

LES ÉCOLES JURIDIQUES DU SUNNISME

1. AINSI FORMULÉ, le thème que je dois traiter peut sembler, en partie au moins, familier au lecteur non initié à la culture musulmane. Il renvoie à une notion qu'il croit connaître (école juridique) dans un univers culturel particulier qu'il connaît peu ou prou (l'islam sunnite). Il convient donc avant d'aller de l'avant de préciser ces notions.

21

Préciser ces notions signifie, en l'occurrence, en présenter une définition qui les intègre dans leur cadre conceptuel d'origine et qui, en même temps, les rende compréhensibles d'un point de vue externe, c'est-à-dire du point de vue du lecteur habitué aux catégories modernes. Il faut en effet dans notre matière éviter deux écueils : le premier consiste à réduire des concepts élaborés dans un cadre historique et culturel spécifique à des concepts occidentaux contemporains ; le second consiste à s'enfermer dans un point de vue interne et donner des concepts en question la définition qu'en en donnait dans le contexte historique et culturel qui les a produits. Le premier écueil mène à une mauvaise compréhension, le second perpétue l'ignorance.

2. Le sunnisme dérive de la Sunna. La Sunna désigne la Tradition du Prophète, elle comprend ses paroles (*hadiths*)¹, ses actes et ses pratiques établies. Le sunnisme, comme doctrine, peut être appréhendé à deux points de vue : politico-théologique et théologico-juridique.

Au premier point de vue, le sunnisme s'oppose au shî'isme et au khârijisme à propos de la question politico-théologique du califat. Les

1. Dans un sens plus large, le terme *hadith* désigne l'ensemble de la Sunna, il signifie alors non pas la parole du Prophète, mais ce qui a été dit à propos de ses paroles, de ses attitudes et de ses actes.

sunnites qui prétendent représenter l'orthodoxie musulmane se sont désignés par ce terme afin de marquer leur prétention d'être, parmi les musulmans, ceux qui continuent et perpétuent la « Tradition » du Prophète. En fait, il s'agit de ceux qui considèrent comme légitime le pouvoir des quatre premiers califes dits les « bien-guidés » (*al-khulafâ al-râchidûn*) et qui considèrent également légitime l'ordre dans lequel ils se sont succédé². Il s'agit aussi, bien que cela ne soit pas toujours dit clairement, de ceux qui ont accepté le pouvoir de Mu'âwiyya après la défaite de 'Ali. En réalité, il s'agit de l'immense majorité des musulmans, c'est-à-dire de ceux qui ont accepté le fait accompli. Les shî'ites sont désignés par ce mot parce qu'ils ont « pris le parti » (*tashayya'a*) de 'Ali, cousin et gendre du prophète³, enfin les khârijites sont désignés par ce mot parce qu'ils sont « sortis » (*kharaja*) des rangs de 'Ali lors de la bataille de Siffîn (657 apr. J.-C.) qui a opposé 'Ali à Mu'âwiya : ils reprochaient à 'Ali d'avoir accepté l'arbitrage entre lui et Mu'âwiya afin de mettre un terme à la grande discorde⁴ alors que de leur point de vue Dieu est le seul juge, le seul arbitre (*lâ hakama illâ Allah*).

Au second point de vue, le sunnisme ou plus précisément les gens de la tradition, les traditionnistes (*ahl al-Sunna* ou *ahl al-hadîth*), s'opposent aux partisans de la libre opinion (*ahl al-ra'y*). Les premiers affirment la nécessité de rattacher tout jugement au Coran ou à la Sunna, les seconds affirment la capacité de la raison à fonder le jugement en cas d'absence d'un texte clair du Coran ou d'une tradition certaine du Prophète.

Nous prendrons le terme sunnisme au premier sens car, d'une part, c'est celui qui s'impose dans la structuration de la présente livraison de la revue *Pouvoirs* et, d'autre part, parce que l'opposition *ahl al-hadîth/ahl al-ra'y* est le problème axial des écoles juridiques.

2. À savoir d'abord Abû Bakr al-Siddîq (632-634) ensuite 'Omar Ibn al-Khţtab (634-644), ensuite 'Uthmân Ibn Affân (644-656) et enfin 'Ali ibn Abî Taleb (656-660).

3. Les shî'ites considèrent que la succession du Prophète doit revenir à sa famille (*Ahl al-Beit*) et précisément à 'Ali et ses descendants. Cette prétention, présente dès la mort du Prophète, s'est surtout développée lors du califat de 'Uthmân et a éclaté au grand jour après l'assassinat de ce dernier. 'Ali sera confronté à certains compagnons du Prophète, soutenus par 'Â'icha (épouse du Prophète), il sortira victorieux de cette confrontation suite à la « bataille du Chameau », il sera ensuite confronté à Mu'âwiya gouverneur de Syrie, chef du clan des Umayyades et parent du calife 'Uthmân. 'Ali sera défait. Il péra assassiné en 661 ap. J.-C. Mu'âwiya est le fondateur de la dynastie des Umayyades (661-750 ap. J.-C.). Ce conflit connu sous de nom de *al-Fitna al-Kubrâ* (la grande discorde) aura duré de 656 à 661 ap. J.-C.

4. Cf. Hicham Djâit, *La Grande Discorde*, Paris, Gallimard, 1989.

3. L'expression arabe traduite par « écoles juridiques » est *madhâhib* (pl. de *madhhab*). Ce mot signifie littéralement « la voie empruntée » et, par extension, le courant d'opinion. L'idée d'école est donc bien présente, mais cette école peut-elle être qualifiée de juridique ? Cela serait aller vite en besogne parce que cela signifierait la traduction du mot *fiqh* par « droit musulman ».

Il n'existe pas de concept arabe correspondant exactement à l'expression française « droit musulman ». Littéralement, cette expression pourrait être rendue par *quânûn islâmî ou tashrî' islâmî*⁵. Or, si ces locutions correspondent effectivement à un usage courant et contemporain, elles ne font pas partie de « l'appareil conceptuel » de ce qui s'est historiquement établi et constitué comme étant le « droit musulman ». À considérer cet appareil, on découvre deux termes spécifiques : *sharî'a* et *fiqh*. Si maintenant on tente une approche interne de ces deux concepts, on se rend immédiatement compte qu'ils ne correspondent pas parfaitement au mot droit dans son acception moderne.

23

4. La *sharî'a* est la voie indiquée par Dieu pour le salut de ses créatures. Elle comprend, de ce fait, des commandements qui relèvent tout autant du culte, que de la morale et du droit. C'est un tout intelligible par sa fin. Le droit, dans cette perspective, n'est qu'un moment dont la fin immédiate – organiser les rapports sociaux – est au service d'une fin dernière, ultime : le Salut. La *sharî'a*, ainsi délimitée, est consignée dans le Coran et les Traditions du Prophète. Mais ces sources sacrées ne comprennent pas que des commandements ayant pour objet les actions ou le for intérieur des croyants. Les commandements se trouvent mêlés à un discours (*khitâb*) qui vise à la constitution même de la foi et qui utilise souvent le récit (*qaças*) comme vecteur de la conviction. L'entremêlement des différents niveaux du discours rend difficile, *a priori*, l'identification de la *sharî'a*. Il faudrait pour cela bien comprendre le texte afin d'arriver à isoler ce qui ressort à proprement parler de la *sharî'a*. Par ailleurs, si les textes sacrés sont supposés contenir une solution à toute situation concrète, ils n'ont pas envisagé pour autant, cela est évident, toutes les actions humaines possibles et imaginables. Il faut donc pouvoir, à partir d'une saine lecture et d'une vraie connaissance des sources, trouver dans la *sharî'a* les principes de solution de tout cas nouveau.

5. Littéralement « droit positif islamique » dans le premier cas, et « législation islamique » dans le second.

5. C'est pour répondre à ces deux attentes que s'est constituée une science humaine, la science de l'intelligence de la *shari'a* : le *fiqh*. Comme la *shari'a*, le *fiqh* ne peut être réduit au droit ; il traite en effet aussi bien de questions culturelles que de questions morales n'intéressant que le for intérieur ainsi que des questions juridiques au sens contemporain du mot. Le *fiqh* peut être défini comme un ensemble de qualifications ou jugements (*abkâm*, pl. de *hukm*) des comportements et actions humaines. Ces qualifications sont au nombre de cinq : l'obligatoire (*fardh*), le recommandé (*mandûb*), le licite ou permis (*mubâh*), le désapprouvé (*makrûh*) et l'interdit (*mahdûr*). Le *fiqh* se présente donc comme un exposé des différents actes, réels ou possibles, sous l'angle de leur qualification. Il faut tout de suite relever que deux de ces cinq qualifications peuvent ne pas être considérées comme juridiques au sens actuel du terme. Il s'agit des qualifications intermédiaires de « désapprouvé » et de « recommandé », les actes intégrés dans ces deux catégories ne pouvant donner lieu à des controverses susceptibles d'être tranchées par des tribunaux. Il ne faudrait pourtant pas en conclure à la nécessité d'opérer une coupe dans le *fiqh* afin d'y isoler ce qui correspond aujourd'hui au concept de droit. Ce serait là détruire la cohérence interne du *fiqh*. Comme système, le *fiqh*, avec ses cinq qualifications, est parfaitement intelligible puisqu'il vise à apprécier l'action humaine, de quelque nature qu'elle soit, au regard des commandements divins et dans la perspective finale du Salut.

6. Le *fiqh* se présente donc comme un ensemble de qualifications de comportements précisément définis au cas par cas. Il peut être appréhendé comme une *casuistique théorique*. Casuistique puisque il ne procède pas par règles générales. Casuistique théorique parce que les recueils de *fiqh* ne sont pas l'équivalent des recueils de précédents tels que les connaissent les pays de *Common Law*. Les cas envisagés par les *fuqahâ* (les docteurs de la Loi, pl. de *faqih*) sont souvent des cas imaginés et parfois extrêmement improbables. La validité des recueils de *fiqh* ne tient donc absolument pas au fait qu'ils exposent des précédents judiciaires mais, uniquement, au fait que les qualifications des comportements qu'ils exposent sont le produit de la volonté divine et qu'elles peuvent y être rapportées par des procédés contrôlés.

7. Cette casuistique théorique est le produit de l'*ijtihâd* (effort intellectuel) des maîtres fondateurs du *fiqh* : Abû Hanîfa (m. 150 H/767 apr. J.-C.) ; Mâlik Ibn Anas (m. 179 H/795 apr. J.-C.) ; Muhammed Ibn Idrîs al-Shâfi'î (m. 204 H/820 apr. J.-C.) ; Ahmed Ibn Hanbal (m. 241 H/855 apr. J.-C.). À côté de ces *fuqahâ* qui sont à l'origine des *madhâhib* qui se sont historiquement imposés, d'autres ont marqué leur époque sans pour autant réussir à fonder des écoles pérennes : Sufyân al-Thawrî (m. 161 H/778 apr. J.-C.) ; Al-Awza'î (m. 157 H/774 apr. J.-C.) ; Abû-Thawr (m. 240/854 apr. J.-C.) ; Abû Sulaymân dâwûd Ibn Khalaf (m. 270 H/884 apr. J.-C.) qui a fondé l'école dhâhirite, et Tabarî (310/923 apr. J.-C.). Les principales « écoles juridiques » sunnites qui se sont historiquement imposées sont donc l'école hanafite, l'école malékite, l'école shâfi'ite et l'école hanbalite⁶.

25

8. En aval du travail du *faqîh*, se situe le travail du juge ou *qâdhi* qui consiste, en application des recueils des *fuqahâ* et de leurs commentaires autorisés, à trancher des litiges, concrets cette fois, c'est-à-dire historiquement situés. Ces recueils vont servir aux juges (*qâdhi*) de sources formelles du droit. Certes le *qâdhi* peut être *faqîh*, mais il peut également ne pas l'être, de même que le *faqîh* peut ne pas être juge, ce qui fut le cas de Abû Hanîfa. Ce fait confirme d'ailleurs l'idée que le *fiqh* est une casuistique théorique. Il est utile à cet égard de préciser que ce ne sont pas les ouvrages majeurs des fondateurs des différentes écoles⁷ qui vont remplir l'office de source formelle du travail du juge, mais des manuels régionaux, voire locaux, généralement des commentaires des ouvrages fondateurs. Ainsi, les manuels de référence de l'école hanafite sont les *Mukhtaṣar* de Qûdurî et de Mâjid al-Dîn. Pour l'école malékite, le *Mukhtaṣar* d'Ibn al-Hâjib (m. 646 H/1249) fait référence, encore qu'au Maghreb il est surtout fait usage de deux précis inspirés d'Ibn al-Hâjib : le *Mukhtaṣar* de Khalîl (m. 767 H/1365) et la *Tuhfa* d'Ibn 'Asim (m. 829 H/1424). C'est le *Mustasfâ* d'al-Ghazâlî qui est principalement

6. L'école hanafite est aujourd'hui encore présente en Turquie, en Asie centrale, en Afghanistan et en Inde ; l'école malékite domine au Maghreb et en Afrique occidentale ; l'école shâfi'ite est représentée en Égypte, au Kurdistan, en Malaisie, en Indonésie ; quant à l'école hanbalite, elle est sous sa version wahhabite (Muhammed ibn 'Abd al-Wahhab, m. 1206 H/1792) la doctrine officielle de l'Arabie Saoudite.

7. Quand de tels ouvrages existent. On sait par exemple qu'Abû Hanîfa n'a laissé aucun ouvrage écrit. Il reviendra à ses élèves, Abû Youssef (m. 182 H/798) et Abû al-Hassan al-Sheybânî (m. 189 H/805), le soin de codifier, si l'on peut ainsi s'exprimer, le rite hanéfite.

utilisé par les shafîïtes et le *Précis de droit* d'Ibn Qudâma qui est le classique des hanbalites⁸.

26 9. En amont du travail du *faqîh* se situe le travail du *usûli*. La science des *usûl al-fiqh* a été codifiée par Muhammed Ibn Idrîs al-Shâfi'î dans son ouvrage intitulé *al-Risâla* (l'Épître). Cette discipline pose les normes de la casuistique des *fuqahâ*. Sa fonction consiste précisément à poser les règles de la découverte du jugement ou *hukm* à partir des *adilla shar'iyya*. Les *adilla*, pluriel de *dalîl*, sont littéralement les preuves : preuve de la vérité du jugement ; et ces preuves, ce sont les sources sacrées. En langage moderne, elles sont à la fois les sources et le fondement de validité des jugements. *L'usûli* énoncera les sources, posera les normes de l'exégèse du Coran, les conditions de validation ou d'authentification d'une Tradition du Prophète, les conditions de validité de l'*ijmâ'* (consensus) ainsi que les règles de déduction, par raisonnement analogique, des qualifications légales non évoquées par les sources sacrées, à partir de celles qui sont évoquées par ces sources. Ce procédé s'appelle le *quiyâs*. Cette science normative expose, enfin, les conditions qui doivent se trouver réunies en une même personne afin qu'elle puisse prétendre au statut de *mujtahid*, c'est-à-dire de personne autorisée à découvrir les qualifications.

10. La structure du « droit musulman » se présente donc comme une construction à trois niveaux dont le centre est le jugement, le *hukm* ; la base, l'application des qualifications et des conséquences qui y sont attachées, et le sommet, le Coran et la Sunna du Prophète, qui peuvent être tenus pour des sources matérielles. Le passage des sources matérielles aux sources formelles, que sont les compilations casuistiques considérées comme valables par les différentes écoles de *fiqh*, s'effectue conformément à des normes posées par la science des *usûl al-fiqh*.

Tel est donc le système du « droit musulman », tel qu'il se présente au terme de son évolution, c'est-à-dire à la fin du III^e siècle de l'Hégire (IX^e siècle de l'ère chrétienne).

11. Il est communément entendu dans la littérature relative au *fiqh* que les quatre écoles classiques se reconnaissent mutuellement et qu'elles

8. Cf. Chikh Bouamrane, « Le droit musulman et son évolution », in *Panorama de la pensée islamique*, Paris, Sindbad, 1984, p. 89-95 ; Joseph Schacht, article « Fikh », in *Encyclopédie de l'Islam*.

acceptent leurs divergences dans la mesure où celles-ci ne concernent pas les fondements (les *usûl*) mais uniquement les branches (les *furû'*). Plus, « chaque musulman peut suivre l'école de son choix ou en changer sans aucune formalité ; il peut même, si cela lui convient, ou pour toute autre raison qui lui est propre, à propos d'un acte ou d'une transaction particulière, choisir la doctrine d'une école autre que celle qu'il suit habituellement⁹ ».

Certes, chacune de ces écoles a des particularités. C'est ainsi que le hanafisme est caractérisé par le recours de son fondateur à la libre opinion (*ra'y*) et à l'*istihsân*¹⁰ alors que le malékisme est marqué par la place prépondérante qu'il accorde aux Traditions du Prophète, à la coutume de Médine, ville du Prophète, ainsi qu'au consensus (*ijmâ'*) des docteurs de Médine. Le shâfi'isme est généralement présenté comme une voie médiane entre les deux premières doctrines. Le hanbalisme est marqué par la place essentielle qu'il accorde aux Traditions du Prophète, par sa méfiance à l'égard de l'analogie et sa conception restrictive de l'*ijmâ'* réduit à l'accord des seuls compagnons du Prophète. Mais ces divergences à propos des sources, qui ont évidemment des implications pratiques, sont minimisées par le recours à deux arguments fondamentaux, le premier est que les quatre écoles s'accordent à propos des quatre sources fondamentales : le Coran, la Sunna, l'*ijmâ'* et le *quiyâs*. Le second est que les quatre écoles admettent unanimement la règle de validité suprême du *fiqh* : les *abhkâm* (qualifications) doivent impérativement être rattachés à la volonté divine.

27

12. Cet unanimisme a été établi à partir du III^e siècle de l'Hégire, mais il n'en avait pas toujours été ainsi. La constitution du *fiqh* en science au cours du II^e siècle de l'hégire (VIII^e s. ap. J.-C.) s'est articulée autour d'un débat fondamental entre deux tendances intellectuelles : les partisans de la libre opinion et les traditionnistes (*ahl al-r'ay* et *ahl al-hadîth*) qui correspondent à deux aires géographiques Kûfa (Irak) et Médine (Arabie), voire à deux personnages fondateurs Abû Hanîfa et Mâlik Ibn Anas. Muhammed Ibn Idrîs al-Shâfi'î aura, certes, un apport considé-

9. Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 62, note 10.

10. Le concept même d'*istihsân* est controversé : ses partisans le présentent comme une analogie cachée préférée à une analogie explicite, ses détracteurs le présentent comme une libre opinion. Il s'agit en fait du raisonnement qui mène à écarter la solution inspirée par l'analogie (*quiyâs*) au profit d'une autre dictée par l'intérêt général.

nable comme théoricien du traditionnisme puisqu'il lui est revenu la mission de systématiser le traditionnisme et de fonder la science normative des *usûl al-fiqh*, mais dans le domaine du *fiqh* c'est un traditionniste modéré. À l'opposé, Ahmed Ibn Hanbal peut être qualifié de traditionniste rigoureux¹¹. Au total, si l'on avait à classer les courants de pensée eu égard à l'importance qu'ils accordaient aux Traditions du Prophète, on aboutirait à deux grandes tendances : le hanafisme d'une part et les trois autres écoles d'autre part.

De Abû Hanîfa, rien, ou presque, ne nous est parvenu directement. Sa doctrine en matière de *fiqh* a été rapportée et systématisée par deux de ses disciples : Abû Yûsuf (m. 182 H/798) et Abû al-Hassan al-Sheybânî (m. 189 H/805). Or, il est établi que tous deux ont été relativement influencés par Mâlik Ibn Anas. Il s'en est suivi que le hanafisme officiel est un hanafisme édulcoré notamment par la transmutation du *ra'y* en *quiyâs*. Or, c'est en ce lieu très précis que s'est jouée l'histoire du *fiqh*. Car à partir du moment où il est posé en dogme que le *ra'y* des hanafites est un *quiyâs*, c'est-à-dire la mise en œuvre du raisonnement analogique, l'âme même du *ra'y* entendu comme libre opinion (*opinio prudentium*) disparaît et l'affirmation d'une orthodoxie devient possible, concrétisée par l'accord, le consensus (*ijma'*) des fondateurs (*a'imma* pl. de *imâm*) à propos des fondements du *fiqh* : Coran, Sunna, *ijmâ'* et *quiyâs*.

Or, il semble bien que telle n'était pas la position de Abû Hanîfa. Il admettait évidemment le Coran comme source, s'agissant des Traditions du Prophète, il était extrêmement exigeant et n'hésitait pas à rejeter les traditions rapportées par des individus isolés. Quand, sur une question, la tradition rapportait plusieurs opinions des Compagnons du Prophète, il choisissait en raison celle qui lui semblait convenir le mieux et n'hésitait pas le cas échéant à ne pas en tenir compte. En dehors de cela, il recourait à son jugement. Il recourait évidemment au *quiyâs*, mais n'hésitait pas à en corriger le résultat par le recours à l'*istihâsân* qui lui permettait de tenir compte des circonstances et de l'intérêt général. L'ensemble de ces éléments permet de présenter Abû Hanîfa comme un cas à part radicalement distinct des trois autres fondateurs.

Cette opinion est confortée par un aspect de l'activité intellectuelle d'Abû Hanîfa qui est marginalisé par les *fuqahâ*. Il est aujourd'hui

11. Ce rigorisme s'accroît avec le hanbalite Ibn Taymiyya (727/1327) et avec le dhâhirisme qui rejette purement et simplement le recours au *quiyâs*. Ce dernier courant est notamment représenté, outre son fondateur Dâwûd ibn Khalaf, par Ibn Hazm al-Andalusî (456/1065).

établi que Abû Hanîfa n'était pas seulement un *faqîh* mais également un théologien (*mutakallim*)¹² qui « a exercé une influence considérable¹³ ». Or, il se trouve qu'au II^e siècle de l'Hégire le débat théologique opposait les rationalistes aux volontaristes. Les rationalistes étaient représentés par les mu'tazilites et les volontaristes précisément représentés par les traditionnistes. Abû Hanîfa était-il mu'tazilite ? Le fait est que « dans une lettre adressée à 'Uthmân al-Batti, il défendait des convictions murjiïtes, et que dans son *al-fiqh al-akbar* il s'est attaqué aux khârijites, aux quadarites, aux shî'ites et aux djahmites sans jamais s'attaquer aux murji'a ou aux mu'tazilites¹⁴ ». À notre sens, même si Abû Hanîfa n'était pas proprement mu'tazilite, il figure parmi les précurseurs de ce mouvement de pensée qui trouvera dans le traditionnisme son antagoniste principal¹⁵. Du reste, le fait même que l'on attribue à Abû Hanîfa un ouvrage de théologie intitulé *al-fiqh al-akbar* (le *fiqh* suprême) montre qu'il avait réfléchi aux rapports qui devraient s'établir entre les sciences islamiques et qu'il attribuait à *'ilm al-kalâm* une place prépondérante, ce que feront plus tard les mu'tazilites qui considèrent que les fondements du *fiqh* se trouvent dans *'ilm al-kalâm*. En effet, dans la perspective des mu'tazilites, la raison humaine a la capacité de qualifier les choses de belles ou de laides en toute autonomie (*al-tahsîn wa al-taqbîh al-'aqliyyayn*), ce qui suppose que les choses ont une nature, qu'il y a une nature des choses. Ce postulat théologique de nature des choses fonde dans le domaine du *fiqh* la possibilité d'un droit naturel, or il nous semble que le *ra'y* auquel a recouru Abû Hanîfa produit bel et bien du droit naturel au sens aristotélien du terme.

29

12. Le *mutakallim* est le spécialiste de *'ilm al-kalam*. On a coutume de définir *'ilm al-kalâm* comme une apologie défensive de la foi, non comme une théologie (Louis Gardet et Georges Anawati, *Introduction à la théologie musulmane*, Paris, Vrin, 3^e éd., 1981, p. 38-39). Nous considérons pour notre part que, dans un premier temps, le *'ilm al-kalâm* a bien été une théologie et ce n'est qu'après la défaite du courant rationaliste représenté par les mu'tazilites qu'il s'est transformé en apologie défensive. Voir Slim Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit*, t. I, *La Nature, la Révélation et le Droit*, Tunis, FNRS-Cérès Production, 1993, p. 175-178.

13. Joseph Schacht, « Abû Hanîfa al-Nu'mân », in *Encyclopédie de l'Islam...*, p. 123, notre traduction.

14. *Ibid.*, p. 123-124.

15. *Contra* Mohamed 'Âbed Jâbirî, *Critique de la Raison arabe*, I, *La Constitution de la Raison arabe*, Centre culturel arabe pour l'édition et la distribution, 3^e éd., 1987, p. 101 (en langue arabe).

13. Par contre, toute la stratégie des traditionnistes a été d'éliminer toute incursion de la raison suffisante dans le *fiqh*, et l'apport considérable de al-Shâfi'î a été de constituer la science normative des *usûl al-fiqh* afin de rompre les liens entre le *fiqh* et '*ilm al-Kalâm* et d'ordonner le *fiqh* au dogme volontariste en le liant par des règles de méthode dont la seule rationalité est de n'autoriser aucun *hukm* (jugement), s'il n'est établi que celui-ci procède du Coran ou de la Sunna ou qu'il peut y être rattaché par des procédés contrôlés. C'est d'ailleurs pour cette raison que al-Shâfi'î condamnera violemment tout recours à l'*istihâsan* en considérant que toute personne qui recourt à l'*istihâsan* est, en fait, en train de légiférer¹⁶.

30 La vision classique des écoles juridiques en Islam, qui réduit celles-ci à quatre et qui affirme l'accord des quatre écoles à propos des fondements (*usûl*), ne reflète donc pas l'essentiel du débat qui a eu lieu au II^e siècle de l'Hégire au moment de la constitution de la science du *fiqh*; elle reflète la situation qui s'est installée à la suite de la défaite du courant rationaliste au milieu du III^e siècle de l'Hégire. Dans une version unanimiste des choses, les écoles de *fiqh* sont réduites à des nuances d'une seule couleur, une sorte de dégradé de l'intervention des Traditions du Prophète et du *quiyâs*: ainsi l'on passe insensiblement du hanbalisme au malékisme, au shâfi'isme, au hanafisme dans une ambiance bon enfant d'accord profond. Cette vision a été évidemment confortée par la fermeture des portes de l'*ijtihâd*, cette décision historique qui n'a été prise par personne et qui a momifié le *fiqh* et réduit le travail des *fuqahâ* au *taqlid* (commentaire).

14. Faut-il alors rouvrir les portes de l'*ijtihâd*? La réponse à cette question dépend de la situation dans chacun des États musulmans et du statut du *fiqh* dans ces États. En effet, le droit positif effectif échappe largement au *fiqh* et ce depuis longtemps. Sous le califat des Abbassides, déjà, la police (*shurta*) avait en charge l'essentiel des questions criminelles, et en marge du *fiqh* une véritable justice administrative fut organisée (les *madhâlim*)¹⁷. Si l'on ajoute à cela les codifications ottomanes, les législations coloniales et celles des États nouvellement indépendants, on réalise que la place du *fiqh* dans le droit vivant est aujourd'hui, du

16. Rapporté par Abdelwahhab Khallâf, '*Ilm usûl al-fiqh*', Tunis, al-Hudâ, sans date, p. 83.

17. Cf. Yadh Ben Achour, « Justice des *madhâlim* et justice administrative moderne », *Rev. int. sc. adm.*, 1985, n° 2, p. 109 sq.

point de vue purement juridique, marginale¹⁸. Seul le statut personnel et, dans un degré encore moindre, le droit pénal sont encore dans certains États sous l'emprise du droit musulman. Dans ces conditions rouvrir les portes de l'*ijtihad* signifie très précisément rouvrir le débat à propos de la capacité de la raison humaine à discerner en toute autonomie le juste de l'injuste, l'utile du néfaste. Un tel débat permettrait de fonder le droit positif étatique, omniprésent et clandestin en même temps, et de critiquer le *fiqh*, marginal au plan juridique et hégémonique au plan culturel. Rouvrir les portes de l'*ijtihad* aurait alors pour fonction et pour mission de permettre au musulman d'assumer, d'accepter, voire de revendiquer, sa modernité juridique.

18. Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, op. cit., p. 69 s.

R É S U M É

Il ne s'agit pas dans cette contribution de décrire les différentes solutions proposées par chacune des écoles juridiques du sunnisme, mais de développer une compréhension, culturellement engagée, du pluralisme et de l'évolution des écoles de fiqh. Une telle approche suppose un exposé de la structure du système théologico-juridique musulman.