

Les sources de la legislation islamique

مصادر التشريعة الإسلامية

باللغة لفرنسية



الأستاذ الدكتور

محمد جبر الألفي

شبكة
الألوكة

www.alukah.net

LES SOURCES DE LA LEGISLATION ISLAMIQUE

Dr. Mohamed E.I-Alfy

PROFESSEUR ASSOCIÉ

FACULTÉ DE DROIT - UNIVERSITÉ OF KUWAIT

INTRODUCTION

Le sujet de cet article traite un domaine de la philosophie du droit musulman n'a pas encore été exploré d'une manière suffisante dans les pays occidentaux où son étude reste jusqu'à maintenant à l'état d'ébauche; c'est la science de "Uçoul al fiqh", autrement dit: des normes, des critères, des règles fondamentales qui régissent la législation islamique.

Il est bien connu que le fondateur de cette science fut "Mohamed ibn Idris al-Chafi'i" (204h.- 820); sa Rissala constitue à la fois un point d'aboutissement d'une longue tradition juridique, et un appel à un riche développement ultérieur. Nous ne pêchons pas, par exagération, si ayant présent à l'esprit toutes les différences de milieu et des circonstances-nous comparons le rôle d'al-Chafi'i dans sa Rissala, à celui d'Aristote dans l'Organon. En effet, la science de Uçoul al fiqh est au droit musulman, ce qu'est la logique par rapport à la philosophie.

Les sources de la législation islamique se divisent en deux groupes:

A- Sources principales:

deux raisons: il est une parole transmise par plusieurs voies, dont la multiplicité rend impossible une complicité de mensonge. Il constitue en lui-même un miracle; il est inimitable. (2).

L'exégèse littéraire et la recherche linguistique ont joué un rôle considérable dans le travail législatif, par l'extension qu'elles ont permise dū sens d'un grand nombre de termes (3). Nous avons choisi trois questions qui firent l'objet de nombreuses discussions, l'abrogation, le général et le particulier, et enfin le commandement et l'interdiction.

1 - L'abrogation (Naskh):

Le mot arabe: Naskh, que nous traduisons par: abrogation, signifie: le fait de faire disparaître. Sa définition technique est la suivante: "C'est l'abolition d'une règle de droit existant en vertu d'un texte précédent, par un autre texte, de telle façon que, sans le second texte, la règle édictée par le premier serait maintenue. Il doit en outre y avoir solution de continuité entre les deux texte." (4)

A ce sujet les avis des juristes sont partagés: les uns nient l'existence de l'abrogation dans les textes coraniques mais la plupart d'entre eux en admettent l'existence de trois manières:

- La lettre peut être abrogée, mais la règle qu'elle énonce reste maintenue, c'est-à-dire: le verset en question peut être abrogé de la récitation coranique, et la règle qu'il comporte demeure en vigueur. Exemple: on rapporte qu'il y avait dans les textes coraniques un verset qui stipulait la lapidation de tout homme ou de toute femme qui commettaient une fornication après avoir été mariés, et que la récitation de ce verset en tant que texte coranique fut annulée, mais le statut est encore maintenu (5).

- Inversement, la règle peut être abrogée et la lettre maintenue. Exemple: "Ceux d'entre vous qui sont rappelés à nous et qui laissent des épouses, feront, en leur faveur, un legs qui assurera leur entretien durant un an. Elles ne seront pas expulsées de leurs maisons". (6)

-
- 2) Massignon, Situation de l'Islam (1939) p. 9.
 3) Milliot, Introduction à l'étude de droit musulman, Paris 1953.
 4) Bercher, Le Kitab al waraqât, Tunis 1930. p. 22, note 4.
 5) Bercher, op. cit. p. 23.
 6) Sourate II; 240; Masson, Le Coran, Bruges 1967, p. 47.

a) Le Coran, la source par excellence à laquelle on doit exclusivement avoir recours tant qu'il y a dans les textes de quoi statuer sur le cas.

b) La Sunna, qui explique le Coran et qui donne parfois des préceptes en cas de silence de celui-ci.

c) Le Consensus de ceux qui ont une autorité compétente en la matière.

Ces trois sources sont les sources principales; c'est-à-dire qu'elles ont une supériorité législative, du fait qu'elles contiennent en elles-mêmes, d'une manière globale ou détaillée, des règles applicables aux affaires. Le rôle d'un juriste, à l'égard de ces sources, ne dépasse pas l'interprétation de leur contenu.

B) Sources complémentaires:

- a) Le raisonnement par analogie (qiyas)
- b) La préférence juridique (istihsân)
- c) L'appréciation libre (istislâh)

Ces sources sont complémentaires parce qu'elles ne contiennent pas, en elles-mêmes, des règles applicables aux affaires, mais elles ne sont que des critères bien définis pouvant aider à la déduction de ces règles.

A- LES SOURCES PRINCIPALES

Le Coran est la première source, parce qu'il est la parole de Dieu. Comme la Sunna apporte l'explication et commentaire du Coran, elle vient en deuxième place dans cette classification des sources principales. Quant au consensus, il occupe la troisième et la dernière place, parce qu'il n'équivaut ni à la parole de Dieu, ni à celle du Prophète.

a) LE CORAN

Le Coran est le livre sacré de l'Islam, la révélation que Mohamed a reçu d'Allah à différentes époques, au cours des vingt trois dernières années de sa vie, en présence des événements (1). Le Coran se compose de 114 sourates ou chapitres, divisés eux-mêmes en 6236 versets. Le Coran est la première source de la législation islamique pour

1) Dawalibi, la jurisprudence dans le droit islamique, Paris 1941, p. 36.

L'intérêt de cette divergence apparaît en cas d'opposition entre un général et un particulier: dans un tel cas il n'y a point de problème pour les premiers; la priorité est donnée au particulier en raison de sa valeur comme preuve catégorique. Quant aux autres, qui considèrent le général aussi comme preuve catégorique; ils se trouvent, évidemment, devant un problème à résoudre: aussi se mettent-ils à préciser la date de chacun des textes opposés. S'ils arrivent à cette précision, la solution devient simple: le dernier abroge le précédent; sinon, ils essaient de les accommoder de façon à restreindre le général, afin qu'il n'embrasse que le cas désigné par le particulier; à leur avis, il ne s'agit pas là d'une particularisation du général, mais d'une fixation de son sens d'application. (14)

Les particularisants du Coran: un texte coranique peut être particularisé par un autre texte coranique; en voici un exemple: "Dieu a permis la vente, et il a interdit l'usure" (15) la première phrase est générale pour chaque vente y compris l'usure, mais la deuxième est particulière; elle statue différemment sur une sorte de vente, à savoir l'usure. Ce genre de particularisation est unanimement adopté. (16)

Un texte coranique peut être aussi sans conteste particularisé par un hadith mutawâtir. (17) Exemple: "Quant à vos enfants, Dieu vous ordonne d'attribuer au garçon une part égale à celle de deux filles" (18). Or, dans le texte, le mot "vos enfants" comprend les enfants non musulmans. Il a été particularisé par le hadith suivant. "Le musulman n'héritera pas de l'infidèle, ni l'infidèle du musulman". (19)

Le hadith isolé (Ahâd): (20) Les hanafites n'admettent pas qu'un hadith isolé puisse particulariser un texte coranique, à moins que ce texte n'ait été déjà particularisé par un texte catégorique. En revanche, les malikites, les chafîites et les hanbalites sont d'avis que ce genre de

14) Bazdawi, Kachf, T. 1, p. 298.

15) Sourate II: 275; Masson, p. 54.

16) al-Amidi, al-lhkâm, t. 2, p. 100.

17) al-Amidi, op. cit., T. 1, p. 102. Le hadith dit mutawâtir est la tradition prophétique transmise par plusieurs à plusieurs de manière à rendre impossible une complicité de mensonge.

18) Sourate IV: 11; Masson, p. 73.

19) Bêcher, op. cit., p. 18, note 3.

20) Un hadith d'Ahâd est une tradition rapportée par un ou deux garants.

Cela a été abrogé par: "Certains d'entre vous meurent en laissant des épouses: celles-ci devront observer un délai de quatre mois et dix jours. Passé ce délai, on ne vous reprochera pas la façon dont elles disposeront d'elles-mêmes, conformément à l'usage." (7)

- Enfin, la règle et la lettre peuvent être, toutes deux, abrogées. Le Hadith suivant, rapporté par Muslim, nous en donne l'exemple: d'après une révélation, dix tétées étaient suffisantes pour constituer la prohibition naissant de la parenté de lait. Or, cette prescription fut remplacée par "Cinq"; puis la lettre de cette révélation fut abrogée, mais la règle demeura. (8)

2 - Le général et le particulier ('Amm et Khass).

Le général se dit de tout terme dont l'extension embrasse plusieurs choses. Ce mot vient de la racine ('amma), qui veut dire: "s'étendre à tout être universel". (9)

Le particulier, au contraire, se dit de tout mot dont l'extension n'embrasse pas deux ou plusieurs choses, mais qui désigne une chose délimitée. (10)

La particularisation consiste à spécifier une partie de la phrase, c'est-à-dire, à exclure une partie de la proposition visée par le général. Exemple: "Après que les mois sacrés se seront écoulés, tuez les polythéistes". (11) Il faut exclure ici ceux qui ont fait un pacte avec les musulmans: "Respectez pleinement le pacte conclu avec eux, jusqu'au terme convenu" (12).

Autorité du général: selon les malikites, les chafi'ites et les hanbalites, le général ne fournit pas un argument catégorique, sa valeur, en tant que preuve, est conjecturale; tandis que le particulier fournit cet argument catégorique. Les hanafites - et al - Châtibi, le malikite - disent que le général, comme le particulier, fournit un argument catégorique. (13)

7) Sourate II: 234; Masson, op. cit., p. 46.

8) Bercher, op. cit., p. 24.

9) Bercher, op. cit., p. 15; Bazdawi, Kachf, T.1, P. 33.

10) Bazdawi, Kachf, T. 1, PP. 30-32.

11) Sourate IX : 5; Masson, p. 224.

12) Sourate IX : 4; Masson, p. 224.

13) Bazdawi, op. cit., T.1, p. 291; Châtibi, al-Muwâfaqât, T. 3, p. 290.

complète à un ordre n'est que l'effet de son caractère obligatoire. Par conséquent, la formule de l'impératif implique par sa nature l'obligation; tel est son sens propre, une autre acception ne saurait lui être accordée qu'en vertu d'un argument particulier.

---La formule de l'interdiction exige par sa nature linguistique de ne pas faire quelque chose, exigence qui ne se réalise que par l'abstention totale, cette abstention totale n'est que l'effet d'une défense catégorique. Par conséquent, la formule de l'interdiction implique par sa nature une défense catégorique qui est son sens propre, une autre acception ne saurait lui être accordée qu'en vertu d'un argument particulier. (28)

b) LA SUNNA

On appelle Sunna tout ce qui est attribué au Prophète en fait de paroles, d'actes ou de consentements dont les dispositions ont l'autorité de la loi. (29) Citons à titre d'exemple pour les paroles la tradition qui dit: "Les actions ne sont jugées que selon les intentions", et pour les actes son accomplissement de la prière qui montre la manière dont on doit l'accomplir après avoir dit: "Priez comme vous m'avez vu prier". Le consentement touche tout ce que le Prophète avait entendu dire et tout ce qu'il avait vu faire sans manifester sa désapprobation.

L'autorité de la Sunna:

Les juristes sont unanimes pour affirmer la valeur probante de la Sunna en tant que source du droit, étant donné qu'elle clarifie les préceptes énoncés par le Coran, d'autant plus que Dieu dit: "Prenez ce que le Prophète vous donne et abstenez-vous de ce qu'il vous interdit" (30) Cependant, les avis sont partagés en ce qui concerne ce qui est vraiment de la sunna ou non, car l'époque de Compagnons s'était écoulée sans que la sunna eût été recueillie ou enregistrée comme ce fut le cas pour le Coran; elle était donc sujette à des additions et des altérations. Étant donné que par principe la législation doit être reçue d'une manière certaine, afin que la validité des obligations religieuses soit dûment établie, les savants de la traditions ont procédé à une division rigoureuse de la Sunna, selon le degré d'authenticité et la qualité

28) Khūdari, op. cit., pp. 193-201.

29) Dawalibi, la jurisprudence, op. cit., p. 38.

30) Sourate LIX: 7.

hadith peut particulariser le général dans le coran, en raison de sa nature catégorique, en tant que particulier. (21)

3 - Le commandement et l'interdiction (Amr et Nahy):

L'importance de ce sujet vient de la nécessité de comprendre les éléments des injonctions (taklif) de l'islam. Le commandement constitue une exigence de faire quelque chose; tandis que l'interdiction constitue l'exigence de ne pas faire.

Nature juridique du commandement et de l'interdiction.

Certains disent qu'on a recours au commandement pour signifier, soit une obligation, (22) soit une recommandation, (23) soit une indifférence légale (24), et qu'on a recours à l'interdiction, soit pour défendre catégoriquement un acte (25), soit pour le déconseiller (26). Donc, le

commandement et l'interdiction seuls, étant donné la pluralité de leurs acceptions, ne suffisent pas à trancher définitivement la qualification d'un acte; cette qualification doit dépendre d'un autre argument particulier. (27)

Mais la plupart des juristes affirment que le sens propre du commandement est l'obligation de faire quelque chose, et que les autres sens ne sont que figurés. L'interdiction, aussi, a pour sens propre la défense catégorique, l'autre sens est figuré. Cet avis est basé sur l'argument suivant:

- La formule de l'impératif (commandement) est consacrée du point de vue linguistique pour exiger l'accomplissement d'un acte; pour remplir cette exigence, il faut une obéissance complète, et l'obéissance

21) al-Khudari, Uçoul al-fiqh, le Caire 1969, pp. 187 et 188.

22) L'acte obligatoire (Wajib) est l'acte dont l'accomplissement mérite une récompense et la négligence mérite un châtime.

23) L'acte recommandé (Mandoub) est celui dont l'exécution mérite une récompense et dont la non exécution n'est pas sanctionnée par un châtime.

24) L'acte indifférent (Mubâh) est celui dont l'accomplissement ou le non accomplissement n'entraîne ni sanction, ni récompense.

25) L'acte interdit (Muharram) est l'acte qui entraîne une récompense si on s'abstient, de son plein gré, de le faire, et un châtime si on le fait.

26) L'acte déconseillé (Makrouh) est un acte dont l'accomplissement n'est pas sanctionné par une punition et dont l'abstention entraîne une récompense.

27) Khudari, op. cit., pp. 194 et 195

- Les transmetteurs connus par leur intégrité et leur fidélité de mémoire, sans qu'ils aient une compétence jurisprudentielle, comme Anas et Abou Hurayra. Le hadith rapporté par l'un d'eux a force de loi tant qu'il est en accord avec le raisonnement par analogie; et même s'il y a une opposition entre les deux, le hadith n'est abandonné qu'en cas de nécessité, c'est-à-dire au cas où l'acceptation de ce hadith barrerait le chemin aux raisonnements juridiques de toute espèce.

- Les transmetteurs dont l'intégrité n'est pas connue et qui dans le domaine de la transmission ne sont connus que par un ou deux hadith. L'attitude à adopter à l'égard d'un tel transmetteur varie selon les trois cas suivants:

Si la première génération avait transmis le hadith rapporté par lui et avait témoigné de son authenticité ou du moins n'avait pas soulevé de critiques à son égard, ce transmetteur inconnu est considéré comme connu.

Si, au contraire, la première génération l'avait récusé, il ne compte pas parmi les transmetteurs admis.

Au cas où ce transmetteur est totalement inconnu et où son hadith n'a été ni confirmé ni infirmé, le hadith n'a pas force de loi, mais on peut, si l'on veut, accomplir le précepte énoncé par lui, à condition que ce hadith ne soit pas en contradiction avec le raisonnement par analogie.

3 - Conditions exigées du transmetteur :

Le transmetteur doit remplir quatre conditions pour que le hadith rapporté par lui soit pris en considération: (33).

- Etre sain d'esprit: le transmetteur doit être en possession de toutes ses facultés mentales.

- La fidélité de mémoire: le transmetteur doit être à même de réciter exactement le texte intégral, quel que soit le temps écoulé, depuis qu'il a recueilli le hadith.

- L'intégrité: le transmetteur doit avoir une conduite irréprochable, une intégrité reconnue de tous.

33) Khudari, op. cit., p. 215.

des transmetteurs. Puis ils ont posé des conditions et des normes permettant de vérifier la validité de chaque tradition transmise.

1 - Les modalités de la transmission de la Sunns:

Les écoles juridiques sunnites sont unanimes pour admettre tout hadith transmis par l'une des trois voies suivantes. (31)

- Tawâtur: le hadith mutawâtir est le hadith transmis par plusieurs personnes à plusieurs autres personnes, de façon à rendre impossible une complicité de mensonge. Un tel hadith requiert une certitude étant donné qu'il est transmis, non pas par des individus, mais par des groupes de garants.

- Ichthâr: le hadith célèbre est la tradition qui fut transmise, au temps des Compagnons, par une seule personne, et dont la transmission fut reprise après cette époque par des groupes dont la probité ne peut être mise en doute. Ce hadith a moins de certitude que le précédent, mais la rigueur de sa transmission et sa notoriété exigent qu'on y ajoute foi.

- - Transmission par Ahâd: le hadith isolé est celui transmis par un ou deux ou plus; pour établir la valeur de ce hadith le nombre de transmetteurs n'entre pas en considération, étant donné qu'il est déjà, sur ce point, au-dessous des deux genres précédents. Ce hadith, selon l'avis des hanafites, a force de loi, bien qu'il ne requiert pas une certitude. Contrairement à cet avis, la majorité des savants du hadith, préconisent que ce hadith n'a pas seulement force de loi, mais aussi la certitude; car il n'aurait pas pu avoir force de loi sans avoir au préalable le caractère d'une connaissance certaine.

2 - Classification des transmetteurs:

Aux yeux des savants du hadith, les transmetteurs se divisent en trois catégories: (32)

- Les transmetteurs connus pour leur compétence jurisprudentielle, comme les quatre premiers califes. Le hadith rapporté par l'un d'eux a une valeur probante, fut-il contraire au raisonnement par analogie. Tel est l'avis de la plupart des savants.

31) Khudari, op. cit., pp. 214-215.

32) Mulla jion, Nour al-Anwâr, le Caire 1316h., t. 2, pp. 12-16.

que la Sunna peut abroger un jugement énoncé par un texte coranique, étant donné que la Sunna constitue elle aussi une révélation selon les versets: "Il ne parle pas par propre impulsion. C'est seulement une révélation qui lui a été inspirée". (36) Et l'abrogation de l'une des deux révélations par l'autre n'est pas impossible. Exemple: le verset: "Voici ce qui vous est prescrit: quand la mort se présente à l'un de vous, si celui-ci laisse des biens, il doit faire un testament en faveur de ses père et mère, de ses parents les plus proches, de la manière reconnue. C'est un devoir pour ceux qui craignent Dieu", (37) est abrogé par le hadith: "il n'est permis de faire un testament en faveur d'aucun héritier". (38) La majorité affirme, aussi, que l'abrogation d'un hadith par un texte coranique peut avoir lieu en se fondant sur le même argument qui consiste à dire qu'il s'agit de deux révélations; le fait suivant donne l'exemple: le traité de paix conclu avec les mecquois à Hudaybeya en l'an 6 de l'hégire (628), stipulait entre autres que le Prophète s'engageait à rendre aux mecquois ceux d'entre eux qui viendraient à Médine proclamer leur conversion à l'Islam. Le Prophète appliqua cette clause au sujet d'un groupe d'hommes. Une femme vint, un jour, à Médine proclamer sa foi islamique; le Prophète était sur le point de la renvoyer à la Mecque conformément à cette stipulation, lorsqu'il reçut la révélation suivante: "O vous les croyants! Quand viennent à vous des croyantes émigrées, éprouvez-les; Dieu connaît parfaitement leur foi; si vous les considérez comme des croyantes, ne les renvoyez pas vers les incroyables; elles ne sont plus licites pour eux; ils ne sont plus licites pour elles". (39)

2 - L'indépendance de la Sunna :

La Sunna constitue-t-elle par elle-même une source de la législation?

- Al-Chatibi et certains autres juristes estiment que la Sunna est dépendante du Coran et qu'elle n'assume à son égard qu'un rôle de clarification: Le Prophète n'a jamais dit un hadith sans qu'il y ait dans le Coran un principe vers lequel ce hadith peut être ramené. A l'appui de cette affirmation, on cite le verset suivant: "Nous avons fait descendre sur toi le Coran pour que tu exposes clairement aux hommes ce qu'on a fait descendre pour eux". (40)

36) Sourate LIII: 3-4; Masson, p. 655.

37) Sourate II: 180; Masson, p. 33.

38) Bazdawi, op. cit., t. 3, p. 178.

39) Sourate IX: 10; Masson, op. cit., pp. 689-690; Blachère, Le Coran, P. 591.

40) Sourate XVI: 44; Masson, op. cit., p. 328.

- L'islam: le transmetteur doit être musulman. Condition évidente étant donné que le hadith rapporté par lui crée une obligations, une défense ou une recommandation.

Place de la Sunna parmi les sources de la législation:

Afin de fixer la place que la Sunna occupe parmi les sources de droit, il nous faut d'abord examiner la nature du rapport de la Sunna avec le Coran. La Sunna constitue-t-elle par elle-même une autorité de législation indépendamment du Coran ou doit-elle toujours dépendre de lui ?

1 - Rapport de la Sunna avec le Coran:

Les juristes ont coutume de poser cette question en ces termes (34): La Sunna peut-elle particulariser le sens général d'un texte coranique ? Ajoute-t-elle un nouveau précepte au statut énoncé par lui ? Et enfin, peut-elle abroger un jugement établi par lui ?

- A la première question, nous pouvons répondre par l'affirmative. En effet, la particularisation du sens général d'un texte coranique n'est autre chose que la clarification de ce que veut dire ce texte. Les juristes admettent qu'un hadith mutawâtir peut particulariser le sens général d'un texte coranique; quant au hadith d'âhâd, sa particularisation d'un texte coranique est admise par la majorité.

- La Sunna peut-elle ajouter un nouveau précepte à ceux déjà mentionnés par le Coran ? La réponse est unanimement oui! En voici un exemple: la Sunna a interdit de manger tout animal à crocs et tout oiseau à serres, ajoutant ainsi de nouvelles interdictions à celles déjà mentionnées par le Coran: "Je ne trouve pas d'interdiction au sujet de la nourriture, dans ce qui m'a été révélé, à part la bête morte, le sang répandu et la viande de porc". (35)

- L'abrogation: Seul le détenteur du pouvoir législatif peut abroger ce qu'il avait déjà légiféré. Par conséquent, l'abrogation d'un texte coranique par un texte coranique et celle d'un hadith par un autre hadith sont unanimement admises, puisque l'abrogation émane du même législateur. Par contre, la question qui a suscité la discussion est la suivante: un jugement énoncé dans un texte coranique est-il abrogeable par la Sunna et inversement? La majorité des juristes est d'avis

34) Bazdawi, op. cit., t. 3, p. 154; Amidi, op. cit., t. 2, p. 184.

35) Sourate VI: 145; Masson, op. cit., p. 174.

centres de culture à partir de la dispersion des compagnons entre l'Arabie, l'Irak, la Syrie et l'Égypte, les juristes se trouvèrent devant deux conceptions différentes du consensus:

- La première conception garde toujours à Médine sa primauté et ne fait pas état des autres centres de culture au sujet du consensus. Elle définit donc le consensus comme l'accord effectué par les savants de Médine concernant une affaire déterminée.

- Quant à la deuxième conception, elle considère que l'accord des savants de Médine ne suffit pas à lui seul pour opérer un consensus. Un consensus qui constitue une source de droit ne se réalise qu'à partir d'un accord de tous les savants de la communauté de tous les pays musulmans à une époque déterminée sur une question nommée.

2 - Divisions du consensus :

Le consensus se divise, d'après la manière dont il s'accomplit, en deux sortes:

- Consensus expressif (Qawly): Cet Ijma" consiste en ce que tous les juristes de la communauté musulmane s'accordent à une époque déterminée pour déclarer que telle chose a un caractère licite ou prohibé, obligatoire ou recommandé. (43) Ce genre de consensus est unanimement admis en tant que valeur probante et a force de loi.

- Consensus tacite (Sukouty): C'est la diffusion d'un acte ou d'une parole d'un juriste, accompagnée par le silence des juristes, à condition que ce silence existe en connaissance de cause. (44) Sur ce genre de consensus les avis sont partagés: les hanafites lui accordent une valeur probante; quant aux chaf'ites, ils ne considèrent pas ce genre comme consensus ayant force de loi, on ne peut établir un consensus qu'après avoir recueilli les avis de tous les juristes sur la question et constaté leur accord commun.

Le consensus se divise, selon son fondement, en deux genres:

- Consensus traditionnel (Naqly): C'est l'accord de tous les juristes pour transmettre un précepte religieux établi sur une preuve du Coran ou de la Sunna. Il est clair que ce genre de consensus

43) Bercher, op. cit., p. 29, note 1.

44) Bercher, op. cit., p. 29.

- En revanche, la majorité pense que la Sunna peut constituer par elle-même des règles juridiques outre celles énoncées dans le Coran. Cette opinion se fonde sur ce verset: "Obéissez à Dieu ! Obéissez au Prophète!" (41) L'ordre d'obéir au Prophète signifie que Dieu a accordé à son envoyé de droit de légiférer pour statuer sur des cas qui ne sont pas mentionnés dans le Coran.

3 - Place de la Sunna parmi les sources:

On entend fréquemment les jurisconsultes dire que la Sunna occupe la deuxième place par rapport au Coran. Cela signifie qu'au cas où il y a opposition entre les deux le Coran doit avoir la priorité. Le Coran est reçu avec certitude en tant que fait, et en ce qui concerne chacune de ses parties. La Sunna est reçue avec certitude seulement en tant que fait et non en ce qui concerne chaque hadith; or, ce qui est reçu avec certitude en totalité l'emporte sur ce qui peut inclure des éléments sujets à conjecture.

C) LE CONSENSUS (Ijmâ')

"Aussitôt après la mort du Prophète, un problème capital s'était posé, il s'agissait de nommer un chef social et de désigner le successeur de Mohamed. Le Coran et le Hadith, abstraction faite de la doctrine chi'ite, n'avaient pas abordé cette question principale que les musulmans ont tranchée au moyen d'une simple opinion collective. Dans une réunion publique, ils ont élu le premier Khalife et paré à un grand danger qui menaçait leur communauté. Ce fait historique est à l'origine d'une troisième source de droit, à savoir Al-Ijmâ'. Au cours du temps, le rôle de l'opinion individuelle ou collective dans la législation de l'Islam va en croissant. Toutes les fois qu'une question d'ordre civil ou pénal se présente sans avoir un antécédent dans les textes coraniques et sunnites, on porte sur elle un jugement, soit d'après l'opinion d'une seule personne, soit d'après, une opinion commune à quelques-uns" (42)

1 - Définition du consensus :

Aux premiers temps de l'Islam, lorsque Médine était la capitale du monde musulman et le centre où résidaient les savants compagnons du Prophète, on appelait consensus l'accord de ces savants sur un cas déterminé. Mais, après l'extension de l'Etat musulman, et la pluralité des

41) sourate V: 92; Masson, p. 134.

42) - Madkour, L'organon d'Aristote dans le monde arabe, Paris 1934, P. 257.

Quoi qu'il en soit, le consensus tient sa place après le Coran et la Sunna: cela est évident pour ceux qui exigent que le consensus soit appuyé sur le Coran ou la Sunna. Quant à ceux qui le tiennent pour une source indépendante, ils ne peuvent lui conférer qu'une place qui vient après les deux premières sources, étant donné leur autorité.

- L'ijmâ' est la troisième source principale de la législation islamique: principale car les juriconsultes lui accordent - en tant que valeur probante - force de loi égale à celle du Coran et de la Sunna, et troisième, car dans la législation musulmane le Coran et la Sunna ont toujours la primauté.

B - LES SOURCES COMPLÉMENTAIRES

Dès le début de l'Islam, les juriconsultes se rendirent compte de la nécessité de soumettre l'ijtihâd à des règles bien définies, afin que les opinions ne se contredisent pas d'une façon qui aurait abouti à l'anarchie dans la législation et la jurisprudence. C'est précisément à l'étude de ces règles que nous allons consacrer cette deuxième partie qui se divise en trois éléments: le raisonnement par analogie, la préférence juridique et l'appréciation libre. Le caractère complémentariste de ces sources est évident, d'abord parce qu'elles ne contiennent pas de jugements, mais constituent simplement des critères; ensuite parce qu'on ne doit avoir recours à elles qu'au cas où l'on n'aurait pas trouvé de solutions dans les sources principales.

a) LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE

L'effort inductif fondé sur un raisonnement par analogie consiste à fixer les motifs de chaque jugement établi afin de constituer un critère servant à déduire des règles juridiques, outre celles énoncées dans les textes. Le raisonnement par analogie est donc l'instrument qu'on utilise pour opérer cette déduction.

1 - Définition du qiyâs :

Le raisonnement par analogie consiste à rapporter un cas d'espèce à un cas-type, en vertu d'un lien qui les unit au point de vue de la règle juridique à laquelle ils doivent être soumis. (48) D'après cette définition, il y a quatre éléments essentiels qui forment le qiyas:

48) L. Bercher, op. cit., P. 31.

n'a rien à voir avec le raisonnement inductif; c'est pourquoi il est unanimement admis par les juristes en tant qu'autorité législative.

- Consensus rationnel ('Aqly): C'est l'accord de tous les juristes pour établir une règle juridique à partir d'un raisonnement inductif. A ce genre de consensus les malikites et les hanafites accordent une valeur probante; les chaf'ites, en revanche; n'admettent pas qu'un consensus rationnel puisse se réaliser.

3 - Réalisation du consensus :

- Est-il possible qu'un consensus s'établisse après l'extension de l'Etat islamique et la dispersion des juristes dans plusieurs pays? (45)

- Pour les malikites, qui n'exigent pas l'accord de tous les savants de la communauté, le problème est simple: le consensus est réalisable et même déjà réalisé.

- Les hanafites, qui simplifient les conditions du consensus et qui prennent pour autorité législative le consensus tacite, soutiennent que la réalisation du consensus n'est pas impossible.

- Fidèle à sa rigueur en cette matière, al-Châfi'i exige, pour qu'un consensus soit établi, l'accord de tous les savants de tous les pays musulmans et que cet accord soit expressif et non tacite. Par conséquent, il ne reconnaît pas l'existence d'un consensus rationnel, étant donné l'extension de l'Etat, la dispersion des savants dans plusieurs pays et l'impossibilité d'établir entre eux un accord commun sur des questions au sujet desquelles les appréciations rationnelles diffèrent.

4 - Place du consensus parmi les sources :

Le consensus constitue-t-il, par lui-même, une source du droit? Ou doit-il s'appuyer sur un texte du Coran ou de la Sunna? Les uns estiment que le consensus peut constituer par lui-même une autorité législative indépendante du Coran et de la Sunna (46). Les autres affirment que le consensus ne peut s'établir qu'à partir d'un texte coranique ou d'un hadith. (47)

45) Khudari, op. cit., pp. 285 - 287.

46) Khudari, op. cit., pp. 282-283.

47) Idem, mêmes pages.

l'abrogeant doit être un texte; or le qiyâs n'est pas un texte, mais un raisonnement inductif, donc, il n'est pas habilité à abroger un jugement énoncé par un texte.

- Une autre question se pose ici: est-il possible qu'un qiyâs soit abrogé par un consensus ultérieur ou par un qiyâs différent? A cette question, les jurisconsultes répondent ainsi:

Si un consensus est établi sur un jugement qui diffère de celui déjà fondé sur un qiyâs précédent, il faut abandonner ce qiyâs pour appliquer le consensus, car la priorité, d'un consensus, traditionnel ou rationnel, sur une opinion qui n'a pas acquis l'unanimité, est évidente.

Si après qu'un qiyâs ait été établi, un autre qiyâs vient prononcer un jugement qui diffère de celui énoncé par le premier, le nouveau qiyâs n'a force de loi que pour ceux qui seront convaincus qu'il doit être préféré au premier. (51)

b) LA PREFERENCE JURIDIQUE

1 - Définition :

La préférence juridique (istihsân) est ainsi définie par le juriste hanafite al-Karkhi: donner à un cas juridique une solution autre que celle applicable aux cas semblables, pour une raison plus importante qui justifie ce traitement différent. (52) En effet, il y a deux genres de préférence juridique:

- Préférence juridique fondée sur le qiyâs: Elle consiste à soustraire un cas juridique à la règle générale du qiyâs, pour lui donner une autre solution en vertu d'un autre qiyâs dont le motif, plus subtil, l'emporte sur celui de premier.

Illustrons cette définition par l'exemple suivant: La différence qui existe entre le mandataire chargé de toucher le montant d'une dette et le mandataire chargé de reprendre un dépôt est ainsi envisagée par les juristes: le débiteur peut reconnaître comme tel la personne qui se présente à lui en qualité de mandataire pour toucher le montant d'une dette; s'il en est ainsi, cette reconnaissance même lui fait obligation de verser le montant de la dette à ce mandataire. En revanche, le

51) Bazdawi, op. cit., t. 3, pp. 174-175.

52) Khudari, op. cit., p. 334.

- Le principal ou le cas sur lequel on établit l'analogie.
- Le cas d'application dérivé.
- La règle juridique du cas qui sert de base à l'analogie.
- Le motif, c'est-à-dire la raison pour laquelle un jugement est établi. Il faut qu'il requiert trois conditions: Primo, qu'il s'agisse d'une qualité apparente perceptible par les sens. Secundo, qu'il soit bien délimité, afin qu'on puisse le reconnaître dans le cas dérivé. Tertio, qu'il soit à même de susciter un tel jugement.

Illustrons le raisonnement par analogie avec l'exemple suivant: l'interdiction du vin en raison de son caractère enivrant; enivrant, c'est le motif. Si d'autres boissons fermentées présentent ce même caractère, elles encourent la même interdiction, en vertu du raisonnement par analogie.

2 - Valeur probante du qiyâs:

Les avis des juristes sont partagés au sujet de la valeur probante du raisonnement par analogie, selon la nature de son motif:

- Si le motif est expressément mentionné dans un texte du Coran ou de la Sunna, le qiyâs fondé sur lui a, de l'avis de tous les juristes, une valeur probante et force de loi. (49)

Et si le motif n'est pas mentionné dans un texte mais simplement déduit, la majorité des juristes reconnaît au qiyâs fondé sur lui, la même autorité législative, tandis que al-Nazzâm (mu'tazilite) Dâwûd (Zâhirite) et certains parmi les chi'ites, se refusent à le considérer comme source de droit. (50)

3 - Rapport entre le qiyâs et les sources principales:

- Est-il possible que le raisonnement par analogie abroge un jugement énoncé par un texte du Coran ou de la Sunna ou établi par un consensus? Les juristes répondent à cette question par la négative; pour deux raisons: tout d'abord, parce que l'abrogeant doit avoir la même valeur que l'abrogé; or, le Coran, la Sunna et le consensus sont nettement supérieurs en valeur et en autorité au qiyâs, il n'est donc pas question que l'inférieur abroge le supérieur. Et ensuite, parce que

49) - Khallaf, Uçoul al-Fiqh, Le Caire 1365h., pp. 35-36.

50) - Khallaf, op. cit., même page.

présentent comme une exception particulière qui s'oppose à une règle générale; à la différence de l'appréciation libre qui, lorsqu'on a recours à elle, sera seule prise en considération, indépendamment de tout autre indice. (55)

Vis-à-vis de l'istihsân, l'attitude des hanafites, dans son ensemble, ne diffère pas de celle des malikites. (56)

L'imâm al châfi'i récuse catégoriquement l'istihsân. Il consacra même à sa réfutation une section de son grand ouvrage (al-Umm). Nous n'avons pas à citer ici tous les arguments dont il a usé à ces fins. En somme, à son avis, l'istihsân n'est pas régi par une règle rigoureuse dont les critères permettraient de distinguer le vrai du faux: si l'on autorisait chaque juge ou juriste à donner libre cours à son estimation personnelle, pour toutes les questions non mentionnées dans les textes, il y aurait des jugements contradictoires à propos d'un même problème selon la préférence de chacun. (57)

C- L'APPRECIATION LIBRE

1 - Définition :-

L'appréciation libre (Istislâh) constitue un genre du jugement fondé sur l'intérêt majeur, et concernant certaines questions auxquelles le Coran, la Sunna, le consensus et le qiyâs n'ont pas fourni de solution. Toutefois, les solutions apportées à ces questions doivent s'inspirer des règles générales du droit musulman: Celles-ci affirment qu'une question dénuée d'utilité ne peut relever de la législation islamique (58). A titre d'exemple, nous citons le verset: "Dieu ordonne l'Équité et la Bienfaisance" (59), et le hadith qui déclare: "Il n'est permis de nuire à personne" (60).

2 - Valour probante:-

Les jurisconsultes ne sont pas unanimes à admettre le recours à

55) Abou Zahra. Malik, pp. 327 - 328, cité par Dawalibi, Madkhal, pp. 269 - 270

56) Dawalibi, Madkhal, p. 270.

57) idem, p. 272.

58) Dawalibi, op. cit., pp. 274-275, d'après l'Imâm al-Mûwaqqirîn d'ibn al-Qayyim.

59) Sourate XVI : 90; Blachère. op. cit., P. 300.

60) Dawalibi, op. cit., p. 275.

dépositaire qui reconnaîtrait comme tel la personne qui se présente à lui en qualité de mandataire chargé de reprendre un dépôt n'est pas tenu de le lui remettre.

Cette différence est basée sur l'istihsân et non sur le qiyâs qui nous aurait amenés à ne pas faire de différence entre ces deux types de mandataires.

Si le dépositaire était en effet obligé par le fait qu'il reconnaît une personne comme mandataire, et s'il était ainsi tenu de lui remettre le dépôt, il y aurait reconnaissance à la place d'autrui, et s'il s'avérait par la suite qu'il s'agit d'un faux mandataire, l'objet bien déterminé du dépôt serait probablement perdu pour son véritable propriétaire; or le droit du déposant ne repose en principe que sur l'objet déjà déposé.

Il en va tout autrement de la dette, car s'il s'avérait par la suite qu'il s'agit d'un faux mandataire, rien ne serait perdu pour le créancier dont le droit est garanti par le patrimoine du débiteur qui, seul, court le risque de reconnaître indûment à autrui la qualité de mandataire.(53)

- Préférence juridique fondés sur la nécessité: Elle consiste à soustraire un cas juridique à la règle générale du qiyâs, dont l'application aurait provoqué un inconvénient, pour lui donner une autre solution dictée par la nécessité en vue de repousser l'inconvénient. L'exemple qu'on donne ici, c'est la vue de la nudité dans un traitement médical. La règle général interdit de porter les regards sur la nudité de quiconque, mais, en vertu de l'istihsân, la vue de la nudité pour des raisons médicales est permise afin de repousser l'inconvénient et de réaliser l'utilité. (54)

2 - Valeur probante de l'istihsân :

Les malikites admettent l'istihsân et le tiennent pour une source indépendante de la législation islamique. Ils se justifient en disant que le recours à l'istihsân pourrait libérer les juristes du joug d'un qiyâs dont l'application à certains cas particuliers aurait provoqué un inconvénient ou empêché un intérêt. On voit ainsi que l'istihsân, tel que les malikites le préconisent, est proche de l'appréciation libre (istislâh), mais ils le

53) Dawalibi, Madkhal, Damas 1955, pp. 267-268 et les références citées.

54) Abou Zahra, Malik, P. 322, cité par Dawalibi. op. cit., p. 268.

Dans cette esquisse, il ne faut voir qu'un essai d'initiation à l'étude des sources de la législation islamique. Outre l'intérêt historique qu'elle présente, les chercheurs y trouveront un bref résumé de (Uçoul al-Fiqh), qui, nous l'espérons, ne manquera pas d'être, pour eux, d'une grande utilité.

l'appréciation libre. On ne peut donc établir sa valeur probante qu'après avoir exposé les avis différents:

- Les châfi'ites n'admettent pas l'istislâh comme source du droit; cela relève de leur attitude générale de juristes: ils fondent leurs jugements uniquement sur un texte ou sur un qiyâs se référant à un texte. Néanmoins, leur refus de l'appréciation libre ne signifie pas qu'ils refusent les solutions que les autres juristes ont basées sur cette appréciation, car à leurs yeux, ces solutions relèvent, en réalité, du qiyâs lato sensu. (61)

Cependant, constatant que la divergence porte non sur les solutions adoptées, mais sur leur fondement, al-Ghazâli pourtant éminent juriste chafi'ite, a préconisé le recours à l'istislâh, en exigeant toutefois que l'intérêt qui lui sert de base réalise trois conditions: - Qu'il implique une nécessité, c'est-à-dire qu'il soit indispensable au maintien de la vie. - Que l'intérêt soit certain, ni conjonctural, ni fictif. - Que l'intérêt à considérer soit général. Une fois ces trois conditions remplies, al-Ghazâli admet la validité de l'istislâh. (62)

- Les malikites admettent purement et simplement le recours à l'appréciation libre, sans exiger ni conditions, ni support d'un texte ou d'un qiyâs.

- Il en va de même pour les hanbalites, bien qu'ils considèrent l'appréciation libre comme une catégorie de qiyâs. (63)

- Pour ce qui est de l'attitude des hanafites à l'égard de l'appréciation libre, rien n'indique qu'ils en ont fait usage. Cependant, ils reconnaissent l'istihsân comme source du droit, et par là, ils soustraient certains cas à la règle juridique généralement applicable aux cas semblables pour une raison qui l'emporte - à leurs yeux - sur cette règle; cette raison relève de la nécessité ou de l'intérêt. Nous pouvons donc conclure que les hanafites ont recours à l'istislâh sans le nommer, car celui qui se permet de soustraire un cas à la règle générale ne saurait s'interdire de se livrer à l'appréciation libre, là où il n'y a pas de règles applicables aux cas semblables. (64)

61) Al-Ghazâli, al-Mustasfa, Le Caire 1294h., t. 1, p. 284.

62) al-Ghazâli, op. cit., t. 1, pp. 295-296.

63) Dawalibi, Madkhal, Beyrouth 1965, P. 314, et les références citées.

64) Dawalibi, op. cit., p. 315.