il n'était à aucun

moment question de minorer le statut de la femme, par exemple, mais plutôt d'œuvrer à humaniser sa condition.

### 1) *Le contrat de mariage*

Avant l'avènement de l'Islam, l'institution du mariage qui forme la base des échanges sociaux et intersexuels participait, en Arabie du sixième siècle, de mécanismes divers qui doivent beaucoup à la tradition païenne. À tel point que « l'union libre et la promiscuité rendaient difficile la distinction entre le mariage et la prostitution »<sup>22</sup> (S. Schacht, 1964). Parmi ce genre d'unions évidemment prohibées par la Charia, citons le mariage à durée limitée (*zawadj el-mutr'â*), l'échangisme (*nikâh el-istibdel*), ou encore le mariage hérité (*nikah el-mirath*) qui voulait que le fils aîné du défunt hérite de l'épouse de son père.

De la même façon que la Charia s'empressera d'abolir ce genre d'unions, elle insistera particulièrement sur la définition du « véritable contrat de mariage » (*'aqd ez-zawadj es-sahih*). K. Bentounès (2006) écrit à cet égard que « l'islam déclare que le mariage est un contrat entre deux parties : ni un engagement sacré pour la vie, ni une contrainte imposée par le milieu familial. Dans ce contrat, on peut inscrire ce que l'on veut »<sup>23</sup>. Cependant, pour qu'un contrat de mariage soit valide, la Loi islamique exige cinq conditions à défaut desquelles le contrat est menacé de nullité :

- *L'accord de la femme* : contrairement à l'opinion qui prétend qu'en raison d'une misogynie propre à la Loi islamique, celle-ci ignore l'avis de la femme quant à son propre mariage, des sources islamiques nombreuses attestent du contraire. Aussi, Boukhari (810) rapporte-t-il qu'une femme appelée Khensâ vint un jour voir le Prophète et lui dire : « Avant l'Islam, mon père m'avait forcée à me marier avec un homme que je n'aimais pas, qu'en pensez-vous ? ». « Non ! lui répondit celui-ci, ton père n'avait pas le droit d'agir ainsi ; si tu le désires, je peux annuler (*fzskh*) ton mariage ». « Non ! reprit-elle, je vous ai posé cette question afin que les femmes sachent que leur tuteur (*el walî*) n'a pas le droit de les marier de force »<sup>24</sup>.
- *Le tuteur* : exception faite des femmes déjà mariées ou qui avaient eu l'occasion d'enfanter, la coutume arabe voulait que seul le père, l'oncle ou le frère aient le droit d'accepter ou de refuser de marier leur protégée. Le rôle du tuteur consistait en ces temps là à s'assurer que le prétendant avait un statut social équivalent à celui du père de la mariée (*qufû*). Bien qu'il semble que la Charia ait confirmé le rôle du tuteur, celle-ci s'emploiera

<sup>22</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 18.

<sup>23</sup> K. BENTOUNÈS, *op. cit.*, p. 222.

<sup>24</sup> BOUKHARI, hadith n° 4743.

néanmoins à réduire son autorité ; « La femme est plus apte de disposer de sa personne que son tuteur »<sup>25</sup>, dit un hadith. Autrement dit, le tuteur n'a plus le droit de contraindre la fille au mariage et encore moins de l'empêcher d'épouser qui elle désire (Coran s 2, v 232).

- *La dot* : contrairement à la vieille coutume occidentale qui dispose qu'il revient au père de la future mariée de donner une dot au futur mari, c'est plutôt le contraire qui prévalait dans le droit coutumier arabe antéislamique. Et-Tarmanini (1994) écrit à ce sujet que la dot (*en-nadjifat*) représentait dans l'ancienne société arabe le prix de la vente de la mariée<sup>26</sup>. Celle-ci revenait naturellement au père ou au tuteur de la fille. Bien que cette pratique ait été confirmée par le Coran, l'innovation apportée par la Charia tient en ce que la dot soit directement présentée à la mariée (Coran s 04 v 04). N. Coulson (1964) précise même à ce sujet que « l'effet de cette loi coranique simple est donc de transférer la femme de la position d'objet de vente à celle de partie contractante qui, en échange de l'octroi du droit d'union sexuelle avec elle, acquiert le droit de recevoir la considération qu'apporte la dot. Elle a maintenant une autorité légale qu'elle ne possédait pas auparavant »<sup>27</sup>.
- *Les témoins* : la règle des deux témoins prévalant dans les transactions commerciales de l'Arabie antéislamique sera reprise par la Charia. Le rôle de ces derniers est, d'une part de confirmer la réalité du mariage, et de rappeler, d'autre part, les conditions contractuelles du mariage en cas de litige entre les parties contractantes.
- *L'expression des vœux* : à l'instar de la tradition biblique, le contrat de mariage ne peut être scellé en Islam qu'en présence de deux témoins, celle du prétendant et du tuteur de la mariée. À cette occasion solennelle, les parties expriment leurs souhaits mutuels de contracter le mariage selon la « Loi de Dieu et la Tradition de Son Prophète ».

## 2) *La polygamie et le divorce*

Il n'est pas nécessaire de rappeler que la polygamie est loin d'avoir vu le jour en terre d'Islam ; elle a de tout temps été présente dans les différentes sociétés humaines. Dans l'Ancien Testament (Genèse), l'exemple le plus ancien de bigamie est celui de Lémec. On y apprend aussi qu'Abraham eut plusieurs épouses parmi

<sup>25</sup> MUSLIM, hadith n° 2545.

<sup>26</sup> A. TERMANINI, *Le mariage chez les Arabes avant et après l'Islam : étude comparative, (es-sawadj 'indâ el iarab fi el islam wâ el djahilyyâ, dirâçat muqaranat)*, Kuwait, Alem El-Ma'rifat, 1998.

<sup>27</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 16.

lesquelles Sarah, Agar et Kétura. Le prophète Ésaû avait trois épouses et Jacob lui-même en avait quatre. Le père de Samuel avait deux femmes : Anne et Phéna. Enfin, le Roi David eut un très grand nombre d'épouses dont huit seulement sont connues par leur nom.

Il était donc naturel que cette pratique soit largement répandue en Arabie du sixième siècle. Aussi, en arrivant à Médine en 623, le Prophète de l'Islam s'est retrouvé de fait confronté à cette délicate situation. Qui plus est, cette institution solidement ancrée dans les mœurs du moment, jouait un rôle social important. La polygamie présentait, entre autres, l'avantage social d'épargner à la femme non mariée la pauvreté et la prostitution. Le Prophète de l'Islam évita donc d'abolir cette pratique. Cependant, il devait songer à lui donner un statut juridique garantissant les droits des épouses. Parmi les points les plus importants de cette réforme, il convient de citer :

- *Le fait de limiter les épouses à quatre* : les sources antéislamiques rapportent que les Arabes n'étaient pas soumis à un nombre limité d'épouses. Par souci d'équité, le Coran allait circonscrire ce nombre à quatre (Coran s 04 v 03). À ce propos, Tirmidhi (824) nous rapporte que le jour où Ghilan Ibn Sélma se convertit à l'Islam, celui-ci avait dix femmes. Le Prophète de l'Islam lui dit alors : « Choisis en quatre et sépare-toi des autres ! »<sup>28</sup>. Il faut savoir que dans le système social de représentation des Arabes, le chiffre quatre marque la limite entre la notion de peu et de trop.
- *Le consentement de la première épouse* : l'assentiment de la ou des premières épouses devient, avec la prophétie, une condition nécessaire à la polygamie. Boukhari (881) rapporte qu'Ali Ibn Abi Taleb, l'époux de Fatima fille du Prophète Mohammed (s.s.p), décida un jour d'épouser une seconde femme. Fatima alla aussitôt exprimer sa colère auprès de son père. Après l'avoir entendu, le Prophète demanda à Ali de choisir entre sa fille et la femme qu'il songeait à épouser. Ce dernier renonça alors à son idée<sup>29</sup>.
- *Le devoir d'équité entre les épouses* : il tient à l'exigence coranique selon laquelle on ne peut posséder quatre épouses qu'à la condition de « donner à toutes les mêmes droits, les mêmes égards, les mêmes nuitées, sans qu'aucune se sente lésée »<sup>30</sup> (K. Bentounès, 2006). Ces conditions, on le voit bien, sont tellement difficiles à réunir qu'elles ont fonction de dissuader le prétendant à la polygamie.

---

<sup>28</sup> TIRMIDHI, hadith n° 1128.

<sup>29</sup> BOUKHARI, hadith n° 3450.

<sup>30</sup> K. BENTOUNÈS, *op. cit.*, p. 201.

Le texte coranique lié à la pratique de la polygamie est d'ailleurs explicite quant à cette pédagogie de dissuasion : « Épousez comme il vous plaira deux, trois ou quatre femmes. Mais si vous craignez de ne pas être équitables, alors n'en épousez qu'une seule » (Coran s 04 v 03). Comme l'a écrit J. Salvador (1862) justifiant la polygamie dans la Loi de Moïse, il semble que Mohammed (s.s.p), « après avoir porté des lois contre les atteintes au mariage et contre la prostitution, fut conduit, non pas à consacrer en principe la polygamie comme un bien, mais à la tolérer »<sup>31</sup>.

Pour ce qui est maintenant du divorce, l'histoire nous apprend que les Arabes avaient hérité des peuples sémites le système de la répudiation. Celui-ci consiste à ce que l'époux dise à son épouse : « Je te répudie ! » (*énti mutallâqâ !*), pour aussitôt mettre fin à la relation du mariage. Tout en prenant soin de rappeler que la répudiation était « un acte haï de Dieu »<sup>32</sup>, et sans abolir cette pratique, la Charia devait en réglementer la pratique en y apportant quatre nouveautés :

- *Le délai de viduité ('iddâ)* : N. Coulson (1964) explique qu'avant l'avènement de l'Islam, « un mari pouvait congédier sa femme sur l'heure. Le fait de répudier (*talaq*) sa femme, droit qui découlait tout naturellement de la position d'acheteur de cette femme, fonctionnait comme une rupture immédiate et définitive des relations conjugales. Le Coran, dès lors, suspendait l'effet de la répudiation jusqu'à l'expiration du délai de viduité qui devait durer jusqu'à ce que se soient écoulés trois cycles de menstrues de la femme ou, s'il s'avérait qu'elle était enceinte, jusqu'à la naissance de l'enfant. Ce laps de temps est destiné avant tout, selon les termes mêmes du Coran, à fournir la possibilité d'une réconciliation et, durant cette période, la femme a droit à une aide financière de la part de son mari »<sup>33</sup>.
- *Limiter la répudiation à trois fois* : un homme ne peut répudier son épouse que deux fois, à la troisième, le divorce devient « définitif » (*talâq ba'în kubrâ*) sans possibilité de reprise (Coran s 02 v 222) ; « Le divorce n'est permis que deux fois ; ce sera alors une reprise conformément à la bienséance, ou une libération avec gentillesse » (Coran s 02 v 229). Cette initiative avait évidemment pour but de limiter le recours au divorce trop fréquent alors.
- *La garde de l'enfant (el-hadanâ)* : à l'inverse du droit coutumier qui autorisait le père à disposer librement de son enfant, la nouvelle loi donne à la mère la priorité de la garde : « Tant que tu ne t'es pas remariée, tu es (la mère)

<sup>31</sup> J. SALVADOR, *Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu*, Paris, Michel Lévy Frère, 1862.

<sup>32</sup> S. ABÛ BAWÛD, hadith n° 1863.

<sup>33</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 16.



prioritaire quant à la garde de ton enfant »<sup>34</sup>, affirme le Prophète dans un hadith à l'adresse de la mère.

- *La pension familiale (en-nafaqat)* : la grande novation dans le domaine de la répudiation se trouve essentiellement dans le fait que le Coran ait imposé à l'époux de subvenir aux besoins de sa femme tout au long de la période de viduité : « Les divorcées ont droit de jouir d'une allocation convenable ; c'est un devoir pour les pieux » (Coran s 02 v 241) ; de même que les enfants restent à la charge du père ; « Au père de l'enfant de le nourrir et de le vêtir de manière convenable » (Coran s 02 v 233).

Ajoutons qu'à ces premières réformes apportées à la répudiation, la Charia devait y ajouter deux nouvelles dispositions pour mettre fin au mariage :

- *La séparation judiciaire (et-tatlîq)* : au moyen du *hakâm* (arbitre). Celui-ci prononce le divorce sous forme de procès à la demande de l'un des conjoints.
- *Le divorce à la demande de l'épouse (el khul')* : pour la première fois chez les Arabes, la femme pouvait demander la fin du mariage. Boukhari (881) rapporte qu'une femme vint un jour voir le Prophète pour lui dire : « Ô Prophète de Dieu ! Je n'ai rien à reprocher à Qays – mon époux – mais je ne saurais continuer à vivre à ses côtés ». Le Prophète fit alors appeler Qays et lui demanda de reprendre sa dot et d'accepter le divorce<sup>35</sup>.

Il apparaît donc clairement que s'agissant du statut de la famille, l'Islam n'avait pas pour objectif de mettre sur pied une structure qui diffère totalement du droit coutumier antéislamique. Cependant, tout en faisant des devoirs de la femme envers son mari un impératif religieux, la réforme apportée par la Charia à la loi coutumière arabe tend particulièrement à améliorer la condition des femmes. Le schéma patriarcal de la société est dès lors – écrit N. Coulson (1964) – soumis à l'influence tempérante du critère moral d'un juste traitement des femmes. L'injonction qui revient si souvent, « gardez vos femmes honorablement ou libérez les avec bonté », trouve son application pratique dans les règles juridiques qui mitigent pour les femmes les rigueurs de cette société en supprimant les aspects les plus durs<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> S. ABÛ DAWÛD, *op. cit.*

<sup>35</sup> BOUKHARI, hadith n° 4868.

<sup>36</sup> N. COULSON, *op. cit.*, p. 16.

\*

En résumé de cette rapide incursion dans le corpus juridique islamique réglant la vie des premiers musulmans du sixième siècle, il apparaît clairement que la Charia n'avait pas pour vocation d'évacuer entièrement le droit coutumier antéislamique. Le souci d'accommoder les nouveaux préceptes de l'Islam avec l'habitus social et juridique de la société arabe antéislamique aura été un facteur conduisant parfois le Prophète Mohammed (s.s.p) à opter pour une forme de syncrétisme juridique, laissant ainsi en vigueur certains usages antérieurs à l'avènement de l'Islam. On aura compris que l'enjeu d'une telle adaptation fut que celle-ci favorisait, d'une part, une plus large diffusion de la nouvelle religion, et qu'elle préservait, d'autre part, les fragiles équilibres de la société arabe du sixième siècle. Aussi bien et pour autant qu'elles forment aujourd'hui encore le prétexte de vives controverses autour du caractère invariant de la Loi musulmane, le maintien par le Prophète de l'Islam de pratiques telles que la polygamie ou de l'inégalité sexuelle dans les successions n'avait pas pour objet originel de minorer le statut de la femme, mais cherchait plutôt, au moyen d'une pédagogie religieuse opérant par strates successives, à adapter la norme juridique au temps social vécu par le plus grand nombre. À partir de là, il devient patent que le message prophétique ne visait pas, dans son principe, à rigidifier la pratique juridique islamique. Bien au contraire, en se déclarant particulièrement réceptive à l'*idjtihad*, c'est-à-dire à la liberté de pensée et de réflexion, cette pratique appelait constamment à adapter le Droit musulman aux impératifs du temps historique.

La première génération de juristes musulmans saura donner le ton de cette rationalité juridique en proposant, d'une époque à l'autre, une interprétation différenciée du Code islamique. Il reste alors à nous interroger sur les raisons historiques qui n'ont pas permis, depuis le dixième siècle, à cette dynamique de pensée positive des savants musulmans de perdurer ? À quoi tient ce « barricadement » de la communauté musulmane dans certaines conceptions juridiques qui paraissent parfois inadaptées aux exigences des temps modernes ? Sans chercher ici à apporter une réponse à une telle question qui demeure au cœur de notre recherche, il suffit déjà de faire remarquer qu'un système juridique, quel qu'il soit, ne peut survivre qu'à la condition où il se montre apte à épouser les variations du temps dans lequel il s'exerce. Or sous prétexte de fidélité au message prophétique original, l'Orthodoxie islamiste fait aujourd'hui du rejet principal des volontés réformatrices du Droit musulman son créneau religieux et politique. C'est donc cette attitude de conservatisme chauvin qui, pour autant qu'elle offre aujourd'hui de l'Islam une image dégradée, contribue également à creuser le fossé

séparant les États musulmans de la Loi sacrée. En effet, faute de pouvoir s'épanouir dans le cadre d'un système juridique en manque de renouveau, il y a plusieurs années déjà que la majorité des juridictions arabes a mis un terme à la pratique effective de la Charia et condamné, ce faisant, à l'oubli une tradition juridique pourtant quatorze fois centenaire.

**RÉSUMÉ :**

*Dans quelle mesure la méthode comparée de l'étude du droit peut-elle contribuer à faire la preuve que le Droit islamique (la Charia) est, à contrepoint de ceux qui insistent sur son caractère immobiliste, nullement réfractaire au changement et parfaitement capable donc de s'adapter aux variations du temps historique ? En comparant certaines dispositions du Droit musulman avec celles du droit coutumier de l'Arabie antéislamique, il ressort que la Charia a dû s'accommoder de certains usages préislamiques pour préserver l'ordre social de la société arabe du sixième siècle. Il apparaît ainsi que l'objectif du Prophète Mohammed était moins d'imposer à sa communauté un ensemble de règles canoniques abstraites et rigides, que d'œuvrer à construire un droit qui soit en harmonie avec le temps et le lieu de son apparition. Puis par une injonction coranique permanente à faire usage de la raison (el-idjihad), laisser aux juristes musulmans des siècles à venir le soin de relire ces règles et de les adapter, si nécessaire, aux futurs besoins de la société musulmane.*

**SUMMARY:**

*How could be the method of comparative study of the law helpful to demonstrate that the Islamic law (Sharia), contrary to the position of those insisting on its status quo, is not resistant to change and therefore perfectly able to be adapted to the evolutions of historical time ? Comparing some provisions of Islamic law with the customary law of pre-Islamic Arabia makes it apparent that the Sharia had to accommodate some pre-Islamic uses in order to preserve the social order of the the sixth century Arab society. Thus, it appears that the objective of the Prophet Mohammed was to construct a law in harmony with its time and place of appearance, rather than to impose an abstract and immutable set of rules upon his community. In addition, the Prophet did set up a Koranic injunction to make a permanent use of reason (al-idjihad), what left to Muslim jurists of the coming centuries the duty to review and adjust these rules, if necessary, to the future needs of the Muslim society.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- ABÛ DAWÛD S., *Les Traditions (es-sûnan)*, Liban, Dar El-Kutûb El 'ilmyyâ, 2007
- BALADHI A., *La généalogie des Nobles (ansêb el-achraf)*, Beyrouth, Dar El-Fiqr, 1996
- BENTOUNÈS K., *Vivre l'Islam : le soufisme aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 2003
- BOUKHARI, *Les traditions authentiques, (es-sahih)*, Beyrouth, Dar El-Fiqr, 2002
- COULSON N., *A history of islamic law*, Edinburg, Edinburg University Press, 1964  
(Traduction française : *Histoire du Droit islamique*, Paris, PUF, 1995)
- DELLOU B., *L'Arabie avant l'Islam : l'histoire économique, sociale, culturelle et politique, (Djazirat el 'arab qâblâ el islam : et-tarikh el iqticadî, el idjtima'î, et-taqafî wâ es-syyâçî)*, Beyrouth, Dar El-Farabi, 2004
- DJAÏT H., *L'Europe et l'Islam*, Paris, Éditions du Seuil, collections Esprit, 1978
- QURTUBI M., *Les Lois du Coran, (el djami'fi ahkêm el qur'ân)*, Le Caire, Dar-El-Kutûb
- SALVADOR J., *Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu*, Paris, Michel Lévy Frère, 1862
- SCHACHT J., *An introduction to islamic law*, Oxford University Press, 1964  
(Traduction française : *Introduction au Droit islamique*, Paris, Éditions Maisonneuve et Larose, 1983)
- TERMANINI A., *Le mariage chez les Arabes avant et après l'Islam : étude comparative, (es-sawadj 'indâ el iarab fi el islam wâ el djahilyyâ, diraçat muqaranat)*, Kuwait, Alem El-Ma'rifat, 1998
- THAÂLIBI A., *Vérités sur le soufisme (haqa'iq fi et-taçawwûf)*, manuscrit n° 14-17158, Bibliothèque National de Tunisie
- THIREAU J.-L., « Le Jurisconsulte », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 20, 1994, *Doctrines et recherche en droit*, p. 24
- TIRMIDHI A., *Les Traditions, (es-sûnan)*, Beyrouth, Dar El-Fiqr
- WASSILI M., *Les règles des relations civiles et commerciales de la Charia, (fiqh el mu'amalet el medenyya wâ et-tidjaryya fi es-sharia el islamyya)*, Le Caire, El mektaba et-tawfiqyya, 1997
- YAQUBI A., *L'Histoire (et-tarikh)*, Liban, Dar El-Kutub, 1998