

**UNIVERSITE PARIS I SORBONNE-PANTHEON**

**LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE  
JURIDIQUE DE PARIS**

## **MEMOIRE**

DIPLOME D'ETUDES APPROFONDIES EN ETUDES  
AFRICAINES, OPTION " ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE  
ET POLITIQUE "

**LA REOUVERTURE PAR H.  
BOURGUIBA DES PORTES DE  
L' " IDJTIHAD "**

**" Formation et dissolution du lien  
matrimonial en Tunisie "**

Sous la direction du Professeur: *M. BONTEMS Claude*

Présenté par: *Melle GAFSIA Nawel*

ANNEE UNIVERSITAIRE 1996-1997

*A mon père, ma mère et ma soeur.*

## **REMERCIEMENTS**

- Je tiens à exprimer ma principale gratitude à monsieur le professeur Claude BONTEMS pour avoir accepté de diriger cette étude, ainsi que pour son aide précieuse et ses critiques fructueuses, qui m'ont permise de me poser de nouvelles et enrichissantes questions et d'avancer régulièrement dans mon travail, ainsi qu'au professeur Etienne LE ROY pour son soutien.

- Je tiens également à remercier pour leur aide et leur encouragement, Maître Sassi BEN HALIMA, avocat et professeur de Droit à l'Université de Tunis III et Mme Jalila BOUZOUITA-ROUROU, professeur de Droit à l'Université de Sousse (Tunisie).

- Je tiens enfin à manifester mon affection à tous ceux qui m'ont soutenu moralement tout au long de mon travail, et particulièrement à exprimer mon amour profond à mon père, Moncef GAFSIA, ma mère, Zahia AROUS-GAFSIA, et ma soeur, Chiraz GAFSIA, pour leur encouragement et leur patience.

## **INTRODUCTION**

“ *Insidad bab al-idjtihad* ”, ou la “ fermeture des portes de l’*idjtihad* ”, représente officiellement en Terre d’Islam, l’expression qui symbolise la consécration définitive, par un certain consensus de savants-juristes musulmans, de la doctrine de la *Shari’a*, ou Loi Islamique, vers le IVème siècle de l’hégire, soit le Xème siècle de l’ère chrétienne. L’*idjtihad*, signifie “ littéralement “ fait de se donner de la peine ”<sup>1</sup>, et dans le langage juridique musulman celui qui fait l’effort de raisonner porte le qualificatif général de “ *mudjtahid* ” ( au pluriel, *mudjtahidun*).<sup>2</sup>

Conformément à la tradition juridique de l’Islam sunnite, doctrine à laquelle la Tunisie adhère et qui fera l’objet d’une précision ultérieure, l’*idjtihad* représente un effort de réflexion, de compréhension individuel et de précision de la Loi Divine ou *Shari’a* comprenant les prescriptions coraniques ainsi que la Tradition du Prophète, ou *Sunna*, destiné à conférer des détails aux musulmans relatifs à leurs droits et obligations dans leur vie quotidienne, donnant ainsi naissance à une jurisprudence du nom de *fikh*, ou connaissance de la loi divine, dont les auteurs portent le qualificatif de *fukaha(s)*.

---

<sup>1</sup> J. SCHACHT, “ *Idjtihad* ”, *Encyclopédie de l’Islam*, nouvelle édition, Tome III, Leyde E.J. Brill, G. B. Maisonneuve et Larose S. A., Paris, 1975, p. 1052 et s.

<sup>2</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Mugtahid*, Estratto dal *Digesto*, IV Edizione, vol. XI Civile, Torino, 1995, p. 3-4. W. B. HALLAQ, Was the gate of ijthad closed ?, *International Journal of Middle East Studies*, Cambridge University Press, Vol 16, 1984, p. 3-41; On the origins of the controversy about the existence of mujtahids and the gate of ijthad, *Studia Islamica*, Maisonneuve et Larose, LXIII, 1986, p. 129-141. J. SCHACHT, *op. cit*

La métaphore de “ la fermeture des portes ” matérialise le principe d’interdiction de jouir du droit à l’interprétation du message d’Allah et de son Envoyé, les “ portes ” incarnant une certaine voie<sup>3</sup> à la liberté de réflexion et de critique dans le sens d’une recherche savante sur l’Islam.

D’après l’orthodoxie musulmane sunnite ce serait par l’intermédiaire d’un consensus à caractère divin des savants, ou *idjma*, que la doctrine musulmane aurait été fixée de manière irrévocable par la “ fermeture des portes de l’*idjtihad* ”<sup>4</sup>.

L’*idjma*, se définit par le “ *commun accord des savants qualifiés d’une génération donnée et un tel consensus est considéré comme infaillible* ”<sup>5</sup>. Il trouve son fondement dans le verset 115 de la Sourate IV: “ *Quant à celui qui se sépare du Prophète après avoir clairement connu la vraie Direction et qui suit un chemin différent de celui des croyants : nous nous détournerons de lui, comme lui-même s’est détourné; nous le jetterons dans la Géhenne.* ” Le principe de *idjma* a par la suite été énoncé par le Prophète dans le but de l’organisation de la communauté musulmane, et qu’un *hadith*, c’est-à-dire une parole, rapporte en ces termes: “ *Ce qui est bon pour tous les musulmans est bon également pour Dieu, et ma communauté ne tombera jamais d’accord sur une erreur* ”. L’*idjma* confère ainsi, l’autorité nécessaire à la légitimation du travail des *fukaha(s)*, les savants du “ *fikh* ”, ou science de la *Shari’a*, de compréhension de la volonté de Dieu, destinée à indiquer aux membres de la communauté ce qu’ils doivent ou ne point faire. De par ses fondements divins, “ *l’idjma garantit ainsi la totalité des conclusions de l’idjtihad exercé légitimement* ” conformément à la théorie des fondements du droit islamique, les *usul(s) al-fikh*.<sup>6</sup> Reconsidérer les termes de la Loi Islamique, par la voie d’un

---

<sup>3</sup> W. B. HALLAQ, *Was the gate of ijihad closed ?*, *op. cit.*, p. 20, l’auteur considère que “ *bab* ”, c’est-à-dire la porte, traduit l’idée de la “ voie ”, de la “ possibilité ” d’agir sur un plan exclusivement juridique: “ *As often used in legal discussions, the term “ bab ” means “ way ”. Thus, “ saddu babi al-talaqi ” may be rendered as “ closing the way of divorce ” or “ making divorce infeasible ”. Similarly, “ insadda babu al kiyasi ” may be translated “ the way of kiyas was closed ” or “ the procedure of kiyas was suspended ”, kiyas représentant une variante de l’*idjtihad* qui fera l’objet d’une précision.*

<sup>4</sup> N. J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, P.U.F., Paris, 1995, p. 77-80. L. MILLIOT, F.P. BLANCS, *Introduction à l’Etude du Droit Musulman*, Sirey, Paris, Nouvelle Edition, 1987, p. 108-115

<sup>5</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.77

<sup>6</sup> *Ibid.*

effort personnel serait alors perçu comme une infidélité à la foi musulmane, par l'orthodoxie.

En arabe, une " tendance " ou une " interprétation ", fruit de l'effort intellectuel de *fukaha(s)-mudjtahidun* se traduit par *madhhab*, c'est-à-dire une " direction " littéralement, et cette dénomination concernera les quatre écoles de droit orthodoxe qui représentent la doctrine du système juridique de l'Islam sunnite. Quatre écoles qui portent le nom de leur fondateur *mudjtahid*, et dont la consécration coïncide avec la fermeture des portes de l'*idjtihad*: ce sont les rites malikite de Malik ben Anas, hanafite de Abou Hanifa, shafi'ite de al-Shafi'i, et hambalite de Ibn Hambal dont l'application est répartie géographiquement en Terre d'Islam, suivant le choix des régions.

A la veille de l'indépendance en Afrique du nord, et en l'occurrence en Tunisie le rite malikite conjointement avec le rite hanafite représentaient le droit applicable. A travers la justice du *Charaa*, ou tribunal religieux, ils représentaient la doctrine juridique musulmane valable uniquement pour les matières relevant du statut personnel, tels que le mariage ou la succession, de certains cas immobiliers, tels que les *Waqf* ou *Habous*<sup>7</sup>, et le prêt à intérêt interdit par l'Islam<sup>8</sup>. Les autres affaires, commerciales ou pénales, étant réglementées par un droit d'inspiration française, étaient portées devant une justice dite " séculière " .<sup>9</sup>

Les rites malikites et hanafites consacraient donc la réglementation des conditions de formation et de dissolution du lien matrimonial, où la fonction essentielle du mariage musulman, "*Nikah*", est de légitimer les relations sexuelles<sup>10</sup> par

---

<sup>7</sup> Le *Waqf* ou *Habous*, représente l'institution religieuse qui immobilise certaines terres considérées précieuses, les rendant inaliénables, c'est-à-dire, ni vendues, ni données, ni héritées, et dont la fonction est de rendre l'aumône à partir des richesses que l'on peut en tirer; son origine remonte à un *hadith* du Prophète, Cf. EL-BOKHARI, *L'authentique Tradition musulmane, choix de h'adiths traduits et présentés par G.H. Bousquet*, Sindbad, Paris, p. 212.

<sup>8</sup> Par exemple dans la sourate II: versets 275 à 278, Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 40-41

<sup>9</sup> T. AYADI, *Mouvement Réformiste et mouvement populaires à Tunis (1906-1912)*, Thèse de Doctorat de 3ème cycle, Université de Paris-Sorbonne, Paris IV, 1977-78, p. 22-87.

<sup>10</sup> J. SCHACHT, " *Nikah* ", *Encyclopédie de l'Islam*, Leiden E.J. Brill, Nouvelle Edition, 1995, p. 26 et s. G.H. BOUSQUET, *L'Ethique sexuelle de l'Islam*, Desclée de Brouwer, Paris, p. 118. A. BOUDHIBA, *La sexualité en Islam*, P.U.F., Paris, 1982, p. 25.

le versement d'une dot du mari à la femme, de la manière suivante<sup>11</sup>:

- le mariage est conclu par l'échange des consentements des deux époux ou de leurs représentants, exprimés verbalement en présence de deux témoins,

- dans les deux rites, le tuteur, ou *Wali*, le parent agnat le plus proche de la fille impubère exerce sur celle-ci le droit de *djabr*, c'est-à-dire un droit de contrainte matrimonial. Il faut noter en outre la réserve admise par l'école hanafite qui lui accorde la possibilité, à sa puberté, de remettre en question le choix de son tuteur matrimonial, s'il n'est ni son père ni son grand-père. Le rite malikite quant à lui reconnaît le droit de *djabr* du tuteur à l'encontre de la fille pubère tant qu'elle restera vierge. Mais dans tous les cas le consentement de la fille, pubère ou impubère, vierge ou pas, doit être donné par l'intermédiaire du *Wali*,

- La dissolution du lien matrimonial est le fait de l'époux qui jouit du droit de répudier exclusivement à tout instant sa femme sans procès et contre le gré de celle-ci. La réciproque n'étant pas envisagée, la femme a en revanche le droit de demander le divorce devant un juge pour faute de l'époux, tel que le non-paiement de la dot, ou pour mésentente au sein du couple par exemple, pour le rite malikite. L'école hanafite quant à elle n'admet l'action de la femme devant le juge que pour deux cas seulement: l'impuissance du mari et le refus de celui-ci de la suivre dans sa conversion à l'Islam,

- enfin pour les deux rites, la polygynie<sup>12</sup> est admise dans les limites de quatre femmes.

---

<sup>11</sup> M. BOORMANS, *Statut personnel au Maghreb depuis 1940 à nos jours*, Mouton, Paris, 1977, p.15-30.

<sup>12</sup> Nous utiliserons au cours de notre étude le terme " polygynie " plutôt que " polygamie ", afin d'employer un langage plus propre à traduire la réalité, le premier signifiant, mariage avec " plusieurs femmes " et le second " plusieurs mariages ", incluant ainsi la " polygynie " et la " polyandrie ", signifiant quant à elle, mariage avec " plusieurs hommes ": O. BLOCH - W. VON WARTBURG, *Dictionnaire Etymologique de la langue française*, P.U.F., Paris, 1994. En l'occurrence, la Loi Islamique autorisant le mariage d'un homme avec plusieurs femmes, et non pas le contraire, il nous est donc apparu, plus juste et plus plausible d'utiliser l'expression de " polygynie ", Cf. C. BONTEMS, Les rêveries utopiques du juge colonial, *Le juge une figure d'autorité*, Actes du colloque des 24-25-26/11/1994, L'Harmattan, Paris, p. 537.

Ce schéma que nous venons de présenter nous donne un aperçu des principes fondamentaux inaltérables de la doctrine juridique musulmane qui ne peuvent être remis en question, les portes de l'*idjtihad* étant obstruées, et applicables aux tunisiens musulmans avant l'indépendance du pays en 1956.

Par ailleurs, un homme, Tahar El Haddad, un *alm*, un savant dans le domaine religieux, appartenant à l'Université théologique de la Zitouna à Tunis, a eu l'audace en 1930, à travers son ouvrage, “ *Notre femme dans la loi et dans la société* ”<sup>13</sup>, de remettre en cause les dispositions de la Loi Islamique plaçant la femme dans une situation d'infériorité, en faisant valoir qu'elles n'étaient plus disposées à répondre aux questions des temps modernes, et qu'une nécessaire réadaptation de l'Islam devait être envisagée, par la réouverture des portes de l'*idjtihad*, lui valant son rejet de l'Université.

Mais l'indépendance acquise en 1956, H. Bourguiba, leader nationaliste, devenu président de la république tunisienne par la suite, présentait à la population un programme où les relations familiales seraient révisées par la création de dispositions juridiques favorables à la protection de la femme par rapport à l'homme, qu'il soit son père, son frère, ou son mari. S'inspirant des thèses de T. El Haddad, H. Bourguiba, supprime certaines prescriptions de la Loi Islamique, relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial, telles que la polygynie, la répudiation unilatérale en faveur du mari et le droit de contrainte matrimoniale.

Parallèlement il instaurait l'obligation du consentement des deux époux au mariage, la limite d'âge au mariage à 15 ans pour les filles, qui fera l'objet d'une modification ultérieure où l'âge s'élèvera à 17 ans<sup>14</sup>, la majorité légale à 20 ans, et enfin le droit au divorce judiciaire ouvert de manière égale à la femme et à l'homme.

La procédure suivie pour adopter ces dispositions a été calquée sur le modèle français de promulgation des lois. En l'occurrence, H. Bourguiba, premier ministre et président du Conseil promulgua par la voie d'un décret, le 13 août 1956 le

---

<sup>13</sup> T. EL HADDAD, *Notre femme dans la loi et la société*, M. Borrmans, Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours, I.P.O., 1979.

<sup>14</sup> Décrets-Lois n° 64-1 et 64-2 du 20 février 1964

Code du Statut Personnel, dans lequel sont incluses les innovations énumérées plus haut.

Et ce sera en ces termes que les normes novatrices du C.S.P. sont précisées:

“ - Art 3 : “ *Le mariage n’est formé que par le consentement des deux époux.* ”

- Art 4 : “ *La preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte authentique dans des conditions fixées par une loi ultérieure.* ”

- Art 5 (Modifié par le décret-loi n° 64-1 du 20 février 1964, ratifié par la loi n° 64-1 du 21 avril 1964) : “ *Les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l’un des empêchements prévus par la loi [...] en outre, l’homme avant 20 ans révolus et la femme avant 17 ans révolus ne peuvent contracter mariage.* ”...

- Art 18 ( Modifié par la loi n° 58-70 du 4 juillet 1958) : “ *La polygamie est interdite.* ”...

- Art 29 : “ *Le divorce est la dissolution du mariage.* ”

- Art 30 : “ *Le divorce ne peut avoir lieu que par-devant le Tribunal.* ”<sup>15</sup>

A travers ce recours il rompait de manière formelle avec le système de création juridique séculaire de caractère jurisprudentiel, le *fikh*, inopérant depuis la fermeture des portes de l’*idjtihad*. Malgré cette fermeture, H. Bourguiba s’attaqua à un des domaines réservés de la justice du *Charaa*, qui fût par ailleurs remplacée par une justice dite “ séculière ”, au nom d’une unité de la justice.<sup>16</sup>

Une politique favorable à la femme qu’il justifiera ultérieurement par des objectifs, tels que ceux d’ “ *élever le niveau de la femme* ”, l’ “ *émanciper* ”, la “ *libérer* ”, pour “ *l’intérêt de la nation* ”, pour une “ *nation forte* ”<sup>17</sup>. Dans le discours “ phare ”, prononcé le 13 août 1965, à l’occasion de la fête de la femme, et la célébration des neuf années d’existence du C.S.P., intitulé “ *La Femme, élément de progrès dans la*

<sup>15</sup>Décret du 13 août 1956 portant promulgation du Code du Statut Personnel (J.O.R.T. n° 104 du 28 décembre 1956).

<sup>16</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1956*, Publication du Secrétariat d’Etat à l’information, Tunis, 1975, p. 119-123.

<sup>17</sup> H. BOURGUIBA, *année 1958, op. cit.*, p. 183-185

*société* ”<sup>18</sup>, ainsi que celui du 1966, “ *La femme et l’évolution de la société* ”<sup>19</sup>, il réitère les objectifs de sa politique volontariste de modernisation de la Tunisie où la femme est représentée comme l’enjeu principal du nouveau projet de société .

Il justifiera ainsi l’intronisation de l’Etat dans les relations maritales jusqu’alors du ressort exclusif de la famille, par la réglementation de la formation et de la dissolution du lien matrimonial, en ces termes: “ *le contrat de mariage et sa rupture, qui intéressent au premier chef la collectivité nationale tout entière, ne doivent pas être laissés au bon vouloir des seuls époux ou dépendre du caprice de l’un d’eux* ”.<sup>20</sup>

De plus, la formalisation du mariage, par l’institution ultérieure de l’acte authentique<sup>21</sup> est destinée à représenter un obstacle à toute velléité de mariage polygynique, par le contrôle des unions par l’Etat.<sup>22</sup>

Le consentement des futurs époux au mariage, et la nouvelle conception du lien matrimonial, avec sa “ *fonction sociale* ”<sup>23</sup>, permettrait à la femme de choisir sa vie conjugale et ferait d’elle une personne à part entière, et donc disponible à la nation d’après les discours de H. Bourguiba.

La doctrine islamique ayant été fixée pour l’éternité et par conséquent le système de création juridique traditionnel étant inopérant, H. Bourguiba choisi de s’en remettre à la procédure législative du modèle occidental qui revêt en apparence un caractère essentiellement “ laïque ” dans le sens où le système religieux traditionnel du *fikh* n’entre pas en ligne de compte dans l’élaboration de ces normes juridiques novatrices.

De prime abord il nous semble que H. Bourguiba a rompu avec la religion, mais tout l’intérêt de notre étude va résider dans cet extrait d’un discours qu’il a prononcé, le 3 août 1956, pour annoncer la promulgation, du Code du Statut Personnel qui aura lieu dix jours plus tard:

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, année 1965, p. 156-173

<sup>19</sup> *Ibid.*, année 1966, p. 65-82

<sup>20</sup> *Ibid.*, années 1956-1957, p. 131

<sup>21</sup> Décrets-Lois n° 64-1 et 64-2 du 20 février 1964

<sup>22</sup> *La justice dix ans après*, Publication du Secrétariat à la Justice, 1966, République Tunisienne, p.181

<sup>23</sup> H. BOURGUIBA, *Discours*, année 1965, *op. cit.*, p. 167

*“ de même que nos ancêtres ont fait un effort de réflexion sur les moyens d’atteindre les fins assignées par l’Islam, nous devons à notre tour fournir le même effort pour adapter la vie de la communauté aux impératifs de notre temps, dans le cadre des principes généraux de l’Islam.*

*L’esprit humain, dans son évolution, donne à la notion de droit un contenu variable selon l’époque : ce qui était admis il y a quatorze siècles ne l’est plus en notre temps.*

*La raison manquerait à son rôle si elle se fermait à des conceptions qui, différentes dans leur contingence des conceptions traditionnelles, répondent dans leur essence aux impératifs de justice, d’équité et de respect de la personnalité humaine”<sup>24</sup>.*

C’est en constatant une “ *perte de sens* ”<sup>25</sup> de la société tunisienne, pour reprendre l’expression de B. Badie visant des sociétés à caractère anémique, par la constatation d’un décalage entre la spiritualité de l’Islam et le mode de vie des croyants que H. Bourguiba justifiera son action.<sup>26</sup>

Et c’est sur le fondement de l’Islam que H. Bourguiba justifiera la suppression de la polygynie, de la répudiation unilatérale, et toutes les innovations spectaculaires relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial, par la voie d’un effort personnel, que l’on traduit par “ *idjtihad* ”, où la clé de l’évolution juridique à l’intérieur de l’Islam résiderait dans la réouverture des portes de l’*idjtihad*.

H. Bourguiba a en effet clairement précisé ses intentions dans une allocution du 31 juillet 1963, en ces termes:

*“ ...nous soulignons que l’Islam authentique ne saurait en aucune manière freiner l’ascension. Au contraire, il laisse grande ouverte “ la porte de l’interprétation ” en ce qui concerne aussi bien les croyances que les choses de la vie...fermer la porte de l’interprétation de la loi divine, c’est se condamner au retard et à la décadence. ”<sup>27</sup>.*

<sup>24</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1956-1957, Vol 2*, Publications du Secrétariat d’Etat à l’Information, Tunis, 1975, p. 125.

<sup>25</sup> B. BADIE, *L’Etat importé - l’occidentalisation de l’ordre politique* -, Fayart, Paris, 1994.

<sup>26</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1963, op. cit.*, p. 111

<sup>27</sup> *Ibid.*

Les questions fondamentales que nous nous posons sont comment et dans quelle mesure H. Bourguiba peut-il rouvrir les portes de l'*idjtihad*, closes depuis des siècles par l'intermédiaire d'un décret? Dans quelle mesure le législateur peut-il s'arguer d'avoir innové dans l'ordre juridique tunisien relatif au mariage et à la rupture du lien matrimonial, par la voie de l'*idjtihad*, alors que tout effort d'interprétation du Coran et de la *Sunna* a été proscrit depuis le Xe siècle? Quels sont les fondements et les implications d'une telle politique juridique sur le plan des repères culturels, où l'on a noué système exogène, le système législatif, et fondement endogène de création juridique, l'*idjtihad*?

Alors que “ *la science du droit occidental a fourni un certain nombre de réponses différentes à la question de la nature du droit, qu'elle en fasse remonter l'origine aux décisions d'un supérieur politique, aux réactions du corps judiciaire, “ aux forces silencieuses et anonymes ” de la société ou de la nature même de l'univers.* ”<sup>28</sup>, il faut considérer le Code du Statut Personnel dans sa spécificité.

Depuis sa promulgation le 13 août 1956 et jusqu'à aujourd'hui, le Code du Statut Personnel a fait l'objet de diverses analyses, interprétations et controverses, relatives non seulement aux desseins du législateur mais également aux fondements et justifications de son élaboration. A titre d'illustration, le Code du Statut Personnel, a suscité de vives réactions favorables ou dénigrantes, à sa promulgation, dans l'ensemble de la population ayant eu connaissance de près ou de loin de la nouvelle législation sur la famille.<sup>29</sup>

Parmi, les oppositions au C.S.P., qu'elles revêtent un caractère religieux ou non, dans le sens où elles émanent de dignitaires religieux ou non, des condamnations ont été formulées à l'encontre des normes novatrices relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial. Elles ont en effet été perçues comme étant contradictoires aux fondements religieux constitutifs de la *Shari'a*, ou Loi Islamique qui régit la vie de la communauté musulmane, dont fait partie la grande majorité de la société tunisienne depuis le VIIe siècle. Le C.S.P. a donc

---

<sup>28</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.75

<sup>29</sup> A. DARGOUTH MEDIMEGH, *Droits et vécu de la femme en Tunisie*, l'Hermès-Idilis, 1992, p. 65-70

été présenté comme un texte blasphématoire, irrespectueux de la tradition islamique.<sup>30</sup>

Par ailleurs, qu'ils soient tunisiens ou étrangers, les commentaires plus favorables ou interprétations diverses et variées relatives aux fondements et aux justifications, n'ont pas manqué de proliférer. A titre d'illustration, le C.S.P. a été perçu par des auteurs français, dont R. Jambu-Merlin, comme une "*codification du droit musulman*" dont les "*innovations*" ne seraient pas "*orthodoxes*" et seraient inspirées du droit occidental, en l'occurrence français. Il met ainsi en avant les idées de la présence d'une certaine "*mixité*" dans les sources juridiques, d'une "*laïcisation*" du droit de la famille, et donc d'un compromis entre la Loi Islamique et le droit français.<sup>31</sup>

Une tendance tunisienne, quant à elle laïcisante et favorable à l'adoption des normes novatrices, a présenté ces dernières comme le fruit de la volonté du législateur d'adapter le droit de la famille à l'évolution sociale et de rompre ainsi avec la tradition juridico-religieuse de la Loi Islamique.<sup>32</sup> Y. Ben Achour interprète, par exemple, le C.S.P. "*comme le produit d'un changement évolutionniste plutôt que d'une radicale mutation... en consacrant...l'évolution des moeurs et mentalités*" retenant ainsi la prise en considération par H. Bourguiba de la mutation progressive des structures familiales.<sup>33</sup> L'adoption du Code du Statut Personnel par décret ministériel, constituerait, selon eux une continuation du mouvement de réformes législatives et de codification entrepris dès la fin du XIXe siècle.

En outre, à l'intérieur de cette tendance certains<sup>34</sup> n'omettent pas de préciser que H. Bourguiba, a fondé ces normes

<sup>30</sup> M. BOORMANS, *op. cit.*, p.291 à 293.

<sup>31</sup> R. JAMBU-MERLIN, *Le Droit privé en Tunisie*, L.G.D.J., 1960, Paris, p. 233-283.

<sup>32</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, Cérès Production, Cerp, Tunis, 1992, p. 203-225; Islam et Constitution, *Revue Tunisienne de Droit*, 1974, p. 77. S. BEN ACHOUR, Etats non sécularisés, laïcité et droits des femmes, *RTD*, 1993, p. 297., *Introduction à l'étude du Droit*, Tunis, 2ème édition, 1990; Le droit tunisien de la famille entre Islam et modernité, *RTD*, 1973. H. DJAIT, *La personnalité et le devenir arabo-islamiques*, Edition du Seuil, 1974, Paris, p. 140-145. A. MEZGHANI, Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit musulman classique, *RTD*, 1975, p. 53. K. MEZIOU, Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, *Le Statut Personnel des Musulmans*, Bruylant, Bruxelles, 1992; Législation comparée, Tunisie, mariage, filiation, *Jurisclasseur*, Fascicule 1, 1988, p. 6

<sup>33</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, *op. cit.*, p.220.

<sup>34</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, *op. cit.*, p. 224. M. CHARFI, *Le droit tunisien de la famille entre Islam et modernité*, *op. cit.*, p. 29. A. MEZGHANI, *Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit*

novatrices sur la mise en oeuvre de l'*idjtihad*, ou raisonnement individuel à connotation religieuse, islamique, car trouvant sa source dans le Coran et la *Sunna*, et considèrent à l'instar de A. Mezghani, qu'un tel recours ne représente qu'une stratégie politique " *relevant des relations du pouvoir public avec le peuple qui n'est en aucune manière révélatrices de ses véritables intentions* " <sup>35</sup>, et destinée à justifier l'existence de ce nouveau droit. <sup>36</sup>

D'après cette vision, l'évolution du statut personnel, ne peut se concevoir qu'en dehors du champ religieux, la Loi Islamique ne pouvant souffrir aucun changement, alors que pour H. Bourguiba, l'évolution juridique est concevable à l'intérieur de l'Islam, par un retour aux sources et ce par la voie de l'*idjtihad*. Y. Ben Achour va plus loin en avançant que la thèse du retour aux sources est irrecevable en stipulant que l'essence de l'Islam n'existe pas et seules les différentes interprétations que les Hommes se font de l'Islam peuvent s'affirmer. <sup>37</sup>

Que l'on se place du côté traditionaliste ou laïcisant, les normes novatrices du C.S.P. ont été présentées comme une rupture avec la religion, faisant de l'amélioration du statut de la femme pour les uns, un exemple de décadence, et pour les autres un modèle de progrès proche de celui de la femme en Occident: des deux côtés on oppose l'Islam à la modernité occidentale.

Pour notre part nous préférons sortir de cette polémique afin de démontrer que la constance de l'opposition entre la tradition représentée par la religion, et la modernité symbolisée par l'Occident, peut se heurter à une incompréhension et à une ambivalence culturelle, et faire stagner les mentalités défavorables à l'égalité entre les femmes et les hommes. L'exportation de valeurs spécifiquement européennes en Tunisie depuis le siècle dernier par l'intermédiaire de la colonisation, et aujourd'hui par le fait de la mondialisation des relations économiques, a provoqué à l'intérieur de la société, réceptrice, une déculturation et une acculturation, des repères identitaires,

---

*musulman classique, op. cit.*, p. 62. K. MEZIOU, *Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, op. cit.*, p. 251-260.

<sup>35</sup> A. MEZGHANI, *Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit musulman classique, op. cit.*, p. 62

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi*, Cérès Productions, Tunis, 1992, p. 219.

tendant vers une “ schizophrénie ”, tant individuelle, qu’à tous les niveaux de l’organisation sociale, et notamment sur le plan juridique.<sup>38</sup>

Ne faudrait-il pas mieux à l’exemple de H. Bourguiba, concevoir l’évolution du statut de la femme par la mise en valeur de repères endogènes représentées par l’Islam? Tout comme l’Islam est venu libérer la femme au moment de la Révélation<sup>39</sup>, nous voulons démontrer que l’Islam peut constamment libérer la femme, et qu’il n’est en aucun cas une religion figée. Pour ce faire nous avons choisi de démontrer dans quelle mesure le retour aux sources revendiqué par H. Bourguiba habilite celui-ci à rouvrir les portes de l’*idjtihad*. De quelle manière l’exemple du passé peut-il représenter une dynamique pour l’avenir?

Notre objectif est de démontrer que la création juridique actuelle en Terre d’Islam, bien qu’elle soit pour partie le fruit d’une acculturation juridique par l’assimilation de la forme d’adoption des normes par la voie législative de caractère exogène, peut renouer harmonieusement avec le passé pour assumer le présent et l’avenir, à travers une reconstruction des modèles endogènes de la culture, par une relecture de l’Islam, favorable au statut de la femme.

Notre démarche a été de rechercher à travers les sources de l’Islam, le Coran et la Tradition du Prophète, les éléments de justification des fondements de la politique de H. Bourguiba dont la volonté et les objectifs seront étudiés à travers ses discours depuis 1956, ayant trait à la raison, l’équité, la justice, la recherche du bien et du statut de la femme. Par la confrontation

---

<sup>38</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, op. cit., p. 184-190. *Droit et Environnement social au Maghreb*, Colloque du 10-11-12 / 12 / 1987, Edition du CNRS, Paris, Fondation du Roi Abdul-Aziz al Saoud pour les études islamiques, Casablanca, les interventions retenues sont les suivantes: Y. BEN ACHOUR, Droit et environnement politique, p. 39-61 - K. NACIRI, L’ambivalence juridique des institutions politiques maghrébines, p. 63-75 - J. R. HENRY, La redécouverte du droit comme enjeu politique et culturel et comme objet sociologique, p. 171-177 - A. MEZGHANI, Droit et évolution des structures socio-économiques (quelques remarques à partir de l’expérience tunisienne), p. 217-235 - A. MOULAY R’CHID, Le droit de la famille entre la politique de l’Etat et le changement social, p. 237-255. A. DARGHOUTH MEDIMEGH, La femme “ virus ” de la Schizophrénie du monde arabe, *Droits et vécu de la femme en Tunisie, L’Hermès-Edilis*, p. 13-38.

<sup>39</sup> Avant l’avènement de l’Islam, la femme était un objet plus qu’un sujet: elle n’avait aucun droit. A titre d’illustration, alors qu’elle ne pouvait hériter et pouvait faire partie du patrimoine de son défunt mari, l’Islam lui accorda la moitié de la part successorale de son frère, de même que le Coran a interdit le meurtre des bébés de sexes féminins, pratique largement répandue dans l’Arabie préislamique.

de l'exemple des anciens de la pratique de l'*idjtihad*, nous tenterons de démontrer ainsi la légitimité de l'*idjtihad* de H. Bourguiba, qui représente en outre un exemple d'évolution et de modernité à l'intérieur de l'Islam.

Avant de répondre à la question de savoir si l'on tend vers une nouvelle lecture de l'Islam à travers les normes novatrices du Code du Statut Personnel relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial en tant que produit du fruit de l'*idjtihad* (Partie 2), il faudra dans un premier temps présenter le retour aux sources préconisé par H. Bourguiba (Partie 1), et ce avec toute la prudence qui s'annonce nécessaire pour présenter un sujet aussi délicat.

## **PARTIE I - LE RETOUR AUX SOURCES DE L'ISLAM**

H. Bourguiba a justifié l'adoption des normes novatrices relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial, par le biais du retour aux sources de l'Islam, en ces termes : “ nous avons, dès la naissance de notre Etat, proclamé la nécessité de revenir aux sources de notre religion et à ses enseignements fondamentaux, afin d'en dégager l'esprit qui nous aide dans notre marche, compte tenu de nos réalités nationales et des exigences de notre siècle ”.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1966, op. cit.*, p. 115

A partir de quels principes, quels fondements a-t-il été admis que l'islam préconise la réflexion et la compréhension? Dans quelle mesure l'islam représente une religion de justice, d'équité et de respect pour l'individu? Quelle est la conduite suivie par les premiers savants de l'islam dans le sens de la raison et de la justice? Quelles sont les motifs qui ont amené les musulmans à fermer les “ portes de l'*idjtihad* ” et à bannir toute forme d'interprétation?

H. Bourguiba, défendait à titre de paradigme de rationalité, la liberté de raisonnement dont faisaient preuve les Anciens, en répondant à l'instar de ces derniers, à des “ *impératifs de justice, d'équité et de respect de la personnalité humaine* ”<sup>41</sup>, tel que le message de l'islam le préconise.

En procédant, nous-mêmes, dans un premier temps à un retour aux sources par la “ voie ” des Paroles sacrées de Dieu et de son Messager, nous démontrerons dans quelle mesure la politique de H. Bourguiba est conforme à l'esprit rationnel et d'équité de l'islam. A travers une approche historique se déroulant depuis le décès du Prophète jusqu'à la fermeture des portes de l'*idjtihad* nous nous attacherons, dans un deuxième temps, à l'étude de l'évolution de la conception orthodoxe de l'*idjtihad*, qui nous permettra de mettre en valeur le modèle de la “ Grande Tradition ” des ancêtres préconisée par H. Bourguiba. Nous clôturerons notre partie sur un aperçu de l'évolution ultérieure à la fermeture des portes de l'“ *idjtihad* ”, afin de mettre en évidence l'éloignement du droit par rapport aux sources avant l'indépendance du pays.

## **Chapitre 1: Le retour aux Paroles sacrées de l'islam**

L'islam est né de la Révélation du Coran, la Parole de Dieu, au Prophète Mohamed au cours du VIIe siècle. Les commandements de Dieu que l'on retrouve dans le Coran, et complétés par la Tradition du Prophète dirigent les croyants dans

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, années 1956-1957, vol 2, *op. cit.*, p. 125

tous les domaines de leur vie. Le respect de principes fondamentaux indiquant une certaine morale et une éthique à suivre prescrites par les injonctions divines, fait du croyant un être agréable à Dieu.

Par conséquent, les sources de l'islam sunnite se fonde d'abord sur le Coran, la " lecture " littéralement, où est inscrite la Parole de Dieu, transmise au Prophète Mohamed, par l'intermédiaire de l'Ange Gabriel, et ensuite sur la *Sunna* c'est-à-dire la Tradition du Prophète regroupant ses faits et dires que l'on appelle " *hadith* " représentant l'exemple à suivre par l'ensemble de la communauté islamique.

Dans une première section nous tenterons de mettre en valeur les dispositions coraniques relatives à la réflexion, la justice, l'équité et l'égalité entre l'homme et la femme pour " *le respect de la personnalité* " <sup>42</sup> de celle-ci, tout en étant prudente dans leur compréhension, afin d'éviter un *idjtihad*, de notre part, hasardeux et présomptueux. Dans une deuxième section, nous nous attacherons au contenu des *hadith(s)* ayant trait à ces concepts.

---

<sup>42</sup> H. BOURGUIBA, *Discours année 1956-1957, Vol 2, op. cit.*, p. 25

## Section 1: Le Coran <sup>43</sup>

Afin de démontrer la conformité des normes novatrices du C.S.P. au message coranique, nous avons tenté de retrouver dans le texte sacré, les thèmes relatifs à la raison, l'équité, la justice et l'égalité entre l'homme et la femme, pouvant justifier les fondements de la politique juridique de H. Bourguiba.

### *§1: L'incitation à l'effort de raisonnement*

Pour H. Bourguiba, le dynamisme de l'Islam réside dans son “ *incitation à la réflexion sur les affaires de ce bas-monde comme de l'autre à la lumière de la raison et du savoir* ”<sup>44</sup>, où la pratique de l'*idjtihad* serait pas corrélation légitimée par le message du Coran qui encouragerait l'effort de compréhension, nous amenant ainsi à présenter à ce titre, les dispositions coraniques favorables à la mise en oeuvre du raisonnement.<sup>45</sup>

D'après Ibn Hazm, un littéraliste du courant Zahirite du IV<sup>e</sup> siècle de l'Hégire (Xe siècle), période de la fermeture des portes de l'*idjtihad*, pour qui le retour aux sources de l'Islam se manifeste par la voie de “ *l'interprétation littérale* ”<sup>46</sup> ou le “ *litteralisme radical* ”<sup>47</sup> s'oppose à toute forme de raisonnement et d'interprétation du Coran, car “ *chaque formulation du Coran constitue à elle seule un “ aql ”, un “ principe ”* ”<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Les traductions utilisées sont les suivantes par ordre alphabétique: J. BERQUES, *Le Coran*, Essai de traduction, Albin Michel, Paris, 1995. Dr. S. KECHRID, *al - Qur'an al - Karim*, *Initiation à l'interprétation objective du texte intraductible du Saint Coran, traduction et notes*, Dar El-Gharb El-Islam, Beyrouth-Liban, 3<sup>ème</sup> Edition, 1404 - 1984. D. MASSON, *Essai d'interprétation du CORAN inimitable*, traduction revue par Dr. S. EL - SALEH, Gallimard, 1980.

<sup>44</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1974, op. cit.*, p.229

<sup>45</sup> *Ibid.*, *année 1965, op. cit.*, p. 58-59; *année 1966, op. cit.*, p. 121.

<sup>46</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, 1992, p. 216

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Cité par J. BERQUES, En relisant le Coran, *Le Coran, Essai de Traduction*, Albin Michel, Paris, 1995, p. 763. Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, p. 195-216.

En revanche, pour un philosophe de la même période, Ibn Rush, connu sous le nom d'Avérroès, le Coran représente un exemple de rationalité.<sup>49</sup> Dans la sourate XII de " Joseph ", Dieu n'adresse-t-il pas sous forme de parabole un " *appel à l'exercice de la raison* " <sup>50</sup>. Les deux premiers versets relatifs à la Révélation elle-même, contiennent les paroles suivantes:

1- *...Voilà les versets du Livre qui met toute chose au clair...*

2- *Nous l'avons descendu (révélé) sous forme d'une lecture idéale (Coran) en langue arabe, **peut-être comprendrez-vous.*** <sup>51</sup>

A travers les " *Signes* " <sup>52</sup>, c'est-à-dire les versets, ou *Ayat(s)*, Dieu attend ainsi de la part des Hommes un effort, dirigé vers la compréhension du Coran, du message divin, faisant valoir ainsi l'importance et la profondeur de ses paroles, que nul ne pourrait atteindre s'il n'agissait pas dans le sens d'un effort personnel de réflexion. Dans cet esprit, la foi doit pouvoir conditionner l'exercice de la raison. La première est indispensable pour la communication avec Dieu par la voie de la prière, afin d'atteindre l'accomplissement individuel. La raison quant à elle vient en deuxième position après la foi, car après avoir établi la relation avec Dieu, il faut être disposé à comprendre sa Parole dans le dessein d'organiser la vie d'une communauté composée d'un " *peuple qui réfléchit* " <sup>53</sup>, et ce dans le sens de Sa Volonté.<sup>54</sup>

A la fin de la sourate, après avoir narré l'histoire de "Joseph", Dieu fait l'injonction au Prophète de transmettre le message divin en incitant les Hommes à croire avec sagacité dans le 108e verset en ces termes:

*108 - Dis: " Telle est ma voie. **J'appelle à Dieu en toute conviction** moi et ceux qui m'ont suivi: ici la " conviction " du croyant doit refléter sa perspicacité d'esprit quant à la signification de la Révélation.*

---

<sup>49</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, p. 189-219

<sup>50</sup> J. BERQUES, *op. cit.*, p.758.

<sup>51</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 302

<sup>52</sup> J. BERQUES, *op. cit.*, p. 244.

<sup>53</sup> D. MASSON, *op. cit.*, p.347

<sup>54</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p.761

A la fin du 109e verset, Dieu réitère ses incitations au raisonnement:

*109 - ...Assurément la demeure ultime est bien meilleure pour ceux qui ont craint pieusement Dieu. N'êtes-vous donc pas capables de comprendre ?*

*...111- Ce fut effectivement dans leur histoire **une leçon pour les gens doués de cerveau**. Ce n'est là nullement un récit qu'on fabrique de toutes pièces mais c'est la confirmation de ce qui l'a précédé et **l'exposition détaillée de toute chose**. C'est une bonne direction et une miséricorde pour des gens qui croient.*<sup>55</sup>

A travers le 111e verset, et dernier de la sourate il est mis en avant la rationalité (“ *l'exposition détaillée de toute chose* ”) du Coran qui ne peut être saisie que par les individus “ *doués de cerveau* ”, ou *Albab* dans la version originale, “ *doués d'intelligence*”<sup>56</sup> d'après l'essai d'interprétation de D. Masson, ou “ *êtres dotés de moelles* ”<sup>57</sup>, selon la traduction de J. Berques.

Ainsi dans le Coran, les croyants sont exhortés à faire preuve de “ *clairvoyance* ”<sup>58</sup> et de lucidité dans la connaissance de Dieu, et dans sa “ *Relecture du Coran* ”, J. Berques a recensé plus de vingt cas d'appels à la raison, sous la forme, “ *escomptant que vous raisonniez* ” en dehors de la sourate de “ *Joseph* ”.<sup>59</sup>

Notons enfin quelques illustrations, parmi les nombreuses occurrences relatives à la compréhension des “ *Signes* ” de Dieu où ces derniers doivent être compris à la lumière des créations divines telles qu'elles sont décrites dans certains versets de la sourate XVI des Abeilles:

*“ 11 - ... Il fait pousser pour vous les champs, les oliviers, les palmiers, la vigne et les fruits de toutes sortes.*

***Il y a là un signe pour des gens qui méditent.***

---

<sup>55</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 319-320

<sup>56</sup> D. MASSON, *op. cit.*, p. 321.

<sup>57</sup> J. BERQUES, *Le Coran, op. cit.*, p. 257

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 256

<sup>59</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p.760

12 - *Il soumit à votre service la nuit et le jour, le soleil et la lune et les étoiles vous sont de même soumises sur son Ordre.*

***Il y a là certainement des signes pour des gens qui comprennent.***

13 - *Ce qu'Il dissémina pour vous sur terre avec des couleurs diverses...*

***Il y a là assurément un signe pour des gens qui se rappellent.***

17 - *Est-ce que celui qui crée est comme celui qui ne crée pas? N'avez-vous donc pas de mémoire?* <sup>60</sup>

“ ...

65 - *Dieu a fait tomber du ciel une eau avec laquelle il fit revivre la terre après sa mort. Il y a là un signe pour des gens qui entendent.*

66 - *Vous avez assurément dans les troupeaux un exemple à méditer. Nous vous abreuvons de ce qui est dans leur ventre, entre des excréments intestinaux et du sang, un lait pur que les buveurs avalent avec facilité et délice.*

67 - *A partir des fruits des variétés de palmier et de vigne vous retirez une boisson enivrante ainsi qu'un bon profit octroyé par Dieu.*

***Il y a là certainement un signe pour des gens qui raisonnent.***

68 - *Ton seigneur a inspiré aux abeilles:*

“ *Faites-vous des maisons à partir des montagnes, des arbres et de ce qu'ils (les hommes) font comme treillages* ”.

69 - “ *Puis manger de tous les fruits et suivez en toute docilité les voies de votre Seigneur* ”.

*Il sort de leur ventre une boisson aux couleurs différentes où se trouve une source de guérison pour les humains.*

***Il y a là sûrement un signe pour des gens qui méditent.*** <sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Dr. S.KECHRID, *op. cit.*, p. 346-347

<sup>61</sup> *Ibid*, p. 353-354

Autant de synonymes relatifs aux potentialités cérébrales de l'être humain, qui se renouvellent, et que l'on retrouve dans la version originale en arabe dans les racines 'aql; dhkr; fkr; sh'.<sup>62</sup> Ainsi l'Islam donne à la raison et à l'intelligence, *el 'aql* littéralement, et la faculté de comprendre, 'aqala, une importance primordiale - notons l'emploi d'une même racine, 'aql, pour désigner la raison et la compréhension. En l'occurrence, il s'agit là de comprendre par la mise en marche de l'intellect, les "Signes", ou versets, *el ayat*, de Dieu, et de faire preuve par là de perspicacité d'esprit.<sup>63</sup> Le Coran, la Parole de Dieu, présente une rationalité telle, qu'elle ne peut être saisie, atteinte, non seulement par la foi mais également par le raisonnement du croyant.

Et Dieu, étant " *le Vrai* "<sup>64</sup> et " *la lumière des cieux et de la terre* "<sup>65</sup> guide " *un peuple qui réfléchit...qui comprend* "<sup>66</sup>, et lui montre la voie vers la transcendance. Les croyants, par l'intermédiaire de leur réflexion, de leur méditation, et de leur compréhension, doivent pouvoir atteindre ainsi, par l'entendement personnel, la profondeur de son message et faire valoir sa " *Vérité* ".<sup>67</sup>

Le devoir de réflexion et de raisonnement est donc clair dans le message coranique, confortant ainsi l'opinion de H. Bourguiba, de la nécessité de favoriser plus que toute autre attitude, un comportement rationnel conformément à la Volonté divine qui fait de l'*idjtihad* une obligation du croyant.

Ces exigences de rationalité sont destinées à répondre à des impératifs de justice et d'équité, formellement explicités dans la Coran qu'il nous appartiendra d'élucider par rapport au raisonnement de H. Bourguiba favorable à une certaine égalité entre l'homme et la femme, à travers les normes novatrices du C.S.P.

---

<sup>62</sup>J. BERQUES, *En relisant le Coran*, op. cit., p.760

<sup>63</sup>F. AÏT SABBAH, *La femme dans l'inconscient musulman*, Albin Michel, Paris, 1986, p.199.

<sup>64</sup>Sourate XXII, " Le Pèlerinage", verset 6, Dr S. KECHRID, op. cit., p. 434.

<sup>65</sup>Sourate XXIV, " La Lumière ", verset 35, *Ibid.*, p. 463

<sup>66</sup>D. MASSON, op. cit., p. 347

<sup>67</sup>F. AÏT SABBAH, op. cit., p.759

## **§2- La justice et l'équité envers la femme**

D'après H. Bourguiba, “ *guidée par les hautes valeurs de la spiritualité, la Nation musulmane est appelée à édifier une société fondée sur la justice et sur le bien, et aspirant au bonheur dans ce monde comme dans l'autre* ”<sup>68</sup>.

Les valeurs de “ justice ” et de “ bien ” sont en effet explicitées dans le verset 90 de la sourate XVI: “ *Dieu ordonne la justice, la bienfaisance et l'assistance aux proches. Il défend les actes immoraux, les actes réprouvés ainsi que de violer les droits des autres;...* ”<sup>69</sup>: pour le Dr S. Kechrid, ce verset définit de manière synthétique toute l'éthique de l'Islam où la justice entre les Hommes (et les Femmes!) doit prédominer<sup>70</sup>.

Dans la sourate IV des “ Femmes ”, nous retrouvons également plusieurs injonctions relatives au devoir d'équité, en l'occurrence le verset 135 qui a une portée plus générale: “ *O vous qui avez cru! Pratiquez constamment la justice et soyez témoins pour Dieu même contre vous-mêmes ou contre les deux géniteurs et les proches parents...* ”<sup>71</sup>.

H. Bourguiba a également insisté sur le fait que le Coran serait plutôt favorable à la monogamie pour des raisons d'équité: “ *la polygamie en effet n'est plus admissible au vingtième siècle* ”

---

<sup>68</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1965, op. cit.*, p. 58-59

<sup>69</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 358.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 358

<sup>71</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 125

*et constitue un affront à l'esprit de justice...[et]...l'esprit général du Coran s'oriente manifestement vers la monogamie*".<sup>72</sup>

Le verset 3 de la sourate IV n'invite-t-il pas à la justice en ces mots: "*Si vous craignez de n'être pas équitables en matière d'orphelins ... alors épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous craignez de n'être pas justes, alors seulement une, ou contentez-vous de votre droite propriété, plus sûr moyen d'échapper à la partialité.*"

Et le verset 129 de sourate IV de corroborer ces précisions tout en étant plus explicite: "*Vous ne pourrez être justes envers vos épouses, même si vous y veillez...*" , insistant implicitement donc sur le devoir d'être monogame pour éviter toute iniquité envers les croyantes. Les impératifs d'équité et de justice semblent ainsi être prédominants dans la lettre et l'esprit du Coran.

Par ailleurs, une tendance a démontré que la Parole de Dieu dans le Coran se veut dans son essence non discriminatoire à l'égard des femmes en les considérant égales à l'homme dans la Croyance en l'Islam, démontrant à cette occasion que la consécration de la justice et de l'équité est indissociable de la mise en oeuvre du principe d'égalité entre les croyants.<sup>73</sup>

En voulant consacrer une "égalitarisation" des rapports homme/femme, par la suppression de la polygynie, de la répudiation, de l'ouverture pour les deux parties du recours au divorce judiciaire, par l'exigence des deux consentements et de la limite d'âge, H. Bourguiba ne s'aligne-t-il pas au principe de l'égalité des croyants formellement inscrit dans le Coran, où Dieu s'adresse aux hommes et aux femmes sans distinction.

En effet, Dieu ne s'adresse-t-il pas aux croyants, dans le verset 35 de la sourate 33, à travers ces termes: "*Les Musulmans (entièrement soumis à Dieu) et les Musulmanes, les Croyants et les Croyantes, ceux et celles qui obéissent totalement (à Dieu et à son Prophète), ceux et celles qui sont toujours véridiques et sincères, ceux et celles qui font toujours preuve de patience, ceux*

---

<sup>72</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1956, op. cit.*, p. 129

<sup>73</sup> A. BOUDHIBA, Le statut de la femme en Islam, *Raisons d'être*, Université de Tunis, Cérès, série sociologique, Tunis, 1980, p. 188-189. F. MERNISSI, *Le Harem Politique*, Editions complexe, Bruxelles, 1992, p. 149-159.

*et celles qui sont profondément recueillis (devant Dieu), ceux et celles qui font l'aumône, ceux et celles qui observent le jeûne obligatoire, ceux et celles qui voilent et préservent leurs parties intimes, ceux et celles qui ne cessent d'évoquer Dieu (en pensée et en paroles), ceux-là Dieu leur a préparé une absolution et une récompense énorme.*"<sup>74</sup>

C'est dans la reconnaissance de l'existence du couple complémentaire homme/femme, que réside toute la dimension égalitaire de l'Islam, où une nécessaire harmonie doit parachever les relations entre les deux sexes ainsi que l'a fait remarquer A. Boudhiba<sup>75</sup> à travers la mise en valeur de ces deux versets: "*Gloire et pureté à Celui qui a créé tous les couples de ce que fait pousser la terre, d'eux-mêmes et de ce qu'ils ne savent pas*"<sup>76</sup> et "*Nous avons créé de toute chose deux éléments de couple, peut-être vous rappelez vous*"<sup>77</sup>. Et le Dr. S. Kechrid, de préciser en alignant l'interprétation du verset qui suit: "*l'unicité est l'apanage exclusif de Dieu. Tout ce qui existe, à part Lui, n'est qu'un élément de couple: le mâle et la femelle, la nuit et le jour, le doux et l'amer, l'électricité positive et l'électricité négative ect...*"<sup>78</sup>, faisant ainsi valoir que les éléments de la nature se complètent les uns et les autres, fustigeant l'argument de supériorité de l'homme sur la femme.

Après avoir tenté de démontrer que les justifications de H. Bourguiba relatives à l'adoption des normes relatives au mariage et au divorce rejoignent la Parole divine, nous allons porter notre attention sur les enseignements du Prophète Mohamed.

## **Section 2: La Tradition du Prophète: la Sunna**<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 554-555

<sup>75</sup> A. BOUDHIBA, *op. cit.*, p. 188-189

<sup>76</sup> Verset 36 de la sourate 36, Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 582

<sup>77</sup> Verset 49 de la Sourate 51, *Ibid.*, p. 695

<sup>78</sup> EL-BOKHARI, *L'authentique Tradition musulmane*, Choix de h'adiths traduits et présentés par G.H. Bousquet, Sindbad, Paris, 1991.

Le Prophète Mohamed, élu de Dieu, avait pour mission de transmettre la Parole de Dieu aux humains, qui en croyant à Dieu, devaient également obéir à son messager<sup>79</sup>. Il s'agit là du principe même de la *Chahada*, ou profession de foi, premier pilier de l'Islam, indispensable pour entrer dans la religion musulmane, le croyant devant s'exprimer en ces termes: " J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu, et Mohamed est son Messager".

La *Sunna*, ou la Tradition, du Prophète c'est-à-dire l'ensemble de ses dires et gestes, ou *hadith(s)*, représente l'exemple à suivre par les croyants. A sa mort la science des *hadith(s)* au cours du IXe siècle a permis de rassembler dans des corpus l'ensemble de ses *hadith(s)*, dont on devait au préalable attester de leur authenticité. Nous pouvons retrouver les *hadith(s)* réputés véritables dans les *Çahih*, ou " Authentique ", de El Bokhari et Muslim, spécialistes en matière religieuse au IXe siècle, ouvrages qui regroupent la *Sunna* du Prophète et qui font autorité dans la communauté islamique sunnite.

D'après cette science, la *Sunna* a été transmise soit par l'*Isnad*, c'est-à-dire, la chaîne de personnes notoirement reconnues pour transmettre oralement ses dires, soit par le *Matn*, c'est-à-dire le témoignage direct d'un fait du Prophète.<sup>80</sup>

Parmi ces *hadith(s)*, nous retrouvons le modèle de l'attitude raisonnable, fidèle au message coranique, que doivent suivre les croyants.

### **§1: " On ne jugera des actions que selon les intentions " <sup>81</sup>**

En rappelant un *hadith* fondamental du Prophète qui invite les croyants à " *travailler pour ce bas-monde comme si nous devons vivre éternellement, et pour l'au-delà comme si nous devons mourir demain, plaçant ainsi le souci de la terre avant celui du ciel et enjoignant à l'homme de s'y dépenser en*

<sup>79</sup> " ...Croyez donc à Dieu et à Son messager le Prophète illettré qui croit à Dieu et à Ses paroles. ", Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 218

<sup>80</sup> G.H. BOUSQUET, Introduction, *El-Bokhârî - L'authentique Tradition musulmane*, Sindbad, Paris, 1991, p.17-21

<sup>81</sup> EL-BOKHARI, *op. cit.*, p. 35.

*considération d'une existence éternelle* ”<sup>82</sup>, H. Bourguiba met en avant l'importance de la volonté humaine en Islam.

Ainsi le *hadith* précisant qu' “ *On ne jugera des actions que selon les intentions. [et que] Chacun ne sera rétribué que selon ce qu'il a entendu faire* ”<sup>83</sup>, fait valoir que le plus important est de vouloir faire un effort pour le bien.

Ce *hadith* trouve son appui sur un autre *hadith* qui précise que “ *le juge qui tranche d'après son “ idjtihad ” et donne une solution juste aura deux récompense (divine); s'il tranche d'après son “ idjtihad ” et donne une solution fausse, il n'aura droit qu'à une récompense unique* ”<sup>84</sup>, faisant ainsi valoir que le principal est de fournir un effort.

H. Bourguiba corrobore ainsi ses positions avec l'exemple du Prophète en rappelant qu'il “ *avait parfaitement conscience de la nécessité d'adapter la religion aux conditions sociales...[et]...n'a-t-il pas recommandé à ses émissaires Abou Moussa et Maadh, au moment de leur départ pour le Yémen, d'être généreux et humains ?* ”.<sup>85</sup>

Il a en effet été relevé dans un *hadith*, considéré comme le point de départ de l'*idjtihad* en général, corroborant et confirmant le principe pré-cité, que le Prophète Mohamed aurait questionné un de ses délégués Mou'âdh Ben Jabal, à propos des principes qui guideraient sa manière d'administrer la région du Yemen<sup>86</sup> dont il avait la responsabilité. Ce dernier lui répondit: “ *Le Coran* ”, “ *mais encore?* ” demanda le Prophète, “ *La sunna* ” répondit Mou'âdh, “ *quoi d'autre?* ” redemanda le Prophète, “ *je ferai un effort personnel (“ idjtihad ”) et j'agirai en conséquence* ”, le Prophète approuva également cette réponse.<sup>87</sup> Ce *hadith* illustre l'idée selon laquelle tout croyant qui fait un effort de réflexion sera félicité par Dieu.

Ces *hadith(s)* reflètent la nécessité pour les croyants de faire fructifier par la raison les affaires de la communauté afin de

---

<sup>82</sup>H. BOURGUIBA, *Discours, année 1962, op. cit.*, p. 68

<sup>83</sup> EL-BOKHARI, *op. cit.*, p. 35

<sup>84</sup> EL-BOKHARI, *op. cit.*, p. 222

<sup>85</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1966, op. cit.*, p. 120

<sup>86</sup> C. CHERFILS, *L'esprit de modernité dans le monothéisme islamique*, Publication du centre Abaab, Saint-Ouen, 1992, p.57.

<sup>87</sup> “ *Idjtihad* ”, *Dictionnaire encyclopédique de l'Islam*, Cyril Glassé, Bordas, 1991, Paris.

lui donner la meilleure des organisations possibles, et de réunir par là de bonnes actions afin d’être jugé en bien par Dieu au jour du Jugement dernier.

En effet, conformément aux injonctions du Coran, vues plus haut, où Dieu demande aux croyants d’aller dans le sens de la rationalité, le Prophète aurait prononcé cette sentence: “ *la première chose créée par Dieu a été l’Intellect* ”<sup>88</sup>. Il incite ainsi les Hommes à ne pas être réticent dans la remise en question de certaines situations, et ce conformément à la Volonté de Dieu telle qu’elle est énoncée dans le Coran.

Cet effort de réflexion n’est envisageable que dans la mesure où le Coran et la *Sunna* n’apportent pas de réponse à certaines questions, et cet *idjtihad*, doit s’inscrire dans l’esprit de l’Islam et ne point s’écarter de ce dernier.

Nous avons vu plus haut que le Prophète Mohamed a encouragé Moua’dh à faire un effort personnel, afin de gouverner avec intelligence les régions dont il avait la charge, lorsqu’aucune réponse est envisagé ni par le Coran, ni par la *Sunna*. Le Prophète, ainsi transmettait le message de Dieu, en demandant aux croyants de réfléchir, de raisonner, et de comprendre la Parole d’Allah. Car, en tant qu’autorité religieuse, il avait pour mission “ *d’enseigner aux Hommes comment agir, que faire, et ce qu’il fallait éviter pour se présenter au Jugement Dernier, et entrer au Paradis* ”<sup>89</sup>.

## **§2: La pratique de l’ “ *idjtihad* ” du Prophète**

Dans un cadre de réglementation de la société des hommes et des femmes constituant la communauté des croyants, l’effort d’interprétation individuel, constitue, d’après le Prophète, une méthode capitale pour la compréhension de la volonté de Dieu relative aux règles de vie auxquelles les musulmans doivent se soumettre. Car l’Islam n’est pas seulement une religion à laquelle

---

<sup>88</sup> F. SHUON, *Comprendre l’Islam*, Editions du Seuil, 1976, Paris, p. 9

<sup>89</sup> J. SCHACHT, *Introduction au Droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1983, Paris, p.21.

il faut croire, elle est également une éthique à laquelle il faut obéir, une manière de vivre sur la plan individuel et social.

Le Prophète enseignait donc que l'effort de réflexion, apanage de l'Homme, est incontournable lorsqu'il s'agit de trouver des solutions, en réponse à des questions relatives à des situations spécifiques, et ce conformément au Coran dans son esprit.

Le Prophète Mohamed, en tant que Messager de Dieu, avait une ascendance telle sur les croyants, qu'il leur imposait naturellement son autorité. Il était considéré donc “ *comme l'arbitre idéal pour régler les litiges* ”<sup>90</sup>. A Médine, il a été appelé à plusieurs reprises à formuler des décisions, afin de répondre aux conflits qui se posaient devant lui par les parties prêts à se soumettre à son jugement. En étant amené à expliciter le Coran, à en préciser les termes, le Prophète s'est comporté d'une certaine manière, en législateur. Ses réglementations auraient donc “ *marqué les débuts du développement d'une structure juridique à partir des principes éthiques contenus dans le Coran...en se contentant... de trouver des solutions appropriées à mesure que les problèmes se présentaient* ”<sup>91</sup>.

En donnant l'exemple d'une méthode empirique en jouant le rôle d'arbitre, le Prophète pratiquait ainsi lui-même l'*idjtihad* en rendant une justice équitable entre les croyants, donnant par là un exemple de conduite.<sup>92</sup>

Ses arbitrages, lorsqu'un litige se présentait devant lui, et ses éclaircissements sur le Coran, constitueront les *hadith(s)*, dont l'ensemble formera la *Sunna*, la Tradition à suivre par les musulmans et c'est à sa mort que l'on assistera au développement de l'*idjtihad*, car en disparaissant la charge de l'organisation de la communauté incombait aux croyants seuls, livrés désormais à eux-mêmes et avec la foi dont ils doivent faire preuve en s'alignant sur la Volonté de Dieu.

La Parole divine et celle du Prophète relatives à la mise en oeuvre de la raison pour une meilleure justice entre les croyants,

---

<sup>90</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.23.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 24

<sup>92</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *L'islamisme contre l'Islam*, Editions la Découverte/Paris, Editions Al-Fikr/Le Caire, 1989, p. 37. N.J. COULSON, *op. cit.*, p.24.

ayant été étudiées il nous appartient de tracer les grands moments de l'*idjtihad* dans les premiers siècles de la communauté musulmane, afin de comprendre dans quelle mesure, il a été admis et appliqué, en abordant dans un deuxième chapitre à travers la pratique des Anciens, l'évolution de la conception orthodoxe de l'*idjtihad*, qui nous permettra d'en déterminer les diverses formes.

## *Chapitre 2 - La pratique des anciens: l'évolution de la conception orthodoxe de l' " idjtihad "*

D'après la conviction de H. Bourguiba, "*les Musulmans, dans les siècles fastes de leur histoire, ont été " la meilleure nation que les hommes aient connue "*". Ils oeuvraient conformément à une loi céleste dont ils s'efforçaient de pénétrer la signification des ordres et des défenses et que, à l'image du Prophète dans tous ses actes et des pieux Califes dans leurs législations et organisations commandées par les conjonctures et l'intérêt des Musulmans, ils savaient interpréter selon les circonstances"<sup>93</sup>, sous entendant ainsi que la période glorieuse des musulmans est concomitante à la pratique de l'*idjtihad*.

---

<sup>93</sup> H. BOURGUIBA, *discours, année 1974, op. cit.*, p. 229.

Ben Salem Himmich distingue trois cadres d'évolution et d'application de l'*idjtihad*: juridique, mystique et théologique.<sup>94</sup> Nous ne retiendrons ici que le domaine juridique, qui nous amènera à considérer l' " *ingérence humaine dans la loi divine*<sup>95</sup> ", qui permet le développement du *fikh*, ou science de la *Shari'a*, conférant ainsi à la Loi Divine, représentée par le Coran et la *Sunna*, une précision et une complémentarité, d'après la vision orthodoxe.

Nous allons donc nous attacher à l'aspect juridique de l'*idjtihad*, car l'intérêt de notre étude réside dans la considération de l'évolution de la force juridique de cette pratique, jusqu'à la fermeture des portes de l'*idjtihad*, afin de saisir les méthodes usitées par les ancêtres des musulmans, qui leur ont permis de poser les bases de l'organisation sociale et politique par le biais des préceptes de l'Islam, et ce en parcourant les grande phases de l'histoire de la communauté islamique.

Nous traiterons dans un premier temps des formes de cette " *ingérence* " en tant que constructive de la Loi Islamique, et dans un second temps nous nous attacherons à déterminer les raisons de la " fermeture des portes " de l'*idjtihad*.

### **Section 1: Les formes de l' " idjtihad "**

Selon l'auteur précité, faire le tableau des " *intensités et modalités* " de l'*idjtihad*, c'est en " *brosser l'histoire* "<sup>96</sup>. Nous consacrerons donc une étude de type chronologique de la mise en oeuvre de l'*idjtihad* en décrivant ses " *intensités et modalités* ", c'est-à-dire les degrés et méthodes d'extrapolation des deux principales sources de la Loi Islamique, ou *Shari'a*: le Coran et la *Sunna*.

---

<sup>94</sup> B. S. HIMMICH, *De la formation idéologique en Islam - Ijtihâdât et Histoire*, Editions Anthropos, 1980, Paris, p.22-25.

<sup>95</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p.22

<sup>96</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 22

## §1: Le “ Ra’y ”<sup>97</sup>

Les compagnons les plus proches du Prophète, Abou Bakr, ‘Umar, ‘Uthmân et ‘Ali, succédèrent successivement à celui-ci, en devenant chefs de la communauté politique de l’Islam, de l’an 9 à l’an 40. Parallèlement à leurs conquêtes territoriales et à l’expansion de l’Islam, ils se devaient de répondre à des impératifs d’organisation et d’administration des peuples conquis, et “ *de par leurs attributions de gouvernants et d’administrateurs suprêmes “ dérivées ” de l’autorité religieuse du Prophète, ils agirent en tant que législateurs de la Communauté* ”<sup>98</sup>. Afin de répondre à des questions d’ordre pratique relatives au gouvernement de la *Umma*, ils ont eu la charge, avec l’assistance de leurs conseillers de poursuivre l’explicitation des versets, les “*Signes*” (*el ayat*) du Coran, par une méthode discursive. Conformément donc au Coran et à la *Sunna*, ils pratiquaient l’*idjtihad*, en faisant l’effort de trouver des solutions adéquates aux problèmes en présence. Ils doivent, en outre, leur qualification de *Khalif(s)* “ bien guidés ” ou *rachidun* à leur droiture, car en suivant la voie divine en s’inspirant de l’Exemple du Prophète, ils ont fourni un modèle de piété et d’intégrité en choisissant la “ *Voie Droite* ” pour diriger la communauté.<sup>99</sup>

Et conformément au verset coranique qui pose l’obligation suivante: “ *O vous qui avez cru! Obéissez à Dieu, obéissez au Messenger et à ceux d’entre vous qui détiennent le pouvoir* ”<sup>100</sup>, les membres de la communauté musulmane étaient naturellement tenus de se plier aux législations instaurées par les *Khalif(s)*.

A partir de l’an 40 de l’Hégire, 31 ans après la mort du Prophète et du règne des quatre *Khalif(s) rachidun*, la dynastie des Ommeyyades prit le pouvoir en terre d’Islam, et poursuivirent l’entreprise d’extension de la Communauté musulmane.

---

<sup>97</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 25-41. N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 25-35. L. MILLIOT, F.P. BLANC, *op. cit.*, p. 5.

<sup>98</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p.25

<sup>99</sup> L. MILLIOT, F.P. BLANC, *op. cit.*, p. 5

<sup>100</sup> Dr. S. KECHRID, Sourate IV, Verset 59, *op. cit.*, 110.

Ils nommèrent, vers la fin de leur règne, et pour la première fois dans l'histoire de l'Islam, des juges judiciaires, des *kadi(s)*, qui avait pour rôle de trancher des litiges. Ils avaient un pouvoir quasi illimité d'émettre une opinion, ou *ra'y*, dans leur décision, en prenant garde de ne pas s'éloigner de l'esprit du Coran.

Ce *ra'y*, que l'on peut se traduire par “ *opinion saine et respectée* ”<sup>101</sup> devait avoir, en outre, les attraits de la prudence et de la modération. Le *kadi* était tenu, devant des cas d'espèce, de faire appel à un effort de réflexion afin de trouver une solution au conflit, là où le Coran et la *Sunna* n'apportaient pas de réponse précise.

Leur pratique n'était “ *pas unifiée ni uniforme* ”<sup>102</sup> car leurs jugements étaient différents d'un juge à un autre, et d'une région à une autre du territoire de l'Islam, et ce en fonction des conflits particuliers à trancher, des pratiques coutumières et spécificité locales. Ainsi, la diversité des coutumes locales les obligeaient à statuer différemment suivant les régions, créant un climat hétérogène en matière d'interprétation juridique.

Par la mise en place des *kadi(s)*, les Ommeyyades n'ont pas été considérés comme les bâtisseurs de la science juridique islamique, mais, d'après N.J. Coulson, ils auraient eu le mérite de trouver la solution pour “ *répondre aux nécessités de l'efficacité immédiate* ” en élaborant un “ *système pratique d'administration juridique* ”<sup>103</sup>, construit sur la base du *ra'y*.

## §2: Du “ *Ra'y* ” au “ *Kiyas* ”<sup>104</sup>

C'est avec l'arrivée au pouvoir des Abassides, que nous verrons naître les écoles juridiques. En effet, au cours des premières décennies de ce siècle, des savants au double statut indissociable de théologiens et de juristes, les *ulama(s)*, entreprirent des travaux laborieux de réflexion, dans la

---

<sup>101</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p.41

<sup>102</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.31

<sup>103</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.35

<sup>104</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 41. N. J. COULSON, *op. cit.*, p. 38-40. L. MILLIOT, F.P. BLANCS, *op. cit.*, p.12-13.

détermination des textes juridiques dit orthodoxes, dont l'ensemble constituera la Loi Islamique dans sa "*forme parfaite*"<sup>105</sup>. L'idéal de ces premiers jurisconsultes était d'atteindre une perfection et une unification en matière de théorisation de la Loi Islamique, en fournissant des exégèses coraniques, et par la même occasion en rompant avec les pratiques juridiques antérieures de réglementations des conflits.

A partir de cette période et jusqu'au IIIe siècle de l'Hégire, le titre de *mudjtahid*, ou celui qui pratique l'*idjtihad*, désignera " ceux qui, lumières de la science juridique possèdent les dons moraux et intellectuels sans lesquels on ne peut acquérir assez l'intelligence du verbe pour en élargir l'application aux nouvelles exigences du moments " <sup>106</sup>. Et c'est sous le règne des Abassides que l'on confèrera le statut de *mudjtahid* aux représentants des premières écoles juridiques, dont les plus importantes étaient celles de Koufa et Médine, et qui en étant nommés *kadi(s)*, cumulèrent les fonctions de magistrats, et de conseillers juridiques. Ils commencèrent par remettre en question les pratiques locales existantes, en mettant en avant la lumière du Coran. A partir de ce principe ils mirent en place les doctrines islamiques, qui naquirent par leur opinion personnelle ou *ra'y*. Et à Koufa, parmi les *ulama(s)* de l'époque, le premier qui justifiera la mise en oeuvre du jugement humain, ou *ra'y*, dans le but de préciser les applications de la *Shari'a* à chaque situation particulière, sera Abou Hanifa, le fondateur de la première école juridique, la première " direction ", ou *madhhab*.

Mais peu à peu, d'autres *ulama(s)*, et en particulier le fondateur de l'école Shaféite, al-Shafi'i, tempèrèrent l'appel au *ra'y* le jugement libre, par la méthode du raisonnement analogique ou *kiyas*; et " par souci d'uniformité et de cohérence, le raisonnement devint plus systématique et l'opinion arbitraire " *ra'y* " céda ... la place à la déduction analogique ou " *qiyàs* " " <sup>107</sup>.

Pendant le IIe siècle de l'Hégire, la pensée juridique islamique se développa par le raisonnement analogique qui consistait à " *atteindre une logique systématique* ", en s'inspirant " *d'une institution ou d'une décision existante* ", dont l'objectif

<sup>105</sup> L. MILLIOT, F.P. BLANCS, *op. cit.*, p.12

<sup>106</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 127

<sup>107</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 38-40

essentiel était d'aboutir à une “ *égalité de raisonnement* ”.<sup>108</sup> Cette méthode repose sur le principe de la reproduction d'un raisonnement antérieur, permettant ainsi de traiter de manière égale une question portant en elle le même fond de polémique que celle qui a provoqué à l'origine un raisonnement dit “ logique ”. Le *kiyas*, permit à al-Shafi'i, Malik ben anas et Abou Hanifa de fonder au cours de ce siècle, leur école juridique respective, avec une certaine réserve pour Malik qui était avant tout un représentant de la Tradition du Prophète, un traditionniste.

### §3: “ *Istihsan* ” et “ *Istislah* ”<sup>109</sup>

Lorsqu'ils se voulaient pragmatiques dans les cas où des situations particulières amenaient inévitablement des considérations non plus seulement théoriques mais également d'ordre pratique, les juristes de la même époque eurent recours à *El Istihsan*.

*El Istihsan*, traduisible par “ *recherche du bien; effort vers le meilleur; ou perfectionnement* ”<sup>110</sup> constitue une variante du *ra'y*, qui sera admise par l'école hanafite comme un usage légitime de l'exercice de l'opinion personnel. Par ailleurs, les deux termes, *ra'y* et *istihsan*, étaient employés au départ comme des synonymes par les juristes de l'époque Abassides. “ *Mais “ istihsan ” représente un stade plus avancé dans l'évolution de la pensée juridique car son emploi présuppose que la méthode de raisonnement par analogie est acquise* ”<sup>111</sup>, et qu'il ne faut pas perdre de vue la nécessité d'obéir l'esprit du Coran et de la *Sunna* en recherchant l'équité et la justice dans toute formulation et application de la loi.

L'école Malikite, sans pour autant renier la méthode de *istihsan*, a adopté, quant à elle, la démarche de *istislah*, qui

---

<sup>108</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 41

<sup>109</sup> “ *Istihsan* ”, “ *Istislah* ”, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, Cyril Glassé, Bordas, 1991, Paris. J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 57. N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 41. DE LAGRANGE, Le législateur tunisien et ses interprètes, *R.T.D.*, 1968, p. 12.

<sup>110</sup> “ *Istihsan* ”, *Dictionnaire, op. cit.*

<sup>111</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 41

consiste à “ *prendre en considération l’intérêt public* ”<sup>112</sup>, et “ *rechercher ce qui est correct et salutaire* ”<sup>113</sup>.

Ces deux méthodes, *istihsan* et *istislah*, ont pour point de rencontre “ *la création de règles nouvelles fondées sur la nécessité (darura), le besoin (haja), l’intérêt (maslaha), les convenances (munasaba), et l’aisance (suhula)* ”<sup>114</sup>.

Mais en définitive et dans le but de créer une unité juridique, la méthode du raisonnement analogique a été préférée à tout autre raisonnement plus libre. En effet, “ *L’admission finale du kiyas dans le groupe “ classique ” des quatre usul(s) (traduisibles par “ racines ”, “ fondements ”, “ bases ”) ... résultat d’un compromis, sur des bases envisagées par Châafi entre l’usage ancien plus limité du Ra’y ... et le rejet de tout raisonnement humain dans le droit religieux* ”<sup>115</sup>, annonce ainsi la fin de toute liberté de raisonnement, quelque soit son intensité dans l’élaboration de la *Shari’a*.

#### ***§4: L’évolution dès la fin du IIIe siècle de l’Hégire: vers la fermeture des portes de l’ “ idjtihad ”***<sup>116</sup>

Outre l’importance croissante accordée, pendant le IIIe siècle, aux Traditions du Prophète pour une authenticité de la *Shari’a* par rapport au Coran et le développement de la science des *hadith(s)* en réaction et par contradiction à toute forme de raisonnement indépendant, ou *ra’y* en terme général, N.J. Coulson considère que c’est à partir de la formulation définitive des fondements du droit, *usul el fikh*, et à cette occasion, de la détermination de la théorie, dite classique du droit, que l’on peut apercevoir la naissance de la doctrine de la “ fermeture des portes de l’*idjtihad* ”.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> J. SCHACHT, *op. cit.* p. 57

<sup>113</sup> “ *Istislah* ”, *Dictionnaire, op. cit.*

<sup>114</sup> DE LAGRANGE, *op. cit.*, p.12

<sup>115</sup> J. SCHACHT, *op. cit.* p. 57

<sup>116</sup> J. SCHACHT, *op. cit.* p. 63. N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 72-84. L. MILLIOT, F.P. Blanc, *op. cit.*, p.14 et 106

<sup>117</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p.72 à 84

C'est en effet dans le but d'une uniformisation juridique, que la théorie des *usul el fikh* établit comme quatrième source de droit le *kiyas*, après le Coran, la *Sunna* et l'*idjma*, alors que cette théorie initialement consacrée par al-Shafi'i, plaçait le raisonnement analogique, avant le consensus (*idjma*).

Vers le III<sup>e</sup> siècle, l'*idjma* se limitait de plus en plus à une ratification systématique du travail des *fukaha(s)* dans la détermination des termes de la Loi Islamique.

Alors qu'au départ, ainsi qu'il a été démontré plus haut, tout membre de la communauté musulmane, pieux et savant, pouvait pratiquer l'*idjtihad* ou faire partie d'un consensus, on a remis en cause les qualités requises pour prétendre au statut de *mudjtahid*, c'est-à-dire celui qui est " autorisé " à interpréter le Coran et la *Sunna*, en imposant la condition que seuls les maîtres des écoles juridiques pouvaient jouir de ce droit.

Finalement, la *Shari'a* considérée comme ayant atteint sa forme la plus parfaite, une décision prise par la voie du consensus sanctionne la fermeture définitive des portes de l'*idjtihad*, conséquence logique de l'évolution antérieure, et consacre ainsi " officiellement un état de choses qui s'était déjà installé dans les faits " <sup>118</sup>. Les juristes ont alors été contraints, pendant des siècles à pratiquer le *taqlid*, ou imitation, des principes élaborés par les représentants des écoles juridiques, à savoir, malikite, hanafite, shafite, sans omettre de citer la quatrième et dernière, l'école hambalite qui sera évoquée ultérieurement dans la consécration de la fermeture des portes de l'*idjtihad*.

C'est donc en ayant déterminé une fois pour toute les termes de la Loi Islamique, la *Shari'a*, que l'on annonce la fermeture des portes de l'*idjtihad*, et que l'on proscrie toute forme de raisonnement ou de déduction libre.

L'étude de l'évolution des méthodes de compréhension de la volonté de Dieu des juristes-savants, qui a tendu à accorder progressivement une place infime au raisonnement humain dans la construction de la Loi Islamique, nous a donné un aperçu des méthodes discursives aux premiers siècles de l'Islam. Le contexte de cet époque au départ favorable à toute forme de rationalité

---

<sup>118</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p.63

représente pour nous aujourd'hui, et à l'instar de l'exemple de H. Bourguiba, un modèle de réflexion qu'il faut retenir afin d'adapter l'Islam aux conjonctures actuelles. Mais la place accordée à la raison se rétrécira au fur et à mesure que les divergences d'opinions se développeront, ainsi que nous allons le voir en abordant les facteurs qui ont conduit en définitive à l'anéantissement de toute forme d'*idjtihad* libre.

### *Section 2: Les raisons de la fermeture des portes de l'“ idjtihad ”*

Comme il a été démontré plus haut, cette fermeture était déjà intrinsèquement établie dans le système de recherche juridique, et il est aisément repérable dans l'étude de l'évolution des techniques de raisonnement, que la fin de l'*idjtihad* s'annonçait de manière inexorable.

Pour J. Schacht, les facteurs qui ont progressivement entraîné un tel changement dans les formes de raisonnement, se révèlent dans “ *l'acquisition d'un consensus local puis général, la formation de groupes ou de cercles au sein des anciennes écoles juridiques, la soumission de l'opinion sans frein à la discipline de plus en plus stricte du raisonnement logique, enfin et surtout l'apparition de nombreuses traditions du Prophète (et de ses compagnons), traditions qui incorporaient sous une forme autoritaire ce qui à l'origine n'avait été rien de plus que des opinions particulières.* ”<sup>119</sup>

Mais quelles sont les motivations profondes, outre la version officielle qui affirme l'aboutissement à une perfection en matière juridique, qui ont provoqué une telle volonté de nuire à tout raisonnement dit indépendant ?

D'après la thèse de Ben Salem Himmich, ces “ *raisons fondamentales...ne peuvent être décelables qu'au niveau des rapports de conflit entre le sunnisme et les autres idéologies en présence.* ”<sup>120</sup> Il distingue précisément cinq raisons pouvant

---

<sup>119</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 63

<sup>120</sup> B.S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 101

justifier la clôture du raisonnement “ libre ”: “ *La crise du pouvoir abbaside et la renaissance du traditionalisme sunnite* ”, “ *La montée du mysticisme* ”, “ *Le danger de la Kabbale ismaélienne armée* ”, “ *Des réactions orthodoxes à l’adoption de la logique formelle* ”, et enfin, “ *L’offensive littéraliste* ”.<sup>121</sup>

L’auteur ayant procédé à cette classification, il nous appartient maintenant de clarifier sa pensée afin d’exposer les grandes lignes de pensées et de réactions à cette époque expliquant la décision de fermeture des portes de la réflexion.

Le premier facteur cité renferme la montée du mouvement idéologique rationaliste des *Mu’tazilin* ou “ dissidents ”, et leur prise du pouvoir pendant une trentaine d’années lors du règne des Abassides. Les *Mu’tazilin* défendaient l’idée selon laquelle la dialectique et l’exercice de la raison constituaient les premiers fondements dans la construction juridique, remettant fondamentalement en cause la théorie des *usul(s) el fikh*, qui pose le Coran comme première référence à toute forme d’explicitation, en le plaçant en deuxième position après la réflexion.<sup>122</sup>

En réintégrant leur trône, les Abassides instituent le Sunnisme comme religion d’Etat, faisant valoir de cette façon que tout autre interprétation de l’Islam serait “ illégale ”. Cette politique d’officialisation doctrinale à entraîné le pouvoir de Baghdad dans des confrontations avec les plus importants courants idéologiques en présence tels que les Zaïdistes, les Schiites, les *Mu’tazilin* et les Kharijites. Sur ce fond de crise politique, accentuée par les vellétés d’autonomie régionale, conséquence de la création de l’institution du Sultanat et de l’Emirat, rivalisant ainsi avec le *Khalifa*, une crise d’ordre économique et sociale prit également de l’ampleur.

Si l’on en croit la position de B.S. Himmich, la corrélation entre l’expansion territoriale de l’Islam et la prolifération de créations juridiques hétéroclites, celle-ci étant caractérisée par la prise en considération de la diversité ethnique et des coutumes, serait à l’origine même de la division au sein de la communauté musulmane. Et à la fin du IV<sup>e</sup> siècle de l’Hégire, la dynamique

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 103-139

<sup>122</sup> Chikh BOUAMRANE, *Le problème de la liberté humaine dans la pensée musulmane: la solution Mu’tazilite*, Librairie philosophique Vrin, 1978, p. 67 à 74 - L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 9

de la conquête des territoires a cédé la place à “ *la conservation, l’organisation et le gouvernement de l’espace conquis* ” qui avait tendance à esquiver “ *l’emprise hégémonique de l’idéologie dogmatique* ”.<sup>123</sup>

En définitive, c’est en réponse à la déperdition de l’unité islamique, à la multiplication des conspirations pour la prise du pouvoir, et à une crise économique et social, que les Abassides ont choisi de renforcer leur position à Baghdad en s’attaquant à tout “ éparpillement ” intellectuel, et assurer une cohésion politique, sociale et doctrinale, cette dernière étant assurée par le courant majoritaire, le Sunnisme.

Le sunnisme, caractérisé par la valorisation de la Tradition, ou *Sunna* du Prophète, dont les *hadith(s)* sont reconnus par la voie de l’*isnad*, ou chaîne des transmetteurs de la parole, avait été contredit par le courant mystique *Soufi*. Ce dernier oppose, en effet, les *hadith(s)* “ transmis ”, tels qu’ils sont admis par le traditionnisme sunnite, aux *hadith(s)* sacrés tels qu’ils ont été communiqués directement par Dieu au Prophète. En effet, les Soufis considèrent, lorsqu’ils sont transportés par une méditation, d’être en relation avec Dieu de telle manière, qu’ils reçoivent eux-mêmes des *hadith(s)* sacrés. La montée de ce mysticisme a amené le pouvoir baghdadien à réagir violemment à l’égard des soufis afin d’écarter toute interprétation non orthodoxe des *hadith(s)*, et imposer ainsi une seule version, celle des *hadith(s)* “ transmis ”.

Le danger non négligeable, du mouvement armé schiite des “ ismaéliens septimaniens ” qui ont été à l’origine de plusieurs créations étatiques à côté du *khalifa* de Baghdad, et la montée de la *falsafa*, pensée inspirée des philosophes grecs reposant sur une logique formelle dénuée de toute reconnaissance divine, sont les autres raisons qui conduisirent les sunnites à “ *fermer les portes de l’idjtihad à toutes les tendances dissidentes.* ”<sup>124</sup>

Mais c’est par “ *l’offensive littéraliste* ”, tel que l’expose notre auteur, représentée par la naissance de la quatrième école juridique sunnite, le Hambalisme, ainsi que le mouvement zahidiste, que l’on ferma définitivement les portes de l’*idjtihad*.

---

<sup>123</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 107

<sup>124</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 117

En effet les partisans de ces deux mouvements soutinrent l'idée d'un *idjtihad* réduit au strict minimum, préconisant un retour aux sources par une application pure et simple, et donc à la lettre, des prescriptions coraniques et des *hadith(s)*, réfutant toute interprétation pouvant selon eux s'éloigner du message divin. Cette théorie, défendue par l'école hambalite eu un tel écho sur le plan politique que l'on décida de fermer les portes de l'*idjtihad* en disposant que cette doctrine représentera la dernière en date dans l'histoire du droit islamique.

En conclusion, il est clair que la décision de fermeture des portes de l'*idjtihad* est une décision humaine, caractérisée par une volonté politique du pouvoir baghdadien d'assurer sa puissance sur la population en désintégrant toute opposition, par la voie de la légalité doctrinale. Mais bien qu'elle soit humaine, elle aurait été adoptée de façon légale, par la voie de l'*idjma*, le consensus, lui conférant ainsi un caractère divin. Il faut pourtant se rappeler que ce consensus a été engendré par un dessein politique bien précis, qui se réfère à une conjoncture de divisions politiques et doctrinales, à une époque donnée, et qui a cherché à sauvegarder l'unité de la communauté musulmane à travers le concept de *tawhid* ou Unité de l'Islam, développé à cette époque. Consensus, dont l'existence et la validité ainsi que nous le verrons ultérieurement seront remis en question, après avoir étudié l'évolution de la situation après la fermeture des portes de la raison.

### Chapitre 3 - L'évolution de l'“ idjtihad ” et de la “ Shari'a ”, après la fermeture des portes

En s'interrogeant sur la question de savoir si l'idée de la dynamique d'uniformisation et d'unification de la communauté est toujours d'actualité, et en cherchant à demeurer dans la droite ligne de l'Islam, sachant que le Coran et les *hadith(s)* du Prophète sont explicites sur la nécessité pour les musulmans de réfléchir, de raisonner, non seulement pour faire preuve de piété mais également dans le dessein de construire une communauté sur des bases solides, peut-on remettre légitimement en cause un tel consensus ?

Ainsi qu'il a été décrit plus haut, la communauté musulmane naissante ne pouvant survivre sans l'existence d'une réglementation précise qui puisse régir les relations entre les Hommes, s'est spontanément dotée d'un droit, que l'on appelle la Loi Islamique ou *Shari'a*, progressivement construite, entre le IIe et le IIIe siècle de l'Hégire à travers les quatre écoles juridiques par la voie de l'*idjtihad*.

Dans quelle mesure pouvons-nous situer l'évolution du système juridique en Terre d'Islam après la fermeture des portes de l'*idjtihad*?

Afin de répondre à cette question nous replacerons les questions de l'évolution du statut de *mudjtahid* et de la fermeture des portes de l'*idjtihad* au coeur d'un débat dans un premier temps, pour nous attacher par la suite sur les possibilités de mouvement de la *Shari'a*, afin de prendre en considération l'éloignement de la situation juridique, dans le temps, par rapport aux sources.

### **Section 1 - Les controverses relatives à l'évolution du statut de " mudjtahid " et de la question de la fermeture des portes de l'" idjtihad "**

La doctrine de la fermeture des portes de l'*idjtihad*, a été la source de polémiques quant à la détermination de celui qui peut raisonner et de celui qui ne peut jouir de ce droit, mais nous verrons que certaines " belles âmes " ont fustigé une telle classification.

#### **§1 - Les classifications orthodoxes des " mudjtahidun "**

Alors qu'aux premiers temps de l'Islam, tel que nous l'avions démontré à travers les *hadith* du Prophète, au premier chapitre, pratiquer l'*idjtihad*, faire un effort dans le sens de la Volonté de Dieu, était un devoir récompensé, car perçu comme une preuve de piété. Avec l'avancée de la doctrine de la fermeture des portes du raisonnement indépendant, l'*idjtihad* ne représentait plus un devoir, mais en revanche un droit dont on se devait d'être digne pour pouvoir l'exercer.

En effet, certains auteurs se sont alignés sur l'affirmation d'après laquelle à l'avènement de la théorisation des *usul el fikh* par la *Risala* de al-Shafi'i, au IIIe siècle de l'hégire, dans laquelle il posait les conditions autorisant un homme à pratiquer

l'*idjtihad*, officialisant ainsi la qualification restrictive du statut de *mudjtahid*, s'amorçait la pensée orthodoxe de la fermeture des portes de l'*idjtihad* considérée comme corollaire de la disparition des *mudjtahidun*.<sup>125</sup>

La définition de l'*idjtihad* qui a été réduite à la technique du *kiyas* et l'exigence de qualités spécifiques requises pour être digne d'être rangé parmi les *mudjtahidun*, ont constitué l'aboutissement du mouvement unificateur traditionniste dont la tendance était d'obstruer la route à tout raisonnement libre avec l'appui du *Khalifa*.

Quelques extraits de la *Risala* de al-Shafi'i, cités par M. Arkoun, spécifiant les critères de qualification du statut de *mudjtahid*, nous permettront de corroborer cette position:

*“ Il n'est pas loisible au dirigeant d'accepter, ni au gouverneur de tolérer que quelqu'un [donne une appréciation personnelle]; pas plus que le jurisconsulte ne doit délivrer un avis à qui que ce soit; à moins qu'il soit unanimement reconnu en possession de la science du Livre...; en possession de la science des traditions de l'Envoyé de Dieu et des positions des détenteurs du 'ilm, anciens et modernes; de la science de la langue arabe; en possession de la raison, capable de discerner les textes ambigus et de manier correctement l'analogie (al-qiyâs). S'il lui manque une seule de ces qualités, il ne lui est pas permis de pratiquer l'analogie;... ”*<sup>126</sup>

A la lecture de ce passage, nous constatons qu'il est expressément spécifié que le pouvoir de contrôler la pratique de l'*idjtihad* incombe au souverain, au détenteur de la puissance politique. Quelque soit la condition sociale de l'individu, le droit pour une personne quelconque ou un “ *jurisconsulte* ” de donner une opinion sur les textes sacrés est soumis à une stricte réglementation, dont le “ *gouverneur* ”, garant de l'orthodoxie doit en assurer le respect.

Cette attitude disciplinée à laquelle doit se soumettre le *mudjtahid* est précisée par al-Shafi'i, pour qui il est primordial et

---

<sup>125</sup> M. ARKOUN, Le concept de raison islamique, *Pour une critique de la raison islamique*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1984, p.74. Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi*, op. cit., p.105-115. N.J. COULSON, op. cit., p. 53-60. J. SCHACHT, op. cit., p. 46-48.

<sup>126</sup> M. ARKOUN, op. cit., p. 74

fondamental de connaître les “ *positions des détenteurs du ‘ilm, anciens et modernes* ”, faisant référence aux fondateurs des doctrines naissantes du *fikh*, les premiers *mudjtahidun*, et appelant ainsi au *taqlid*.

A titre de rappel, le *taqlid* “ désigne [...] le fait de revêtir d'autorité dans les choses de la religion: l'acceptation des paroles ou des actes d'un autre comme faisant autorité dans la croyance qu'on a en leur rectitude sans en connaître les motifs. ”<sup>127</sup>

Alors que la position orthodoxe du IV<sup>e</sup> siècle de l'hégire faisait valoir que l'instauration du *taqlid*, en place officiellement depuis la fermeture des portes de l'*idjtihad*, devait coïncider avec la disparition des *mudjtahidun*, un siècle plus tard, certains auteurs soutiendront que les *mudjtahidun* doivent néanmoins continuer d'exister et critiqueront le *taqlid*.<sup>128</sup>

De cette période, et à l'intérieur de cette tendance nous retiendrons l'ouvrage de El Mawerdi, “ *El Ahkam El Soultanya* ”<sup>129</sup>, dans lequel il reprenait la conception orthodoxe de la qualification de *mudjtahid* dans le dessein de démontrer que l'exercice de l'*idjtihad* doit persister sous certaines conditions. De plus, il soutenait l'idée selon laquelle le Khalif lui-même devait s'adonner à la pratique de l'*idjtihad* pour la bonne marche des affaires publiques.<sup>130</sup>

En effet, dans son ouvrage “ *El Ahkam El Soultanya* ”, El Mawerdi exprime clairement l'idée que “ *tout le monde n'est pas admis à...faire* ”<sup>131</sup> l'*idjtihad* car pour pratiquer l'effort spécifique à la construction juridique, il faut, selon lui, remplir certaines conditions afin d'être considéré compétent dans le domaine, telles que celles d'avoir des “ *connaissances* ” et des “ *vertus* ”.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> J. SCHACHT, “ *Taqlid* ”, *Encyclopédie de l'Islam*, *op. cit.*, p. 661

<sup>128</sup> W. B. HALLAQ, Was the gate of Idjtihad closed ?, *International Journal of Middle East Studies*, Vol 16, 1984, p. 12; On the origins of the controversy about the existence of mudjtahids and the gate of Idjtihad, *Studia Islamica*, LXIII, 1986, p. 129. J. SCHACHT, “ *Taqlid* ”, *Encyclopédie de l'Islam*, *op. cit.*, 1936, p. 662

<sup>129</sup> EL MAWERDI, *El Ahkam El Soultanya (Le droit du khalifa)*, Introduction, traduction de l'arabe et notes du Comte Léon Ostrorog, Edition Leroux, nouvelle édition, Paris, 1925.

<sup>130</sup> W. B. HALLAQ, Was the gate of idjtihad closed ?, *op. cit.* p.13

<sup>131</sup> EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 40

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 40

D'après lui, les fondements du savoir reposent sur la connaissance du Coran, de la *Sunna*, de la langue arabe, et enfin sur les méthodes ou techniques de compréhension et d'interprétation des Paroles sacrées.<sup>133</sup> En plus de cette érudition indispensable à la mise en oeuvre de l'effort de réflexion, le jurisconsulte doit posséder des “ *vertus* ”, parmi lesquelles nous retrouvons en premier lieu la “ *bonne foi* ” du *mudjtahid*, prouvée par sa piété.<sup>134</sup> Et El Mawerdi de conclure en ces termes pour définir le *mudjtahid* idéal: “ *peut prétendre à pratiquer l'idjtihad qui est savant, pratiquant, orthodoxe.* ”<sup>135</sup>

Ainsi, par déduction et pour rejoindre la position de l'auteur condamnant le *taqlid* imposé aux savants, et s'opposant à l'idée que la fermeture des portes implique nécessairement la disparition des *mudjtahid*, le statut de *muqallid*<sup>136</sup> serait réservé à une catégorie de personnes qui ne répondraient pas aux exigences citées ci-dessus, c'est-à-dire aux non-savants.<sup>137</sup> On faisait ainsi prévaloir que les *mudjtahidun* doivent exister en tout temps.

Mais l'institution du *taqlid*, ne s'oppose-t-elle pas à l'*idjtihad*, en ce sens qu'elle représente pour les juristes le fait de reprendre les principes des doctrines élaborées par les *fukaha(s)-mudjtahidun*, fondateurs des écoles, sans remonter à leurs fondements? Les épigones des premiers *mudjtahidun* à l'origine des doctrines des *madhahab(s)*, ne seraient-ils pas en réalité des *muqallid(s)*, c'est-à-dire ceux qui pratiquent le *taqlid*, et non des *mudjtahidun*, alors même qu'ils seraient “ *savants, pratiquants et orthodoxes* ”? <sup>138</sup>

Par ailleurs, un auteur moderne, W. B. Hallaq contredit la thèse selon laquelle al-Shafi'i serait à l'origine du *taqlid*, en démontrant qu'en officialisant la technique du *kiyas*, il aurait encouragé l'exercice de l'*idjtihad* qui aurait fait, en outre, selon lui, l'objet d'une pratique continue tout au long de l'histoire de l'Islam et à divers degrés.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 41-42

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 42-43

<sup>135</sup> *Ibid.*, p.43

<sup>136</sup> Le *muqallid* est celui qui pratique le *taqlid*

<sup>137</sup> W. B. HALLAQ, Was the gate of idjtihad closed ?, *op. cit.* p.12. J. SCHACHT, “ *Idjtihad* ”, *op. cit.*, p. 1053

<sup>138</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 132-134. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman, op. cit.*, p.64, “ *Taklid* ”, *op. cit.*, 1936.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 4-6, et s.

D'autres positions ont appréhendé la question relative à la date de fermeture effective des portes par rapport à une pratique relative de l'*idjtihad* qui aurait " survécu " à la clôture. Suivant les auteurs cette fermeture aurait eu lieu entre la fin du VI<sup>e</sup> siècle et le début du VII<sup>e</sup> siècle, voire même au VIII<sup>e</sup> siècle de l'hégire d'après la conviction de L. Milliot, qui révèle l'existence à cette époque, encore de *mudjtahidun* à " compétence restreinte ".

L'explication de la fermeture tardive des portes de l'*idjtihad* dans la pratique résiderait dans le fait que les *fukaha(s)* auraient pris conscience de la nécessité d'apporter des réponses à des questions précises et concrètes de la vie, faisant donc d'eux des *mudjtahidun* " relatifs ".

La pensée orthodoxe va évoluer dans ce sens en admettant l'existence continue de *mudjtahidun* en opérant une classification des *mudjtahidun* par rapport à leurs fonctions et à leurs qualités respectives. A titre d'exemple, la principale distinction se fera entre les *mudjtahidun* " absolus ", représentés par les quatre *fukaha(s)* fondateurs des écoles, et les *mudjtahidun* " relatifs ", c'est-à-dire les juristes qui font l'effort de comprendre, de commenter, voire d'interpréter les principes fondamentaux fixés par la doctrine.<sup>140</sup>

En effet, alors qu'au IV<sup>e</sup> siècle de l'hégire, la notion de " fermeture des portes de l'*idjtihad* " et l'idée de la disparition par conséquent des *mudjtahidun* étaient interchangeable, la pratique est venue contredire une telle conception et il est apparu nécessaire de définir une autre conception du statut de *mudjtahid*.<sup>141</sup>

A titre d'illustration, des auteurs s'étaient posés la question de savoir s'il fallait ranger dans la catégorie des *mudjtahidun* le *mufti*, le juge, qui est appelé à donner son opinion, ou des *fatawa(s)*, sur un cas particulier qui lui était soumis. Là encore les avis divergent que l'on se place au niveau d'une qualification orthodoxe stricte qui refuse de le considérer *mudjtahid*<sup>142</sup>, ou que l'on se conforme à d'autres positions optant pour une perception plus étendue de la notion d'*idjtihad*. En effet cette dernière

---

<sup>140</sup> C. CHEHATA, *Etudes de droit musulman*, P.U.F., Paris, 1971, p. 40. EL MAWERDI, note du Comte Léon Ostrorog, *op. cit.*, p. 44. L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 126-137.

<sup>141</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 24-27. W. B. HALLAQ, *op. cit.*, On the origins...p. 130

<sup>142</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 135

position considère que les *fatawa(s)* des *mufti(s)* auraient contribué à l'évolution doctrinale et au développement du droit positif dans l'histoire de l'Islam.<sup>143</sup>

Malgré la consignation de leurs opinions dans des ouvrages de *fatawa(s)* au cours du IXe siècle de l'hégire, ces derniers n'en demeurent pas moins des commentaires d'auteurs classiques. En effet, leurs *fatawa(s)*, ne se coupaient pas du cadre spécifique et discipliné des principes des solutions des doctrines des écoles officiellement reconnues, pratiquant ainsi dans une certaine mesure le *kiyas*.<sup>144</sup>

C. Chehata va quant à lui considérer qu'une telle distinction est inutile car en définitive l'effort et l'apport de ces *mudjtahidun* " relatifs " auront été sur un plan juridique " dérisoire(s) ": " la structure du droit musulman n [ayant] guère varié depuis l'ère des compilations [correspondant à la période de formation du *fikh*<sup>145</sup>] jusqu'à nos jours. " <sup>146</sup>

## **§2 - Critique de la classification pour l'affirmation d'un " mudjtahid " libre**

La distinction du *mudjtahid* " relatif " par opposition au *mudjtahid* " absolu " confirmerait ainsi le résultat d'une politique qui a voulu mettre fin à toute velléité de fonder une école juridique, après la formation scolastique définitive au IVe siècle de l'hégire, érigeant ainsi quatre et uniques directions doctrinales officielles, et révélant par là que les *mudjtahidun* " relatifs " ne seraient que des *muqallid(s)*.<sup>147</sup>

Constatons, en effet, avec vigueur que les volontés de créer d'autres écoles n'ont pas manqué avant le Ve siècle de l'hégire,

---

<sup>143</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 26. W. B. HALLAQ, Was the gate of Idjtihad closed ?, *op. cit.*, p. 18-20. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman, op. cit.*, p. 66; " Idjtihad ", *Encyclopédie de l'Islam*, nouvelle édition, Tome III, 1975, p. 1052-1053.

<sup>144</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 24

<sup>145</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 17-21

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 40

<sup>147</sup> W. B. HALLAQ, *Was the gate of Idjtihad closed, op. cit.*, p. 10; *On the origins of the controversy about the existence of mudjtahids and the gate of Idjtihad, op. cit.*, p. 133. L. MILLIOT, F.P., BLANCS, *op. cit.*, p. 126 et p. 131-132.

et nous pouvons citer à juste titre, El Tabari, qui faisait partie d'une tendance qui se voulait indépendante des positions doctrinales et des formations scolastiques, aurait rencontré des obstacles insurmontables quant à la fondation d'une cinquième " direction ", ou *madhhab*.<sup>148</sup>

Faut-il considérer que la fermeture des portes de l'*idjtihad* aurait porté ses fruits au Ve siècle, période à laquelle, d'après une thèse, tous les juristes se seraient rangés officiellement, dans l'une des quatre écoles juridiques?<sup>149</sup> Et que la fermeture des portes de l'*idjtihad* visait essentiellement à freiner radicalement les éventuelles formations scolastiques, et qu'elle aurait été efficace en ce sens?

Enfin, on a souvent admis que les *mudjtahidun* ont toujours existé en tout temps, à chaque époque, par l'effort de réflexion dont ont fait preuve certains philosophes, théologiens ou mystiques, appartenant à diverses époques, parmi lesquels nous pouvons citer Ibn Taymiyya, Ibn Rushd, El Ghazali, El Suyuti, El Juwany, ou Ibn Aqil, considérés comme des " résistants " au *taqlid*.<sup>150</sup>

Ils condamnaient le *taqlid*, et avaient pour vocation de faire renaître la première conception de l'*idjtihad* des premiers temps de l'Islam, c'est-à-dire qu'ils préconisaient un retour au raisonnement indépendant et libre sur la base des textes sacrés et d'une abstraction de la doctrine. Mais seulement ont-ils été entendu ?

Pour J. Schacht, ces hommes ont apporté des " pensées originales " dans l'histoire de l'intelligence islamique mais sans portée effective sur un plan pratique, c'est-à-dire dans le domaine juridique.<sup>151</sup>

En revanche B.S. Himmich considère que l'*idjtihad* est un " phénomène totale représentatif des discours idéologiques en Islam et pouvant dire quelque chose sur ces discours " <sup>152</sup>, mettant

<sup>148</sup> W. B. HALLAQ, *Was the gate of Idjtihad closed ?*, *op. cit.*, p. 10

<sup>149</sup> *Ibid*, p.11

<sup>150</sup> Y. BEN A CHOUR, *Normes, Foi et Loi*, *op. cit.*, p.189-219. C. CHEHATA, *op. cit.*, p.24-27. W. B. HALLAQ, *Was the gate of Idjtihad closed ?*, *op. cit.*, p. 15-18. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 23-25.; J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 64-65; " *Idjtihad* ", *op. cit.*, p. 1053; " *Taklid* ", *op. cit.*, p. 662.

<sup>151</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 64-65

<sup>152</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 25

ainsi en valeur un statut de *mudjtahid* que l'on pourrait attribuer à tout âme intelligente, prête à communiquer une réflexion sur un concept ou un fait de société, lui conférant ainsi une acception assez étendue.

Si tous ces *mudjtahidun* avaient les capacités et les qualités de raisonner et de donner une opinion sur tous les plans voire même juridique, comment expliquer que la doctrine du *taqlid* ait régné ou règne toujours depuis des siècles, et qu'aucune transformation de la structure du *fikh* n'a pu être opérée?

A partir du moment où la politique du souverain n'est pas mue par une volonté de redonner vie à la tradition dynamique de la formation du "droit musulman", où le Sultan au XVIIIe siècle enjoint le *kadi*, le juge "de ne suivre aucune opinion qui n'aurait été déjà soutenue par quelque juriste d'autorité reconnue, et de se conformer à la doctrine dominante"<sup>153</sup>, les principes fondamentaux du *fikh* ne pourront évoluer.

Dans ces conditions il faudrait admettre qu'à partir du moment où le pouvoir politique est garant du règne du *taqlid*, les portes de l'*idjtihad* sont bien fermées, malgré les différentes conceptions que l'on imagine des *mudjtahidun*. W. B. Hallaq avait par ailleurs insisté sur la différence entre fermeture des portes et existence des *mudjtahidun*, en considérant que ces derniers ont "survécu" à la clôture.<sup>154</sup>

Il aura fallu attendre le XVIIIe siècle pour que les thèses d'Ibn Taymiyya portent leurs fruits et engendrent un mouvement de réforme qui prendra le nom de "*Salafiyya*" qui signifie le retour à la pureté originelle de l'Islam. Ce mouvement sera à l'origine des tendances "fondamentalistes" actuelles, dont nous analyserons l'idéologie plus en avant au cours de la deuxième partie de notre étude en mettant en exergue leur opposition radicale aux thèses modernistes nées ultérieurement.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 137

<sup>154</sup> W. B. HALLAQ, *On the origins of the controversy about the existence of mudjtahids and the gate of idjtihad*, *op. cit.* p. 133

<sup>155</sup> S. BAKALTI, *La femme tunisienne au temps de la colonisation 1881-1956*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 26. Cheick BOUAMRANNE et L. GARDET, *Panorama de la pensée islamique*, Sindbad, Paris, 1984, p. 287. A. MERAD, *L'Islam contemporain*, Que sais-je?, P.U.F, 1984, p. 19-33. J. SCHACHT, *op. cit.* p. 65.

En effet, depuis la fin du XIXe siècle un autre mouvement de réforme, cette fois, moderniste a apporté une conception d'un *idjtihad* libre, et par corrélation du statut de *mudjtahid* indépendant de toute doctrine admise par l'orthodoxie du *fikh*, militant ainsi pour une " large " ouverture des portes. En plus de cet aspect libéral de raisonnement, ces réformateurs revendiquent un *idjtihad* nouveau, étendu, où tout homme sans distinction aucune, aurait le droit de pratiquer l'*idjtihad* dans le but de répondre à des impératifs engendrés par les nouveaux modes de vie imposés par la modernité.

Donner une autre interprétation des textes sacrés et donner naissance à cette occasion à des normes juridiques nouvelles, deux conditions essentielles pour la réouverture des portes de l'*idjtihad* qui ne sont donc pas allés de paire, jusqu'à l'arrivée de H. Bourguiba. En effet le pouvoir juridique étant entre les mains du colonisateur français, il faudra attendre l'indépendance pour concevoir un projet de société sur la base d'un droit choisi conformément aux aspirations de H. Bourguiba. Mais en attendant il est intéressant de donner un aperçu de la situation avant la libération du pays.

## **Section 2 L'évolution ultérieure de la Shari'a et sa pratique**

L'*idjma* qui consacra officiellement la fermeture des portes de l'*idjtihad*, imposa aux juristes de se soumettre au *taqlid*, c'est-à-dire à la ratification systématique des précédentes recherches et constructions juridiques, et éviter toute innovation qui puissent être classée comme une entreprise hérétique. Pendant dix siècles donc, les juristes et savants se sont résignés à pratiquer le *taqlid*, ou imitation, des exégèses coraniques des quatre écoles orthodoxes, malikite, shafi'ite, hanafite et hambalite.

Nous allons voir à travers un bref aperçu de la période coloniale, afin de compléter notre étude, dans quelle mesure le Droit en vigueur en Tunisie relatif à la formation et la dissolution du lien matrimonial, a été applicable à travers les textes juridiques, Malikites et Hanafites, tels qu'ils ont été élaborés au IV e siècle de l'Hégire c'est-à-dire le Xe siècle de l'ère Chrétienne.

Avant le protectorat<sup>156</sup> la pratique judiciaire était simple. La justice quotidienne était rendue par un *kadi* qui statuait en toute liberté, de manière discrétionnaire, voire arbitraire: elle était par conséquent loin d'être unifiée dans la réalité. Le *kadi* était quelquefois assisté d'un *mufti*, qui par la voie de *fatawa(s)* l'éclairait sur certaines questions précises que l'on retrouve dans les rites malikites et hanafites. Le domaine de compétence du *kadi* étaient le statut personnel, où l'on retrouvait les questions relatives au mariage, la répudiation ou l'héritage, ainsi que les affaires de *Waqf*. Le Bey avait l'exclusivité de l'arbitrage des litiges des autres matières pénales ou commerciales. Le *kadi* donc disposait d'un " *pouvoir absolu* " et jugeait " *en se fondant sur sa propre interprétation et son effort personnel* " <sup>157</sup>, pratiquant ainsi un *idjtihad* limité ne pouvant sortir du cadre de la doctrine malikite ou hanafite suivant le rite auquel il appartient.

Pendant le protectorat le paysage juridique et judiciaire prend un autre aspect.<sup>158</sup>

Nous venions de voir les limites doctrinales dans lesquelles le *kadi* exerçait son pouvoir de juge dans la pratique, limites qui lui confèrent une relative liberté d'interprétation des faits. Tout en demeurant dans le cadre du *taqlid*, le juge assurait à la *Shari'a*, malgré la rigidité des règles doctrinales, la continuité de son caractère intrinsèquement évolutif, par la voie d'un *idjtihad* relatif.

---

<sup>156</sup> M. KRAÏEM, *La Tunisie précoloniale*, Société Tunisienne de Diffusion, Tunis, 1970, p. 189-217: " *La justice tunisienne au XIXe siècle* ".

<sup>157</sup> M. KRAÏEM, *op. cit.* p. 205

<sup>158</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, Le mariage dans le monde musulman, *Intervention au colloque " Mariage-Mariages " des 9-10 mai 1997*, Paris. C. BONTEMS, Les rêveries utopiques du juge colonial, *Actes du colloque " Le juge: une figure d'autorité ", organisé par l'Association Française d'Anthropologie du Droit, 24-25-26 novembre 1994*, L'Harmattan, Paris, p. 511-548. J-R. HENRY, *op. cit.*, p. 171-177.

Avec la conquête de l'Afrique du nord par les français, ces derniers s'emparèrent de la *Shari'a*, en reconsidérant les dispositions de celle-ci à travers les catégories du droit positif occidental, en la " rationalisant ", afin d'en maîtriser les applications.

Le colonisateur, procéda à une sorte de " codification " de la Loi Islamique applicable au Maghreb, consacrant ainsi ce que l'on appellera de manière erronée le " droit musulman " présenté comme un Droit définitivement rigide. Alors que la *Shari'a*, dans sa dynamique intrinsèque, était à même de s'adapter aux coutumes et à leur évolution, les juristes français ont réussi à en figer les dispositions avec la volonté au départ de les moderniser, et de les aligner sur les catégories juridiques du système normatif français. En effet, l'objectif visé par le colonisateur était de dénoncer le caractère figé du " droit musulman " et par extension de l'Islam, en réalisant une synthèse de ce droit par sa " rationalisation ", et ce par l'accumulation des traités qui lui ont été consacrés<sup>159</sup>. C'est en comparant " *le système juridique moderne, modelé et modelable par l'homme, [que] le droit musulman leur est apparu par contraste comme un droit posé, figé, indépendant de toute intervention humaine* " <sup>160</sup>, et qu'ils se donnèrent la " *mission civilisatrice* " <sup>161</sup> de le faire évoluer par leur méthode plus " rationnel ".

Prétendre que la *Shari'a* représente un droit " inamovible ", c'est méconnaître les fondements même de sa construction. La fermeture des portes de l'*idjtihad* ne représente-t-elle pas tout simplement la consécration de la doctrine, comme cela est le cas pour les systèmes juridiques dits " rationnels " ?

C. Bontems a démontré de quelle manière en Algérie le juge colonial a tenté de faire subir à la *Shari'a* une " *acculturation juridique* " <sup>162</sup> par le biais de procédures à caractère législatif, sortant ainsi du cadre de son pouvoir strictement judiciaire. <sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> Cf. Ouvrages de Droit Musulman cités plus haut.

<sup>160</sup> J-R. HENRY, *op. cit.*, p. 173

<sup>161</sup> C. BONTEMS, *op cit*, p. 512

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 514

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 514 et s.

Par ailleurs l'influence du Protectorat français ne peut être niée dans la réforme de l'Université multiséculaire de la Zitouna représentant le sanctuaire de la doctrine juridique islamique en Tunisie.<sup>164</sup> De la confrontation de la société tunisienne à dominante traditionnelle en mutation et du Protectorat naîtra le mouvement “ Jeunes Tunisiens ” qui défendra la thèse selon laquelle la voie des réformes constitutionnelles permettrait de contrecarrer le pouvoir colonial en place.<sup>165</sup> Une tendance qui en impliquant une remise en cause des attitudes conservatrices de la Zitouna, alimentait chez celle-ci des réflexes d'auto-protection.

En réaction aux conservateurs de la Zitouna, l'Association de la Khaldounia fût créée en 1946, qui fonda sous l'influence du Protectorat, l'Institut de Droit, permettant ainsi un droit de regard des juristes français sur la Loi Islamique.<sup>166</sup>

En apportant d'autres modes d'interprétations juridiques de la société à travers des catégories différentes de l'Islam, la colonisation française a contribué ainsi à paralyser d'une certaine manière la dynamique juridique endogène de la Tunisie en particulier et de l'Occident musulman en général.

Nous allons voir pourtant que la justification de la politique juridique de H. Bourguiba sur la base de l'*idjtihad*, moteur de création juridique dans l'Islam, tel que nous venons de l'étudier, peut faire apparaître une nouvelle lecture de la religion à travers la philosophie rationnelle des premiers siècles de la Révélation.

## **PARTIE II - Vers une nouvelle lecture de l'Islam ?**

---

<sup>164</sup> M. ABDEL MOULA, *op. cit.*

<sup>165</sup> K. GUEZMIR, *Mouvement “ Jeunes Tunisiens ”*, Editions Alif, Tunis.

<sup>166</sup> M. ABDEL MOULA, *op. cit.*, p. 134-135.

Au cours de notre précédente partie, nous avons étudié l'évolution de la conception orthodoxe relative à l'effort de raisonnement, l'*idjtihad*, et ce exclusivement dans le domaine juridique. Cette évolution était ainsi que nous l'avions vu, conditionnée par une politique de lutte contre toute forme de dissidence doctrinale qui se solda par l'intronisation d'une doctrine communément appelée " fermeture des portes de l'*idjtihad* ". Le *Khalifa* cherchait ainsi à mettre en oeuvre le concept de *tawhid* par la voie d'une unicité doctrinale représentée par les principes juridico-religieux du *fikh* et des *usul el fikh*.

Le *fikh* de l'école malikite, depuis l'islamisation de l'Afrique du nord au VIIe siècle, et celui de l'école hanafite depuis l'installation de l'empire Ottoman dans la région au XVIIe siècle, représentaient à eux deux le Droit en vigueur, que l'on nomme " *Shari'a* ", en matière de statut personnel, en Tunisie, et ce jusqu'à la promulgation du Code du Statut Personnel en 1956, en passant par la " codification " de la Loi Islamique, par le colonisateur, qui lui attribuera le qualificatif de " droit musulman ".<sup>167</sup>

Nous allons nous attacher à démontrer que l'*idjtihad* de H. Bourguiba représente non seulement une possibilité d'évolution du Droit en Terre d'Islam, mais également qu'à travers cet effort de réflexion il subsiste une dynamique de l'Islam. Pour ce faire nous tenterons de répondre à la question de savoir dans quelle mesure les normes novatrices du C.S.P. sont le fruit de l'*idjtihad* dans un premier temps. Dans un dernier chapitre notre intérêt portera sur les potentialités de l'*idjtihad* à constituer un moteur d'évolution à l'intérieur de l'Islam, ce qui nous conduira à envisager la Révélation comme un paradigme de modernité.

---

<sup>167</sup> M. BOOREMANS, *op. cit.* p. 12-30. R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, L.G.D.J., 1960, Paris.

## Chapitre 1 - Les normes novatrices du C.S.P.: fruits de l'“ *idjtihad* ”?

Les normes relatives à la formation et à la dissolution par voie judiciaire du lien matrimonial prescrites dans le Code du Statut Personnel, rompent de manière radicale avec une tradition séculaire qui avait érigé le *fikh*, avec la fermeture des portes de l'*idjtihad*, en science dérivée de la Révélation, et qu'aucune règle juridique ne saurait contredire d'après ce consensus.

Après avoir démontré l'importance conférée à l'*idjtihad* dans la construction juridique, de la Loi Islamique, et dans l'esprit de l'Islam en général, nous allons accorder un intérêt particulier à la justification de H. Bourguiba dans son entreprise de réouverture des portes de l'*idjtihad*, remettant en cause un consensus établi depuis des siècles, afin de répondre à la question de savoir en quoi les normes novatrices du C.S.P. relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimoniales constituent le travail digne d'un *mudjtahid*.

Avant de comprendre les enjeux d'une telle rupture avec la Loi Islamique, nous allons démontrer dans quelle mesure l'instaurateur de ces normes, en l'occurrence le Président de l'époque, H. Bourguiba, pouvait-il s'arguer d'avoir rouvert les portes de l'*idjtihad*, et d'être par corrélation un *mudjtahid*, pour justifier le fondements de ces prescriptions novatrices.

## Section 1 - L'“ idjtihad ” nouveau et libre de H. Bourguiba<sup>168</sup>

En annonçant qu' “ à notre tour, nous avons fait l'effort de réflexion dans l'Islam ”<sup>169</sup>, à l'instar des *fukaha(s)* et des *ulama(s)*, H. Bourguiba pose les bases de l'exécution des principes d'un *idjtihad* nouveau sur le plan juridique par l'instauration des normes novatrices du Code du Statut Personnel, le message de l'Islam offrant à l'homme l'opportunité “ de conduire ses destinées et ...[d'ouvrir]... à son esprit les voies de l'effort qui l'élève à l'intelligence du profane et du sacré, à leur juste et harmonieuse conciliation ”.<sup>170</sup>

### **§1 - Les inspireurs de H. Bourguiba**

La conception de l'*idjtihad* de H. Bourguiba s'inscrit dans la droite ligne de la pensée des réformateurs “ modernistes-libéraux ”, dont le mouvement est né à la fin du XIXe siècle par la remise en question de l'existence réelle du consensus portant sur la fermeture des portes de l'*idjtihad* pour absence de preuve formelle.

L'engagement de ces réformateurs sera mu par un désir de redonner naissance à l'Islam par la voie de l'idéologie de la Renaissance, appelée la *Nahdha*, en développant l'idée que les

---

<sup>168</sup> S. BAKALTI, *op. cit.*, p.25-69. H. BOURGUIBA, *Discours de 1956 à 1976* (Extraits relatifs à l'*idjtihad*, l'Islam et la femme), Publication du Secrétariat d'Etat à l'information, Tunis, 1975-1981. M. BOOREMANS, *op. cit.*, p. 120-153. M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, Publications scientifiques tunisiennes, Tunis, nouvelle édition, 1990, p. 73-76; Le droit tunisien de la famille entre Islam et Modernité, *Revue Tunisienne de Droit*, 1973, p. 11-37. N. J. COULSON, *op. cit.*, p.193-206. T. EL HADDAD, *Notre femme dans la loi et la société*, *op. cit.* A. MERAD, *op. cit.*, p. 5-32. *La justice, 10 ans après*, Publication du Secrétariat d'Etat à la Justice, Tunis, 1966, p. 175-181. *L'Ijtihad et le Renouveau*, (dans la *législation islamique*), comité de professeurs, Société tunisienne de diffusion, Tunis, 1975, p. 31-32 et p. 94-95, en arabe.

<sup>169</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1956*, *op. cit.*, p. 126

<sup>170</sup> *Ibid.*, années 1962-63, *op. cit.*, p. 67.

sociétés musulmanes seraient à même d'affronter les conjonctures économiques et sociales modernes tout en conservant les repères des valeurs islamiques.

Parmi ces réformateurs nous retiendrons les noms des égyptiens Rifaah Rafée El Tahtawi (1801-1873), Qacem Amin (1865-1908), Mohamed Abdouh (1849-1905) et Rachid Ridha (1865-1935), qui marqueront l'histoire idéologique des questions relatives à l'émancipation de la femme et à l'égalité de son statut avec celui de l'homme, dans le monde arabo-musulman.

Parallèlement à ces élans d'idées en faveur d'un *idjtihad* nouveau et libre, des mouvements de réformes plus concrets sous l'influence occidentale avaient pris forme dès la fin du XIXe siècle, mais sans rapport aucun avec le mouvement de la *Nahdha*.

Il s'agissait d'une évolution juridique sous la forme de codifications, et ce dans divers domaines, tels que le droit commercial ou le droit pénal, où non seulement le *taqlid* n'avait plus de prise, mais les codes adoptés étaient soit inspirés, soit calqués, de ceux de l'Occident. En outre, les matières relevant du droit de la famille et donc du statut personnel demeuraient régies par le *fikh*, où le *taqlid* continuait à s'ériger comme le modèle de technique juridique.<sup>171</sup>

Et c'est à ce sujet que les mouvements de pensée réformateurs cherchèrent à démontrer que le consensus, l'*idjma*, qui imposa la fermeture des portes de l'*idjtihad*, n'a jamais existé de manière formelle, et que l'expression même de " fermeture des portes " n'était apparu qu'au XVIe siècle.<sup>172</sup>

Plus tard le réformiste tunisien Khair ed-dine Pacha fortement influencé par les idées de El Tahtawi consacrera dans ses propositions de modernisation du pays le problème de l'égalité entre hommes et femmes. Un engagement qui sera poursuivi ultérieurement par Tahar El Haddad (1899-1935) avec son ouvrage précurseur des normes novatrices futures du Code du Statut Personnel.

---

<sup>171</sup> C.CHEHATA, *op. cit.*, p. 27-31. N.J. COULSON, *op. cit.* p. 175-192. Ali MEZGHANI, Réflexions sur les relations du Code du Statut Personnel avec le droit musulman classique, *R.T.D.*, 1975, p. 53-62. Ridha MEZGHANI, *La codification en Tunisie*.

<sup>172</sup> N.J. COULSON, *op. cit.*, p. 193. W.B. HALLAQ, *On the origins...*, *op. cit.*, p.134

Il faut en effet ici souligner l'influence fondamentale de l'ouvrage de T. El Haddad intitulé “ *Notre femme dans la loi et dans la société* ”<sup>173</sup> dans lequel H. Bourguiba en puisera le raisonnement et la logique concernant la conception d'un nouvel *idjtihad* et d'une autre interprétation du Coran et de la *Sunna* à la lumière des nouvelles conditions sociales afin de justifier l'amélioration revendiquée du statut de la femme en Tunisie en particulier, et dans le monde arabo-musulman en général.

T. El Haddad, est un *alm* de l'Université de la Zitouna, connu pour être un “ *symbole de la renaissance nationale tunisienne dirigeant syndicaliste, homme politique et ardent féministe* ”<sup>174</sup>, avant-gardiste et précurseur de H. Bourguiba. Il préconisera un “ *retour à l'Islam* ” par la voie d'une “ *variété de l'effort* ” destinée à améliorer la “ *personnalité* ” des hommes, et ce, en oeuvrant pour la dignité de la femme et de sa promotion dans la société.<sup>175</sup> Il fera partie de la frange des “ *Zitouniens* ” modernes qui lutteront pour la réforme de l'enseignement de l'Université, parmi lesquels nous retrouvons le Recteur Cheikh Tahar Ben Achour, adepte fervent de la réforme de la Zitouna et ami de Mohamed Abdou. Dès les années trente, sous l'influence de l'Université égyptienne Ez-zahra, la Zitouna était devenue le théâtre de conflits entre les conservateurs et les modernistes qui encouragèrent les courants féministes à l'intérieur même de l'Université.<sup>176</sup>

Parmi les associations féministes, parrainées par la Zitouna, nous pouvons citer les plus importantes, à savoir, le “ *Club de la jeune fille* ”, l’“ *Union Musulmane des femmes en Tunisie* ” en 1936, “ *Chems el Islam* ” (traduisible par “ *soleil d'Islam* ”), la “ *Section féminine de l'Association des Jeunes musulmanes* ” en 1944, et le “ *Club de la Jeune Fille Tunisienne* ” en 1954.<sup>177</sup> Ces organisations féministes inscrivait la dynamique de leur mouvement à travers l'idée principale selon laquelle il faut reconsidérer le statut de la femme à la lumière de l'essence de l'Islam.

---

<sup>173</sup>T. EL HADDAD, *op. cit.*

<sup>174</sup>M. ABDEL MOULA, *L'Université Zaytounienne et la société tunisienne*, Thèse de doctorat de 3ème cycle, C.N.R.S., Tunis, 1971, p. 137

<sup>175</sup>T. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 27-28

<sup>176</sup>M. ABDEL MOULA, *op. cit.*, p. 141-144. I. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 25-34.

<sup>177</sup>I. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 36-48. S. BAKALTI, *op. cit.*, p. 74-88.

Nous verrons ultérieurement à travers une étude de la *ratio legis* du *fikh* et de ses fondements réels et non théoriques, ce qui pouvait justifier cette volonté de l'ensemble de ces associations et des réformateurs à revendiquer la concrétisation des principes fondamentaux de l'Islam.

Car d'après ces derniers et T. El Haddad également, seul donc un retour aux sources par une interprétation nouvelle des dispositions du Coran et de la *Sunna* permettrait aux hommes d'améliorer leur société et de sortir de la décadence.

Pour ce faire T. El Haddad fait valoir que l'Islam est une religion au caractère évolutif, adaptable en tout temps et en tout lieu, contredisant ainsi l'aspect figé que l'on a voulu conférer à l'Islam par l'intermédiaire du *fikh*.

Il est allé même plus loin en démontrant que le Coran est progressif<sup>178</sup> dans le sens où certaines prescriptions en ayant subi des abrogations uniquement dans des domaines précis relatifs à une époque et à un contexte particuliers, constitue la preuve même que ses principes fondamentaux et son essence demeurent immuables à travers le temps et l'espace. Ce qui lui a valu d'ailleurs,<sup>179</sup> d'être rejeté par les *ulama(s)* " conservateurs " de la Zitouna, Université représentante de l'orthodoxie juridico-religieuse en Tunisie.

Pour revenir à la conception moderne de l'*idjtihad* préconisé par T. El Haddad, il faut noter, que celui-ci, tout au long de son ouvrage, emploie des expressions telles que " après mûre réflexion<sup>180</sup> ", " à bien considérer<sup>181</sup> ", " c'est là, à mon avis...<sup>182</sup> ", cherchant par là à démontrer que sa démarche est légitimement intellectuelle et qu'aucune doctrine ne peut constituer un obstacle à la réflexion, ce qui sera perçu par ailleurs comme une provocation par l'orthodoxie.<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> T. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 28

<sup>179</sup> M. BOOREMANS, *op. cit.*, p. 120-153. M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, p.75-76

<sup>180</sup> T. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 32

<sup>181</sup> *Ibid.* p. 55

<sup>182</sup> *Ibid.* p. 56

<sup>183</sup> M. CHARFI, *op. cit.*, p. 76

L'objectif de T. El Haddad était de prouver par là et implicitement peut-être, qu'un *idjtihad* libre est concevable dès lors qu'un homme veut entreprendre d'améliorer sa société.

Cet *idjtihad* représenterait ainsi la manifestation d'une libéralisation de la pensée, de la délivrance d'une ankylose qui dure depuis des siècles. Il permettrait l'épanouissement de l'esprit tel que cela est encouragé par le Coran et la *Sunna* ainsi que nous l'avons vu dans notre première partie, où Dieu récompenserait ceux qui feraient l'effort d'aller vers la connaissance et la science.

T. El Haddad insiste sur le principe selon lequel la "clairvoyance" de l'homme ne peut guider celui-ci que vers le chemin désigné par Dieu, reprenant ainsi le message de plusieurs versets que nous avons eu l'occasion de présenter antérieurement.

Après avoir fait apparaître que la pratique de l'*idjtihad* est conforme à l'esprit de l'Islam, notre auteur tente d'en démontrer l'application sur le plan juridique, en présentant le raisonnement individuel comme une base de construction d'éventuelles réformes.

Le message de T. El Haddad pour la réouverture des portes de l'*idjtihad* est latent et non explicite, car en proposant une autre manière d'interpréter l'Islam destinée à conférer à la femme un statut égal à celui de l'homme, il met en avant une autre conception de la qualification de *mudjtahid* sans revendiquer explicitement ce rang.

C'est en outre à ce niveau que se situe le scandale et la rupture avec l'orthodoxie car nous l'avons vu plus haut nul ne peut prétendre au statut de *mudjtahid* s'il ne répond pas à certains critères.

En revanche il déplore d'une certaine manière le *taqlid* des juristes, des *ulama(s)* où il dénonce enfin:

*" l'ensemble de ces attitudes héritées de notre passé [qui] constitue une source effrayante de stagnation quand il s'agit d'élaborer le Droit et d'exercer la Justice en Islam, comme elle*

*permet aussi d'affirmer que la période d'effort jurisprudentiel (igtihâd) est bien terminée ”*<sup>184</sup>.

Il refuse ainsi d'admettre, comme l'ensemble des réformateurs, que la fermeture des portes de l'*idjtihad* est une réalité que l'on ne peut outrepasser, et ce en appelant fréquemment, néanmoins dans la traduction utilisée, les hommes à déployer des “ efforts ” afin de mettre en valeur les capacités infinies de l'intellect.

Il cherche ainsi à démontrer que la thèse contraire à la doctrine de la fermeture des portes de l'*idjtihad* est envisageable si une certaine volonté de voir changer les structures sociales est exprimée, à l'instar de H. Bourguiba quelques décennies plus tard.

## **§2 - La continuité avec l'“idjtihad ” de H. Bourguiba**

Pendant le Protectorat, la société tunisienne s'est raidie sur la pratique religieuse par réaction à l'occupation française, afin d'affirmer son identité culturelle: la conservation des traditions à travers l'Islam permettait de se protéger face à l'influence française. A son arrivée au pouvoir, après avoir libéré la Tunisie du joug de la colonisation, cette protection ne semblait plus utile, pourtant H. Bourguiba, s'est retrouvé devant un dilemme. Il avait le choix entre deux alternatives pour adopter les normes novatrices: pouvait-il rompre totalement avec la tradition islamique, ou devait-il au contraire prendre en considération cet héritage culturel? Il optera comme nous le savons pour la réconciliation de l'Islam avec la modernité à travers l'*idjtihad*.

---

<sup>184</sup> T. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 58

L'objectif de H. Bourguiba dans son discours du 3 août 1956, quelques jours avant la promulgation du Code du Statut Personnel, le Président H. Bourguiba justifiait ses futures réformes en ces termes:

*“ de même que nos ancêtres ont fait un effort de réflexion sur les moyens d'atteindre les fins assignées par l'Islam, nous devons à notre tour fournir le même effort pour adapter la vie de la communauté aux impératifs de notre temps, dans le cadre des principes généraux de l'Islam. L'esprit humain, dans son évolution, donne à la notion de droit un contenu variable selon l'époque : ce qui était admis il y a quatorze siècles ne l'est plus en notre temps. La raison manquerait à son rôle si elle se fermait à des conceptions qui, différentes dans leur contingence des conceptions traditionnelles, répondent dans leur essence aux impératifs de justice, d'équité et de respect de la personnalité humaine”*<sup>185</sup>, ainsi que cela est clairement spécifié dans le Coran, ajouterons nous.

A notre sens cet extrait exprime entièrement la conception de l'*idjtihad* de H. Bourguiba: selon lui il faudrait revenir à la technique de mise en oeuvre de la raison des anciens, afin de procéder à de nouvelles recherches des causes de la volonté de Dieu, et ce afin de servir les intérêts de la société.

La méthode de H. Bourguiba ne se rapprocherait-elle pas étrangement aux techniques des anciens *mudjtahidun*, qui par la voie du raisonnement indépendant, le *ra'y*, cherchaient à mettre en évidence la *ratio legis* de la Loi Islamique, la *'illa*, tout en ayant recours aux modalités de l'*idjtihad*, telles que la *maslaha*, l'*istislah* et l'*istihsan*, pratiquées par les hanafites et les malikites.

A titre d'exemple dans un discours du 10 Août 1956, il justifie l'abolition de la polygynie en disposant que *“ l'esprit général du Coran s'oriente manifestement vers la monogamie* <sup>186</sup>*”* et que, *“ c'est dans un souci de réformer notre société, d'améliorer la condition de la femme, de faire régner la stabilité et l'harmonie au sein de la famille tunisienne, et d'imposer le respect mutuel entre les conjoints pour le grand bien des enfants et de l'ensemble de la collectivité nationale, que*

---

<sup>185</sup> H. BOURGUIBA, *Discours*, années 1956-1957, Vol 2, *op. cit.*, p. 125

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 129

*nous avons interdit la polygamie* ”<sup>187</sup>. Des arguments analogues, seront repris au cours de ses discours pour justifier la suppression de la répudiation, l'établissement de l'acte authentique, et le consentement des futurs époux.

Par ailleurs, l'élimination de la répudiation, était mue par une volonté d'assurer la stabilité du couple, et par extension de la famille. En effet, H. Bourguiba après avoir instauré le divorce judiciaire, insistait sur le caractère exceptionnel du recours à cette institution, en citant un *hadith* du Prophète: “ *dans tout ce qui est licite, rien, au regard de Dieu n'est plus détestable que le divorce* ”,<sup>188</sup> le terme “ divorce ” ici, représentant la traduction du mot arabe *talaq*, qui désigne aussi bien la répudiation unilatérale, que le divorce judiciaire. En se basant ainsi sur un *hadith* du Prophète, H. Bourguiba, démontrait non seulement que l'interdiction de la répudiation est conforme à l'Islam, mais que la procédure du divorce judiciaire doit faire l'objet d'un usage modéré de la part du croyant qui veut demeurer fidèle à l'esprit de sa religion.

En insistant sur le caractère négatif de la séparation du couple, et quelque soit la forme de la rupture, il relègue la répudiation unilatérale au profit du mari, au niveau des pratiques innommables et inhumaines. Il fait ainsi valoir que le divorce judiciaire lui-même est condamnable, dans l'objectif d'induire dans les mentalités la nécessité de conserver le plus durablement possible les liens du couple afin de gagner plus de stabilité dans la famille et par corrélation dans la collectivité, car “ *la société a besoin de famille stable* ”<sup>189</sup>, afin de faire régner le “ bien ” ainsi que l'Islam l'enseigne.

Car en définitive, H. Bourguiba justifiait son action en démontrant qu'elle est directement inspirée par la recherche du bien: “ *...édifier une société fondée sur la justice et sur le bien...* ”<sup>190</sup>, telle qu'elle est requise dans les versets du Coran, en l'occurrence le verset 79 de la sourate 4.

En effet, Dieu ne s'adresse-t-il pas aux croyants en ces termes: “ *Tout ce qui t'atteint comme bien c'est de Dieu et tout ce*

---

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 131

<sup>188</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1966, op. cit.*, p. 81

<sup>189</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1966, op. cit.*, p. 81

<sup>190</sup> *Ibid.*, année 1965, *op. cit.*, p. 59

*qui t'atteint comme mal c'est de toi-même...*<sup>191</sup>, verset interprété par le Dr S. Kechrid ainsi: “ *Dieu n'a créé que le bien et tout ce que Dieu a créé est bon pour le lieu ou le temps convenables* ”<sup>192</sup>.

Et pour H. Bourguiba, la réalisation du “ bien ” ne peut être atteinte qu'en “ *débarass[ant] notre religion de ce qui la dénature, la dévie et la fige* ”<sup>193</sup>, faisant valoir qu'une rupture persiste entre sa “ *substance* ”<sup>194</sup> et le nouveau mode de vie des croyants.

Dès le départ, avant la promulgation du C.S.P., il fustigeait les pratiques ancestrales du *Charaâ*, le tribunal charaïque, qui “ *porte atteinte au prestige de l'Islam* ”, et défendait l'idée que l'Islam est nullement responsable des “ *procédures inextricables du Charaâ* ”. H. Bourguiba, semblait ainsi implicitement démontrer qu'il respecte l'Islam en dénonçant l'anachronisme qui subsiste entre l'interprétation orthodoxe opérée par les hommes depuis la naissance de l'Islam et les réalités actuelles: il distinguait ainsi la jurisprudence islamique de la religion elle-même. Par ailleurs, le langage usité dans ses discours démontre qu'il cherche à justifier son action sur les principes de l'Islam en tant que modèle de projet de société, faisant valoir ainsi un certain respect ou une admiration de la religion, sans l'exprimer néanmoins explicitement.

Faut-il enfin inscrire les normes novatrices du C.S.P. dans le sens du mouvement de codification, considéré par C. Chehata comme une évolution de la loi islamique<sup>195</sup>, ou alors prendre en compte cette nouvelle conception de l'*idjtihad* qui pose les bases de cette législation, afin de mettre en avant une réelle rupture avec la Loi Islamique, et considérer la séparation du domaine juridique avec l'institution orthodoxe de la Zitouna?

## **Section 2 Les enjeux de la rupture avec la Shari'a, ou Loi Islamique**

---

<sup>191</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 114

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 154

<sup>193</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1963, op. cit.*, p. 111

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 27-31

Nous avons vu que les normes novatrices relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial sont les suivantes: suppression de la polygynie et de la répudiation unilatérale à la demande de l'époux, l'exigence du consentement des époux et l'établissement d'un acte authentique.

Ces prescriptions rompent totalement avec celles des *fikh(s)* malikite et hanafite qui autorisaient la polygynie, la répudiation unilatérale, le droit de *djabr* ou de contrainte matrimonial, ainsi que le mariage *orf* ou coutumier, et ce avant la promulgation du Code du Statut Personnel.

Pour comprendre les enjeux de la rupture avec ce droit alors en vigueur, nous en étudierons les fondements et les caractéristiques en confrontant deux visions, l'une orthodoxe et l'autre dirions nous " historique ".

### **§1- La rupture d'après la vision orthodoxe<sup>196</sup>**

---

<sup>196</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 65-99. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 26-30. Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi*, *op. cit.* p. 105-115. M. BOOREMANS, *op. cit.* p. 13-30 et p. 290-294. N. BOUDERBALA, La loi musulmane et le changement social, *Revue Juridique, Politique, et Economique du Maroc*, n°8, 2ème sem., 1980, p. 59-69. S. LAGHMANI, *Eléments d'histoire de la philosophie du droit, le discours fondateur du droit, tome I, La Nature, la Révélation et le Droit*, Cérès Productions, Tunis 1993, p.167-226. L. MILLIOT, *op. cit.* p. 3-24 et p. 77-171. O. PESLE, *Les fondements du droit musulman*, Casablanca. p. 106-134. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, *op. cit.* p. 11-67; " Shari'a ", *Encyclopédie de l'Islam*, 1934; " *Fikh* ", *E.I.*, 1977. M. EL SHAKANKIRI, Loi divine, loi humaine et Droit dans l'histoire juridique de l'Islam, *Bulletin du C.E.D.E.J.*, Le Caire, 10ème année, n°13, Déc. 1981, p. 5-29.

Nous avons vu qu'à la suite de la réaction de la tendance musulmane dominante détentrice du pouvoir politique qui est le sunnisme, face aux divisions doctrinales, et visant essentiellement les mutazilites afin de conserver leur position, les portes de l'*idjtihad* furent verrouillées.

Plusieurs auteurs y ont vu le résultat de la lutte entre deux tendances, l'une rationaliste, représentée par les mutazilites et l'autre traditionnistes représentée par les défenseurs de la théologie juridique du *fikh*.

C'est en présentant les positions défendues par les traditionnistes, que nous mettrons ainsi en évidence la vision orthodoxe par rapport aux normes novatrices du C.S.P., et ce en faisant apparaître la *ratio legis* de la Loi Islamique à travers la définition de la *Shari'a* et le statut de la raison dans le *fikh*.

## **A - Définition de la “ *Shari'a* ”**

### **1 - Origine et évolution de la “ *Shari'a* ”**

Etymologiquement, les expressions “ *Shar'* ”, ou “ *Shari'a* ”, signifient, la “ route ” ou le “ chemin ”, qui ont été

étendues à la “ voie ”, la “ direction ” à suivre des croyants vers la lumière divine.<sup>197</sup>

A l'origine, aux premiers temps de l'Islam, la *Shari'a* était représentée uniquement par le Coran, puis la tradition du Prophète est venue s'ajouter aux côtés du texte sacré afin d'en apporter les applications concrètes.

Puis le *fikh*, en tant que science et connaissance de la *Shari'a* elle-même s'est introduit ensuite dans l'espace sacré de ces données scripturaires afin de parachever le contenu définitif du corpus juridique qui conservera le nom de *Shari'a*.<sup>198</sup>

Parmi les définitions que l'on peut trouver de la *Shari'a* le dictionnaire arabe-français traduit l'expression en ces termes: “ *loi divine* ” et “ *loi sacrée* ”<sup>199</sup>, nous confirmant ainsi toute la dimension religieuse du droit en vigueur applicable aux “ *adeptes de l'Islam* ”<sup>200</sup>.

J. Schacht la définit quant à lui comme la “ *loi sacrée de l'Islam... un ensemble universel de devoirs religieux, la totalité des commandements d'Allah [qui] règlent la vie de chaque Musulman sous tous ces aspects.* ”<sup>201</sup>

Ces définitions ayant été rapportées, nous allons maintenant en exposer la signification telle qu'elle a été analysée par certains auteurs comme étant le reflet d'un dessein politique qui aurait réussi à imposer le dogme du “ volontarisme divin ”.

## 2 - Le dogme de la *Shari'a*: le “ volontarisme divin ”

La confrontation des deux tendances antagonistes, traditionniste et rationaliste, avait abouti à la création du

---

<sup>197</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 79. J. SCHACHT, “ *Shari'a* ”, *op. cit.* p. 331. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p.9

<sup>198</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 129 et p. 168-169. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 9

<sup>199</sup> *Mounged classique arabe-français*, Dar el Machreq, Beyrouth, Liban, 1993.

<sup>200</sup> L. MILLIOT, *op. cit.* p. 3

<sup>201</sup> J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 11

“ *système de normativité islamique* <sup>202</sup>” représenté par le *fikh* qui s’est présenté à la période de fermeture des portes de l’*idjtihad*, comme l’unique référence en matière de connaissance de la Volonté de Dieu.

Cette thèse était donc à même d’assurer la crédibilité et l’autorité de tout pouvoir fondée sur la volonté divine tout en faisant du *fikh* une science dérivée de la Révélation, créant par la même occasion une confusion entre le *fikh* qui signifie littéralement “ direction ” et “ connaissance de la loi divine ”, et *Shari’a* ou Loi Divine représentée à l’origine par le Coran et la *Sunna*.

En se présentant comme l’unique interprète valable de la Parole de Dieu, la science par excellence par opposition au *‘ilm el kalam*, ou la science de la dialectique des mutazilins qui privilégiait la raison dans toutes les pratiques discursives, le *fikh* se faisait le représentant de la Volonté de Dieu, et créait ainsi l’orthodoxie.<sup>203</sup>

Pour S. Laghmani, le discours fondateur de ce droit n’aurait pas eu cette crédibilité que l’on connaît, si ce n’est par l’existence et l’affirmation de la foi des croyants en un Dieu dont la Volonté serait infinie.<sup>204</sup> Le discours fondateur orthodoxe aurait selon cet auteur développé la doctrine du “ volontarisme ” ou du “ déterminisme ” divin qui serait à l’origine de l’idéologie Jabrite, née sous le règne des Ommeyyades, défendant la théorie de la contrainte éternelle.<sup>205</sup>

Cette doctrine reposait sur celle du “ dogme de la prédestination ” qui ferait de la Volonté divine, la légitimation de tout ce qui peut survenir de bon ou de mauvais dans la vie, faisant valoir par là l’irresponsabilité de l’Homme dans ses actes, dans la mesure où seul Dieu décide et juge. Une telle idéologie, où l’Homme ne s’en remet qu’à l’entière et infinie Volonté de Dieu, ne pouvait que recouvrir l’adhésion de la majorité des croyants.

---

<sup>202</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi*, op. cit., p. 105

<sup>203</sup> Cheick BOUAMRANE, op.cit., p. 67-74. Y. BEN ACHOUR, op. cit., p. 169-180. S. LAGHMANI, op. cit. p. 174-187

<sup>204</sup> S. LAGHMANI, op. cit., p. 171

<sup>205</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi*, op. cit. p. 154-158 et 180-190. S. LAGHMANI, op. cit.,p. 188-205. M. EL SHAKANKIRI, op. cit. p. 17

Mais si dans cette optique l'homme n'est en rien responsable de ce qui lui arrive, quel est donc le statut de l'*idjtihad* ou de la raison dans le *fikh*?

### **B - “ Le statut de la raison dans le *fikh* ”**<sup>206</sup>

L'entremise des *fukaha(s)* dans le champ des textes sacrés est justifiée par la vision orthodoxe, comme une nécessaire intervention au service de la Parole de Dieu, afin d'en comprendre la Volonté, en identifiant la '*illa* divine, c'est-à-dire la *ratio legis*, la cause ou la raison contenue dans les versets du Coran. Et c'est sur la base de l'étude de la '*illa* que renferme un verset que les *mudjtahidun* fondateurs des écoles, édifieront leur doctrine.<sup>207</sup>

La '*illa* représentant la Volonté de Dieu, la voie qu'il montre aux croyants afin de faire la distinction entre le bien et le mal, il appartient alors au *mudjtahid* de la découvrir pour atteindre le bonheur et la félicité éternelle.

La méthode, de raisonnement par analogie, ou *kiyas*, officialisée par al-Shafi'i, va dans ce sens dans la mesure, où elle préconise la recherche de la volonté de Dieu qui serait “ raisonnée ”. Sa Parole correspondrait effectivement, d'après cette logique, à une intention de montrer la Lumière, la meilleure Voie à suivre, aux Hommes qui doivent faire l'effort d'en “ comprendre les Signes ”: c'est pourquoi M. Arkoun parlera de “ *raison islamique classique* ” pour désigner le discours orthodoxe.<sup>208</sup>

Pour Ibn Rushd (IVe siècle de l'hégire), la “ *loi divine ne détermine pas, par elle-même, la décision du Législateur; elle détermine seulement la mesure dans laquelle le Législateur a voulu faire d'elle le motif de sa décision; elle n'est donc pas une* ”

---

<sup>206</sup> Titre emprunté d'un paragraphe à S. LAGHMANI, *op. cit.* p. 204

<sup>207</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p.76-77. L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 118-127. O. PESLE, *op. cit.*, p. 106-236

<sup>208</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 65-99

*raison déterminante, mais un indice (Imara), un signe (Alama) de ce à quoi le Législateur tend, par cette disposition.*<sup>209</sup> ”

La détermination de la Volonté divine serait donc une tendance du sunnisme, ou traditionnisme, à rechercher les motifs pour lesquels Dieu pose tel ou tel principe, où par la mise en évidence de la *'illa*, le magistrat ou plus généralement le *mudjtahid* fait valoir ainsi dans une décision juridique ou une règle de droit, un *hukm*, un “ Jugement de Dieu ”.<sup>210</sup>

L'intervention de l'homme n'entre donc pas en ligne de compte d'après la vision de l'orthodoxie, où la raison en tant qu'élément humain dans la *Shari'a* est niée, afin de consacrer à la Loi Islamique toute sa dimension, divine, sacrée, transcendante, éternelle et donc inhumaine nécessaire à sa crédibilité aux yeux des croyants

Par corrélation, l'unique Législateur est Dieu et l'intellect des *mudjtahidun* est au service uniquement de sa Parole.

D'après la vision orthodoxe, les normes novatrices du Code du Statut Personnel en rompant avec le *fikh*, reflètent ainsi une volonté de leur auteur de refuser de se soumettre à la Volonté de Dieu, et par déduction cette rupture est envisagée comme une coupure avec l'Islam même, car le *fikh* représentait l'unique interprétation des prescriptions divines.

Si la *Shari'a* est selon la conception orthodoxe d'essence purement divine, nous allons présenter une autre vision qui se veut plus “ objective ”: la vision “ historique ”.

---

<sup>209</sup> Cité par L. MILLIOT, *op. cit.*, p.119

<sup>210</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p.78. L. MILLIOT, *op. cit.*, p.118. J. SCHACHT, “ *Idjtihad* ”, *E.I.*, *op. cit.* p. 1052-1053.

## §2 - La rupture avec un droit humain, d'après une vision " historique " de la Loi Islamique.<sup>211</sup>

Nous allons voir que cette tendance rompt avec le discours orthodoxe en niant le caractère essentiellement divin de la *Shari'a* par une analyse historique du *fikh* science qui s'est érigée comme la méthode orthodoxe d'explicitation de la volonté divine et productrice de normes.

### A - Le *fikh*, un droit rationnel

D'après cette vision, le " droit musulman ", serait le fruit de la raison, une construction juridique des *mudjtahidun*, les " bâtisseurs " du *fikh*, qui auraient effectivement pris en considération un certain nombre de paramètres externes à la Révélation, afin de pouvoir édifier un droit solide, tout en s'assurant de le fonder sur le Coran et la *Sunna*, en conciliant les principes de l'Islam avec les conjonctures sociales de l'époque, afin de lui conférer toute la dimension religieuse nécessaire à sa légitimité.

En effet, certains cas de nécessité amenaient les *mudjtahidun* à s'écarter de la *'illa*, de la *ratio legis* déjà mise en évidence par de précédents *mudjtahidun*, ce qui conformément à la technique du *kiyas*, devait lier le jurisconsulte dans son raisonnement. Mais il arrivait à ce dernier de s'en éloigner et d'innover en matière juridique alors même que toute innovation, ou *bid'a*, est interdite d'après un *hadith* qui est néanmoins

---

<sup>211</sup>M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 65-80. M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 37-38. Y. BEN ACHOUR, *Islam et Constitution, R.T.D.*, 1974, p. 105-115. N. BOUDERBALA, *op. cit.*, p. 59-69. A. BOUDHIBA, *op. cit.*, p. 191-194. C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 33-47. J. CHELHOD, La place de la coutume dans le *fikh* primitif, *Studia Islamica*, LXIV, 1986, p. 19-38. M. FAHMY, *op. cit.* S. LAGHMANI, *op. cit.*, p.167-226. SCHACHT, *Introduction au droit musulman, op. cit.* " *Shari'a* ", *Encyclopédie de l'Islam, op. cit.*, édition 1934; " *Fikh* ", *E.I.*, 1977. M. EL SHAKANKIRI, Loi divine, loi humaine et Droit dans l'histoire juridique de l'Islam, *Bulletin du C.E.D.E.J.*, Le Caire, 10ème année, n°13, Déc. 1981, p. 5-29. G. TILLION, *Le harem et les cousins*, Editions du Seuil, Paris, 1966, p. 87-106.

tempéré par un autre *hadith* qui ferait la distinction entre les mauvaises et les bonnes innovations, ou *bid'a hassan*.<sup>212</sup>

Faudrait-il considérer que ce *hadith* a été compris de telle manière que l'on a mis en oeuvre la raison pour répondre à certains cas de nécessité en prenant en compte des éléments externes à la Révélation ? Nous pouvons répondre positivement si nous nous alignons sur l'explication de L. Milliot, pour qui le “ *principe de nécessité...rend licites les choses défendues* ”, où, à titre d'illustration, le meurtre serait admis en cas de légitime défense <sup>213</sup>.

En effet, certaines modalités de l'*idjtihad*, telles que la prise en compte de l'intérêt général, la *maslaha*, ou la préférence de certaines règles par rapport à d'autres, par la voie de l'*istihsan* ou l'*istislah*, sans omettre de citer le recours aux subterfuges, ou *hiyals*, ont permis de passer outre la méthode traditionnelle du *kiyas*, ou raisonnement analogique.

La tendance qui dénonce l'occultation de la raison et l'apport d'un ordre humain et terrestre dans la *Shari'a*, explique une telle attitude par l'évènement de la victoire des traditionnistes sur les rationalistes représentés par les mutazilins, qui furent présentés comme les plus grands mécréants.<sup>214</sup> D'après cette vision “ historique ”, le *fikh* serait par voie de conséquence un droit rationnel, fruit de l'*idjtihad*, et donc de la raison: le “ droit musulman ” serait ainsi “ *redevable à l'idjtihad de son existence même*”<sup>215</sup>.

Nous rejoignons les thèses de cette tendance pour qui le *fikh* n'aurait jamais vu le jour sans l'intervention du raisonnement sous toutes ses formes, des *mudjtahidun*, ce que nous avons tenté de démontrer dans notre première partie en mettant en valeur l'importance de l'*idjtihad* dans l'histoire de la formation du “ droit musulman ” ou *fikh*.

Certains auteurs sont allés jusqu'à démontrer que parmi les sources-fondements de la méthodologie de la théorie des *usul el fikh* que l'on retrouve dans la *Risala* de al-Shafi'i, le *kiyas* en

<sup>212</sup> EL-BOKHARI, *L'authentique Tradition musulmane, Choix de h'adiths traduits et présentés par G. H. BOUSQUET*, Sindbad, Paris, 1991, p. 41.

<sup>213</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p.119

<sup>214</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, Foi et Loi, op. cit.*, p. 169-180.

<sup>215</sup> Y. BEN ACHOUR, *Islam et Constitution, op. cit.*, p. 92

dernière position après le Coran, la *Sunna* et l'*idjma*, constituerait non seulement en réalité la première source du *fikh*, mais l'esprit de la méthode en serait également assimilable aux techniques dialecticiennes de la science du kalam appartenant aux rationalistes.<sup>216</sup>

Mais officiellement et théoriquement toutes les méthodes rationnelles introduites dans la *Shari'a* par la voie du *fikh*, ont été reléguées à un rang subsidiaire et inférieure, si elles n'ont été tout simplement niées<sup>217</sup>, et pour M. S. Al-Ashmawy, c'est "à tort"<sup>218</sup> que l'on appelle le *fikh*, la *Shari'a* islamique.

Outre l'intervention du raisonnement dans la *Shari'a*, le juriste, le *mudjtahid*, a introduit d'autres paramètres externes à la Révélation.

## **B - Les autres paramètres externes à la Révélation**

Ces éléments sont représentés par les pratiques et les coutumes préislamiques qui ont nécessairement été prises en compte par le *mudjtahid* afin de répondre à des situations concrètes, révélant par là l'existence d'impératifs sociaux dans la construction juridique islamique.

A titre d'illustration, alors que l'Islam préconise, le consentement au mariage pour les deux époux, les *fukaha(s)* ont réorganisé la pratique préislamique de la contrainte matrimoniale, le droit de *djabr*. Il en est de même pour la répudiation, qui représente un exemple d'innovation, de *bid'a*, qui fait l'objet d'une réglementation précise dans le Coran, et dont la mise en oeuvre fût facilitée aux hommes par les *fukaha(s)*.<sup>219</sup>

En effet, pour la prise en compte des intérêts des communautés nouvellement converties à l'Islam, les *ulama(s)*,

---

<sup>216</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 79. C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 38-40. S. LAGHMANI, *op. cit.*, p. 172

<sup>217</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 77-79. M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 37. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 25. S. LAGHMANI, *op. cit.*, p. 204-205

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 37

<sup>219</sup> A. DARGHOUTH MEDIMEGH, *op. cit.*, p. 39-45. M. FAHMY, *La condition de la femme dans l'Islam*, Allia, 1990, p. 115-138.

n'ont pas occulté les coutumes originellement établies. La prise en considération de ces coutumes constituera l'embryon du *fikh*, qui dirigera les *mudjtahidun* vers des directions, des jurisprudences, qui seront à la base des doctrines qui seront ultérieurement reconnues, par la voie de l'*idjma*, comme faisant partie de la *Shari'a*.<sup>220</sup>

Les études de certains auteurs, de la genèse du *fikh*, de ses prémices, dans lesquelles ils y auraient retrouvé, des “ coutumes de Mésopotamie, de Syrie et du Hijaz ”<sup>221</sup>, sont arrivés à la conclusion selon laquelle les origines du *fikh* sont terrestres et non divines.<sup>222</sup>

Concernant l'Afrique du nord, et en l'occurrence la Tunisie, serait également entré en ligne du compte dans la recherche de solutions juridiques, l'influence des coutumes patriarcales de l'Empire Romain<sup>223</sup>.

A l'appui de cette démonstration peut-on soutenir, à l'instar de C. Chehata, que l'explication de l'intégration, relativement aisée, du rite malikite en Afrique du nord résiderait dans la similitude des coutumes “ bédouines ” “ hijazienne ” de la région de Médine, avec celles des “ berbères ” du Maghreb?<sup>224</sup>

Ces argumentations qui étaient, somme toute, destinée à mettre en exergue l'importance des pratiques sociales dans la Loi Islamique, par rapport au message nouveau de l'Islam, faisaient valoir à cette occasion que le “ droit islamique ” est un droit “ positif ” et “ empirique ”.<sup>225</sup>

M. El Shakankiri, de son côté, insiste bien sur le fait que le *fikh* est une “ loi humaine ”, caractérisée par son positivisme et son empirisme, un élément “ profane ” qui se serait introduit dans

---

<sup>220</sup> L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 157

<sup>221</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 35

<sup>222</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 34-35. J. CHELHOD, *op. cit.*, p. 19-38. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>223</sup> E. BEN MILED, Etude comparative du statut sexuel des femmes dans le monde méditerranéen berbère et africain, *Revue Tunisienne des Sciences Sociales*, 1985, n°82-83, p. 75-103; Interrogation sur la vie sexuelle et amoureuse de nos aïeules, *Création, Liberté, Femmes en Méditerranée*, Actes du Colloque de Tabarka, 1992, CREDIF/L'Or du temps, Tunis, 1993, p. 125 et s. G. TILLION, *op. cit.*, qui démontre que le patriarcat existant sur les deux rives de la méditerranée, trouve son origine dans les coutumes romaines.

<sup>224</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 26

<sup>225</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 42-47. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 13.

l'espace sacré de la *Shari'a* " originelle ", le Coran et la *Sunna*, c'est-à-dire, la " *loi divine* ".<sup>226</sup>

D'après cette vision " historique ", le *fikh*, serait né de la nécessité de prendre en considération des contingences sociales et économiques d'un lieu et d'un contexte temporel spécifique.

Tous ces paramètres pris en compte, nous aboutissons à la conclusion qu'une partie de la *Shari'a*, représentée par le *fikh*, serait un droit humain, et par corrélation faillible comme l'homme, fruit de la raison, représentatif par conséquent d'un espace et d'un temps donnés, et pouvant de cette manière subir des changements.

Mais dans la mesure où les dispositions du *fikh* ont été fondées ultérieurement sur les données scripturaires, le Coran et la *Sunna*, d'après une méthode " *casuistique* " selon certains auteurs<sup>227</sup>, elles ne pouvaient que revêtir un caractère sacré et immuable aux yeux des croyants.

### **§ 3 - Conclusion sur les enjeux de la rupture des normes du C.S.P. avec le " *fikh* "**

Nous avons répondu plus haut ce que représentait la rupture du *fikh* vis à vis de l'orthodoxie, à savoir qu'il s'agissait d'une rupture avec l'Islam tout entier.

A l'appui des considérations historiques relatives à l'affrontement doctrinale entre les traditionnistes et les rationalistes représentés par les *mutazilin(s)*, un antagonisme qui " *se perpétue jusqu'à nos jours* "<sup>228</sup>, avec le traditionnisme qui continue à représenter l'orthodoxie actuelle, peut-on assimiler la rupture du C.S.P. avec le *fikh*, et non avec l'Islam, à une sorte de retour de la Raison, et d'une revanche des dialecticiens, sans porter l'étiquette de mécréant?<sup>229</sup>

<sup>226</sup> M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 18-20

<sup>227</sup> C. CHEHATA, *op. cit.*, p. 22. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>228</sup> M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>229</sup> N. BOUDERBALA, *op. cit.*, p. 64. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 26

Mais si l'on se range du côté de la vision " historique ", nous serions tenté de conclure que la rupture avec le *fikh*, correspondrait non seulement à une coupure avec une interprétation de l'Islam, mais avec un droit en étroite relation avec un milieu et un contexte temporel spécifiques, dont les modèles de vie seraient différents de ceux d'aujourd'hui. S'agit-il d'une rupture avec l'Islam dans la mesure, où certaines dispositions du *fikh*, ainsi que nous l'avons vu, seraient d'origines " humaine " et non divine?

Si l'on considère la *Shari'a* uniquement dans sa première définition incluant le Coran, puis la Tradition, et en faisant ainsi abstraction de cette construction juridique humaine, qui est le *fikh*, nous serions amené à considérer, que les normes novatrices demeurent fidèle à l'essence des textes sacrés ainsi que l'a démontré H. Bourguiba à travers ses discours.

H. Bourguiba, en revendiquant un *idjtihad* libre, similaire à celui pratiqué par les premiers *mudjtahidun*, il oppose son intervention, humaine et actuelle dans un champ sacré, contre une autre, humaine également mais ancienne, dont le résultat serait inadapté au présent.

Par la détention du pouvoir politique et en s'accaparant le pouvoir législatif à travers les préceptes de l'Islam, domaine réservé jusque là aux *ulama(s)* de la traditionnelle Zitouna, H. Bourguiba aurait ainsi réalisé la jonction entre l'esprit du mouvement réformateur de l'Islam et celui des réformes juridiques, en fondant les normes du C.S.P., sur l'Islam.

L'objectif visé par H. Bourguiba à travers ces normes novatrices était appuyé par une solide conviction de créer des conditions favorables pour atteindre une modernité et ce par une politique juridique volontariste ayant pour vocation de placer l'égalité entre les femmes et les hommes comme une des principales préoccupations et priorités en Tunisie.

Son intention reposait donc sur la modernisation de la société en démontrant que la religion islamique demeure adaptable en tout temps et en tout lieu. Car, si l'*idjtihad* permet au droit d'évoluer, ceci sous-tend que l'idée d'évolution est contenue dans le Coran ainsi que nous allons le voir.

## Chapitre 2: L' " idjtihad " : un paradigme de modernité en Islam?

L' *idjtihad* de H. Bourguiba et les enjeux d'une telle pratique par rapport au " droit musulman ", nous amènent à porter des considérations sur le recours à cette conception de la rationalité en tant que potentialité d'ouverture vers une nouvelle lecture de l'Islam.

Nous allons par conséquent démontrer dans ce dernier chapitre de notre étude, que la mise en oeuvre de l' *idjtihad* par H. Bourguiba nous permettrait d'entrevoir un paradigme de modernité propre à l'Islam. Et ce sera à travers la conception de H. Bourguiba de la modernité, et de son idée d'un paradigme conforme à sa politique d' "égalitarisation" des rapports hommes/femmes que nous engagerons nos analyses. Nous tacherons également de démontrer, au cours de ce chapitre, l'adéquation entre la volonté du législateur et la compréhension d'une telle ambition à travers une étude de la pratique judiciaire.

En faisant valoir l'existence du principe de l'évolution en Islam en se penchant sur des considérations relatives à la relation du temporel et du spirituel dans le message coranique, et en présentant la conception de la modernité de H. Bourguiba indissociable selon lui de la promotion du statut de la femme,

nous tenterons ainsi de mettre en avant les bases d'une dynamique endogène du féminisme en terre d'Islam.

### *Section 1 Le concept de l' " évolution " en Islam*

Le thème que l'on retrouve régulièrement dans les discours de H. Bourguiba, pour justifier sa politique, est celui de déployer un effort pour le progrès de la nation, d'agir pour une indispensable évolution du pays. Par le biais de la promotion du statut de la femme conforme à une conception moderne de l'Islam, sans laquelle aucune évolution est possible, H. Bourguiba défendra l'idée que la moitié de la nation doit jouer un rôle dans la construction du projet de société.

Par la voie de l'*idjtihad* H. Bourguiba aspirait à une amélioration de la société tunisienne, à une évolution dont le principe serait conforme à l'Islam: *" l'homme évolue, et cette évolution doit s'accompagner d'un effort. La notion de bien et de mal, proclamée dans le Livre sacré [...] évolue et se sublime avec le temps. Ce qui était juste il y a un siècle apparaît aujourd'hui comme injuste. Les définitions strictes et immuables méconnaissent une dimension essentielle des jugements de*

*valeur: la dimension du temps* ”<sup>230</sup>, déclarait l’ancien chef de l’Etat tunisien.

Afin de considérer cette “ dimension du temps ” dans l’Islam, il nous appartiendra de prime abord de considérer le concept d’évolution à travers le principe de l’abrogation inclus dans le Coran, et d’autre part de nous attacher à l’étude du champ d’application de ce principe.

### ***§1 Le concept de l’ “ évolution ” à travers les versets relatifs à l’abrogation ou “ naskh ”***<sup>231</sup>

Afin de justifier la mise en oeuvre de l’*idjtihad* qui a permis de poser les bases de l’adoption des normes relatives au mariage et au divorce, H. Bourguiba avançait l’argument suivant: “...les commandements religieux doivent être adaptés à l’évolution des structures sociales. Ainsi certains commandements ont-ils été proscrits puis abrogés. D’autres ont été introduits en fonction d’impératifs sociaux, montrant ainsi que le respect des principes n’empêche pas l’évolution ”<sup>232</sup>. Il fondait à cette occasion la légitimité du recours au principe de l’évolution, connu en Islam sous la forme de l’abrogation.

---

<sup>230</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1956-1957, Vol 2, op. cit.*, p. 124

<sup>231</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *L’islamisme contre l’Islam*, Editions la Découverte/Paris, Editions Al-Fikr/Le Caire, 1989, p. 35-40. J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 788. C. CHERFILS, *L’esprit de modernité dans le monothéisme islamique*, Abaad, St-Ouen, 1992, p. 54-56. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 37-40. Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 21. M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p.13.

<sup>232</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1966, op. cit.*, p. 119

Les regards profanes portés sur le Coran ont souvent tendu à la conclusion selon laquelle, le texte sacré renfermait des contradictions de par ses ambiguïtés et du principe du *naskh*, ou abrogation, qui y sont inclus.<sup>233</sup>

Il a été démontré que le Coran en venant parfaire les deux autres religions révélées préexistantes comprend également en lui, de par son existence même, le fondement de leur abrogation<sup>234</sup>. Mais notre propos n'étant pas là, nous allons voir que le Coran dispose en lui-même les éléments d'abrogation de ses propres versets et ce dans une certaine mesure.

C'est dans le verset 106 de la sourate 2, que nous retrouvons le principe de l'abrogation de certains versets, en ces termes: “ *Chaque fois que Nous abrogeons un verset ou que Nous le laissons tomber dans l'oubli, Nous en apportant un meilleur ou un verset pareil. Ne sais-tu point que Dieu est bien capable de toute chose?* ”<sup>235</sup>

Et le verset 101 de la sourate 16, de corroborer les signes cités ci-dessus: “ *Si Nous remplaçons un verset par un autre, et Dieu sait mieux que tous ce qu'Il fait descendre, ils disent: “ Tu n'es qu'un fabricant de mensonges ”. Mais la plupart d'entre eux ne savent plutôt rien.* ”<sup>236</sup>

Le Dr S. Kechrid démontre dans son commentaire du verset 106 de la sourate 2, qu'à travers l'exemple de l'interdiction du vin, réside l'essence même de la progression dans le temps des Paroles de Dieu dans le Coran<sup>237</sup>.

De même, pour M. S. Al-Ashmawy ces versets sous-tendent “ *une véritable loi d'évolution des normes, qui fait que le Législateur islamique est en réalité en perpétuel mouvement et qu'il est du devoir des musulmans de suivre constamment ce mouvement.* ”<sup>238</sup>

---

<sup>233</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 36

<sup>234</sup> C. CHERFILS, *op. cit.*, p. 55. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 37

<sup>235</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 21

<sup>236</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 359-360

<sup>237</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 21: l'auteur démontre en effet que Dieu à travers les versets relatifs à la consommation du vin a voulu procéder par étapes successives, Sachant que l'arrêt de la boisson ne peut se réaliser instantanément, mais progressivement.

<sup>238</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 39

Selon El Ghazâli, cité par B. S. Himmich, le principe de l'abrogation représenterait la manifestation de la miséricorde divine<sup>239</sup>. Dieu dans sa “ *Sagesse et ...Sa science infinies* ” ne fait-il donc pas valoir le principe d'évolution à travers l'abrogation de certains versets où un verset en abroge un autre, de la manière similaire qu'il a fait de l'humanité une humanité changeante et évolutive?<sup>240</sup>

Ces considérations nous ramènent à la nécessaire application de l'*idjtihad* par le croyant dans le dessein d'être en mesure de suivre l'évolution de l'humanité, tout en recherchant *al 'illa*, c'est-à-dire la raison d'être des versets: principe qui fût respecté jusqu'à la fermeture des portes par l'élaboration définitive de la doctrine du *fikh* ainsi que nous l'avons démontré antérieurement. Peut-on affirmer que les *fukaha(s)* aurait interprété la sourate 22, verset 52 où il est dit que “ ... *C'est alors que Dieu enlève toute valeur aux interprétations inspirées par le diable puis définit à jamais le vrai sens de Ses verset. Dieu est parfaitement sachant et sage*”<sup>241</sup>, dans un sens favorable à une “ dogmatisation ” de la jurisprudence, c'est-à-dire du *fikh*?

Il est à noter un certain paradoxe dans l'attitude de certains représentants d'une orthodoxie poussée, qui dans leur interprétation de ces versets cherchaient à en éliminer le principe d'évolution trop enclin, selon leurs convictions, à “ perturber ” la stabilité juridique tant exigée des traditionnistes.<sup>242</sup>

C'est la raison pour laquelle une nécessaire précision du champ d'application de ces versets doit être engagée.

## **§2 Le champ d'application du principe par la voie de l'“ *idjtihad* ”: la distinction “ *mu'amalat* ” et “ *ibadat* ”**

---

<sup>239</sup> Cité par B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 38

<sup>240</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 21

<sup>241</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 451

<sup>242</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 788. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 39

H. Bourguiba, en reprenant les propositions du Cheikh Abdelaziz Jaït, insiste sur le fait qu’*“ il faut considérer la substance et l’accident, l’essence et la contingence. ”*<sup>243</sup>

Une distinction a été opérée entre deux sortes de versets, les uns abrogeables et les autres non abrogeables d’après une interprétation *“ évolutionniste ”* du Coran, pour reprendre l’expression de J. Berques.<sup>244</sup> Opération de différenciation envisageable par le *“ principe du mouvement dans la structure de l’Islam...connu sous le nom de “ Idjtihad ”*<sup>245</sup>”.

Les premières, les *mu’amalat(s)* consacraient les relations entre les individus et les seconde les *ibadat(s)*, les rapports du croyant à Dieu. La remarque de M. S. Al-Ashmawy, nous paraît illustrer de manière synthétique notre pensée: *“ Si Dieu avait voulu laisser aux hommes une Loi définitive et intemporelle, les prescriptions relatives aux “ mu’âmalât ” suffiraient à remplir le Coran. mais dans sa grande Sagesse, Il a exprès laissé à la “ umma ” le soin de légiférer en faisant appel à la raison, en fonction des besoins du lieu et du moment. ”*<sup>246</sup>”. Il faut souligner que parmi les *mu’amalat(s)*, sont comprises les prescriptions relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial, ce qui nous amène à considérer leur possible abrogation<sup>247</sup>.

J. Berques appelle cette différenciation, la distinction entre *“ le principe et la conjoncture ”*, où dans les *ibadat(s)* renfermerait le principe représenté par l’absolu, la transcendance, et les *mu’amalat(s)* consacraient la circonstance, c’est-à-dire la temporalité<sup>248</sup>, où la prise en compte du contexte de la Révélation, ou *el asbâb al-nuzûl*<sup>249</sup>, constitue un enjeu fondamental dans la compréhension du message coranique. La mise en exergue de ces *asbab(s)*, des éléments de motivation de certains versets relatifs à une époque et une situation précises, donne une vision du message coranique adaptable en tout temps et en toutes

---

<sup>243</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1956-1957, Vol 2, op. cit.*, p. 123

<sup>244</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p.34-40. J. BERQUES, *op. cit.*,p. 789-791. C. CHERFILS, *op. cit.*, p. 56. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 38. Cf. Ouvrages de droit musulman, *op. cit.*

<sup>245</sup> M. IQBAL, *Reconstruire la pensée religieuse de l’Islam*, Traduction de Eva de Vitray-Meyerovitch, Editions du Rocher, Editions de l’Unesco, 1996, p. 149

<sup>246</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p.36

<sup>247</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, Sourate des femmes.

<sup>248</sup> J. BERQUES, *op. cit.*, p. 790

<sup>249</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 34. J. BERQUES, *op. cit.*, p. 791

circonstances, et ce par la prise en considération des particularités nouvelles à travers des versets “ *explicatifs* <sup>250</sup>” et énonciatifs de principes intangibles, et non conjoncturels.

B. S. Himmich précise en l’occurrence que le paramètre “ temps ” joue en faveur de l’abrogation,<sup>251</sup> corroborant ainsi les allégations suivantes de H. Bourguiba: “ *Les Prophètes, les jurisconsultes, ont toujours proclamé l’adaptation des principes qui sont à la base de ces enseignements sublimes aux nécessités du progrès à travers les générations. C’est pourquoi la théologie musulmane enseigne que “ l’Islam est valable en tout temps et en tout lieu.* ”<sup>252</sup>

C’est la raison pour laquelle il fera valoir que le statut des femmes, en tant que “ *moitié du peuple tunisien* ”<sup>253</sup>, doit faire l’objet d’une amélioration, et ce en faisant d’elle une personne majeure afin de pouvoir concevoir le changement de la société, en répondant, et éventuellement, en anticipant aux nouvelles conjonctures économiques et sociales, par la prise en considération d’une évolution introduite par l’Histoire.

Un objectif qui rejoint le principe selon lequel le champ d’application des *mu’amalat(s)* doit être rattaché aux circonstances de la Révélation qui nous sont enseignées par la voie des *hadith(s)*.<sup>254</sup> Les *mu’amalat(s)*, en arborant le caractère de prescriptions exclusivement juridiques, en nombre infime en outre dans le Coran par rapport aux *ibadat(s)*<sup>255</sup>, doivent être comprises, saisies relativement au contexte économique et social et par conséquent historique de la période préislamique de l’Arabie, lieu de la Révélation, en ce sens où elles ont été amenées à répondre de façon concordante aux attentes de l’époque avec néanmoins tout le caractère novateur apporté par l’Islam.

J. Berques dira: “ *c’est justement parce que la vérité révélée s’est traduite en conjonctions particulières dans la durée*

---

<sup>250</sup> B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 38

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 37

<sup>252</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1956-1957, Vol 2, op. cit.*, p. 124

<sup>253</sup> *Ibid.*, *Discours, année 1962, op. cit.*, p. 193

<sup>254</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p.35 et 77. J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 787 et 790.

<sup>255</sup> M. ARKOUN, *op. cit.*, p. 73, Cf. l’occultation de l’historicité par al-Shafi’i

*du monde, qu'elle manifeste son aptitude à valoir pour d'autres lieux, d'autres moments de cette durée.*<sup>256</sup>

Sinon comment justifier la volonté divine à légiférer de manière aussi précise en matière de mariage ou de succession, de même que les limites et les conditions de l'amélioration du statut de la femme ne constituent-elles pas une illustration de prise en compte des circonstances sociales existantes avant la Révélation?<sup>257</sup> L'évolution du statut de la femme avec l'arrivée de l'Islam est demeurée relativement parallèle aux circonstances de sa Révélation: l'amélioration de son statut se devait d'être progressif afin que les mentalités changent et acceptent une telle évolution.

T. El Haddad en avait fait la démonstration dans son ouvrage en faisant valoir l'aspect progressif de certains versets contenant des *mu'amalat(s)*. La femme n'ayant pas droit à la succession et pouvait faire l'objet même d'une succession, elle ne peut par conséquent selon ces versets ne jouir que de la moitié de la part de son frère<sup>258</sup>.

De même pour la polygynie, qui était illimitée, a été réduite à quatre épouses<sup>259</sup> avec néanmoins le respect de certaines conditions souvent ignorées, telle que celle de l'exigence du traitement équitable. La répudiation qui était libre quant à elle pendant la période préislamique, a fait l'objet d'une réglementation précise dans le Coran<sup>260</sup>, mais ainsi que nous l'avons étudié dans la genèse de la construction du *fikh*, les exigences de Dieu ont été passées outre.

Il appartient alors aux croyants par la voie de la raison, de l'*idjtihad*, de discerner parmi les versets, ceux renfermant en eux les principes fondamentaux d'un ordre général et éternel, tels que les impératifs de justice sociale et d'équité<sup>261</sup>, des versets à caractère juridique répondant à des questions précises qui peuvent être sujets à une remise en question.

---

<sup>256</sup> J. BERQUES, *op. cit.*, p. 791

<sup>257</sup> M. FAHMY, *La condition de la femme dans l'Islam*, Allia, 1990. A. DARGHOUTH MEDIMEGH, *op.cit.*, p. 13- 32.

<sup>258</sup> Sourate IV " Les Femmes", verset 11, Dr. S. KECHRID, 6ème édition, *op. cit.*, p. 67

<sup>259</sup> Sourate IV "Les Femmes", verset 3, *Ibid.*, p. 66

<sup>260</sup> Sourate II "La Vache", verset 227 et s., *Ibid.*, p. 32 et s.

<sup>261</sup> S. AL-MUNADJID, *Le concept de justice sociale en Islam*, Publisud, Paris, 1982, en co-édition O.P.U., Alger., (1er édition, Dar al-kitab al-Djadid, Beyrouth, 1969), p. 78-81.

En mettant en avant l'historicité du Coran, en réfutant toutes interprétations ahistoriques des versets contenant des *mu'âmalat(s)* avancées par les thèses des littéralistes d'hier et des fondamentalistes d'aujourd'hui, en suivant l'exemple des Compagnons et Suivants, nous demeurons respectueux et fidèles aux desseins de l'Islam.

Nous avons vu, en effet, au début de notre étude, la pratique de l'*idjtihad* des anciens, et nos précisions ici porteront sur les fondements de leur attitude, à savoir leurs considérations sur les circonstances de la Révélation.<sup>262</sup>

Parmi les Compagnons du Prophète qui représentent les meilleurs exemples de justice et d'équité, Omar et Abou Bakr, pratiquèrent l'*idjtihad* en abrogeant certains versets ou *hadith(s)* par la prise en considération, soit de circonstances particulières, soit d'un changement dans les conjonctures économiques et sociales.

Omar abrogea en effet le mariage temporaire, *mut'a*, ou de plaisir, où comme son nom l'indique représente une union à durée déterminée, le *Waqf*, l'ablation de la main pour vol durant une circonstance exceptionnelle telle que la disette, ainsi que les droits à l'aumône des tribus qui ont opté pour la foi islamique de façon tardive, alors qu'il s'agit de prescriptions expressément inscrites dans les versets du Coran. Omar connu comme un exemple d'impartialité, d'intégrité et de probité, ainsi que pour sa fidélité absolue à la *Shari'a*, pratiquait ainsi l'*idjtihad* dans le but de répondre à des impératifs de justice et d'équité.<sup>263</sup>

Abou Bakr en interprétant le verset 38 sourate XIII, où il est signifié que “ *Chaque échéance a son terme préécrit (ou: à chaque ère son Livre)* ”<sup>264</sup>, en “ *Pour tout Ecrit, un terme* ”<sup>265</sup>, fait valoir le principe de l'évolution de l'écriture. En outre, pour un savant contemporain, ce verset est susceptible de faire l'objet de

---

<sup>262</sup> H. AMDOUDI, *Les quatre califes*, Al Qalam éditions, Paris, 1993. M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p.12-13 et 39-40. J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 789. F. MERNISSI, *op. cit.*

<sup>263</sup> H. AMDOUDI, *op. cit.*, p. 216-217

<sup>264</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 328

<sup>265</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 789

trois autres compréhensions/interprétations, dont celle de Abou Bakr pourrait faire partie.<sup>266</sup>

L'objectif du législateur représente une mise en application du principe d'évolution à travers le principe d'égalité entre les hommes et les femmes,<sup>267</sup> dont l'intérêt principal était donc de " *Promouvoir la moitié du peuple tunisien...améliorer son sort et ... l'aider à jouer son rôle dans la société au même titre que l'homme* " <sup>268</sup>. Mais qu'en est-il du pouvoir judiciaire? Affirmez-vous, à l'instar du législateur, une volonté de considérer la femme comme l'égale de l'homme? Ces questions nous amènent à porter des considérations sur les différentes compréhensions de la notion du " temps ". En effet, la loi d'évolution intrinsèque du Coran nous amène à porter des considérations sur la relation de Dieu, l'éternité, avec le temps, représenté par l'individu, le croyant, à travers l'application de l'*idjtihad*, nécessairement humain.

---

<sup>266</sup> Pour le Dr. S. KECHRID, " *la fin de ce verset 38 peut en effet être interprétée de trois manières différentes. Ou bien c'est un ordre aux humains de mentionner par écrit les échéances de leurs dettes [...]. Ou bien cela proclame que chaque ère évolutive de l'humanité a eu son propre Livre selon le degré de son évolution mentale et sociale [qui correspond à l'interprétation de Abou Bakr]. On peut enfin interpréter ce verset de la façon suivante: " La fin de toute existence est déjà mentionnée dans un Livre immuable que seul Dieu connaît. Donc si l'on meurt on n'a fait qu'atteindre un terme déjà fixé à l'avance et que rien ne peut avancer ni reculer. C'est d'ailleurs de cette conviction des croyants que leur vient leur mépris de la mort et leur patience dans le combat, qu'on appelle à tort " fanatisme" .* op. cit., p. 328

<sup>267</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, op. cit.* A. BOUDHIBA, Le statut de la femme en Islam, *Raisons d'être*, Université de Tunis, Cérès, série sociologique n°5, Tunis 1980, p. 187-197. A. DARGHOUTH MEDIMEGH, *op. cit.*, p. 29-62. I. MARZOUKI, *Le mouvement des femmes en Tunisie au XX ème siècle - Féminisme et politique -*, Cérès Productions, Maisonneuve et Larose, Enjeux, Paris, 1993, p. 35-48 et p. 176-214.

<sup>268</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1962, op. cit.*, p. 193

## Section 2: Discussion à propos de la relation “ éternité - temps ” en Islam

Deux visions islamiques antagonistes veulent répondre aux contingences de l'Histoire, l'une dynamique, l'autre passéiste.

### *§1 Une vision dynamique de l'Islam*<sup>269</sup>

Pour H. Bourguiba, le mode de vie des croyants serait en totale rupture avec la spiritualité de l'Islam, où la jonction des mondes terrestre et spirituel ne pourrait être accomplie que par la conviction que la religion islamique comporte en elle, les éléments d'une évolution,<sup>270</sup> car “ *l'Islam [...] tourné vers la vie [...] lui emprunte son mouvement évolutif* ”<sup>271</sup>, de même que “ *la religion garde sa force indépendamment du temps et de l'espace*”,<sup>272</sup> et que “ *notre souci est de ressusciter les vérités religieuses, de rendre à la religion son dynamisme et de l'adapter aux réalités* ”<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> G. BALANDIER, Sur les modernités, Entretien, *Qantara - Cultures en mouvement* -, I. M. A., n° 14, 1995, p. 19-22. Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi*, op. cit., p. 196-227. J. BERQUES, *En relisant le Coran*, op. cit., p.786-791. M. CHELLI, L'Islam ou le temps démythifié, *Trois visions du temps*, Centurion, Paris, 1993, p. 110-161. M. CHERIF, *L'Islam à l'épreuve du temps*, Publisud, Paris, p. 9-50. M. IQBAL, *Reconstruire la pensée religieuse de l'Islam*, Editions du Rocher, Unesco, Paris, 1996, p. 147-180. A. LAMCHICHI, *Islam, islamisme et modernité*, L'Harmattan, Paris, 1984, p. F. MERNISSI, op. cit., p. 23-34. F. SCHUON, *Comprendre l'Islam*, Seuil, Paris, 1976, p. 53

<sup>270</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1962-1963, Vol 3*, op. cit., p. 67-72

<sup>271</sup> *Ibid.*, années 1963-1964, Vol 11, op. cit., p. 111

<sup>272</sup> *Ibid.*, année, 1966, Vol 15, op. cit., p. 120

<sup>273</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année, 1966, Vol 15*, op. cit., p. 121

## **A - La relativité dans le temps de certaines injonctions divines**

Ce qui a été vu précédemment, va nous conduire à envisager la question de la relativité dans le temps de certaines injonctions divines à caractère essentiellement juridique et du rapport de l'éternel avec le monde terrestre par l'entremise de l'*idjtihad*, avec l'ambition de dégager une philosophie dynamique de l'Islam.

Outre les versets sur l'abrogation, d'autres versets reflètent le dynamisme de l'Islam et son aptitude à traverser le temps, tel que le verset 49 de la sourate 10 où il est dit qu' "*A chaque nation un terme prédestiné* ", signifiant ainsi la reconnaissance du passage d'une étape à une autre dans la vie ainsi que la succession de périodes définies.<sup>274</sup>

Nous retrouvons cette idée de progrès et d'évolution également dans un extrait du verset 11 de la sourate 13 où il est dit en ces termes que "*Dieu ne change l'état d'un peuple que s'ils changent ce qu'il y a en eux-mêmes...*"<sup>275</sup>, ce qui implique une nécessaire entremise du croyant dans la réalisation de la concordance entre la volonté divine et la réalisation des projets de vie terrestre.

## **B - L'intervention du croyant dans l'harmonisation de deux catégories indissociables: temporelle et spirituelle**

Selon la conviction de H. Bourguiba, "*la Nation musulmane idéale doit être caractérisée par l'équilibre entre le spirituel et le temporel...[afin d']... édifier une société fondée sur la justice et sur le bien, et aspirant au bonheur dans ce monde*

---

<sup>274</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 274

<sup>275</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 322. M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 79-80

*comme dans l'autre* ”<sup>276</sup>, et non entre la “ tradition ” et la “ modernité ”.

Dans le Coran le rapport avec le temps serait indissociable du rapport avec l'espace c'est-à-dire du topos: à chaque lieu correspond une époque déterminée et réciproquement.<sup>277</sup> Suivant les passages du Coran, nous sommes soit en présence d'une énumération d'obligations ou de droits précis, soit devant une énonciation de principes intangibles: l'absolu et la temporalité sont donc combinés pour former un ensemble, l'un éternel, et l'autre évolutif conformément aux principes fondamentaux du premier.

Ce caractère indissociable des deux catégories de paroles divines révèle toute la spécificité de l'Islam par rapport aux deux autres religions monothéistes, où il existe une intime articulation du temporel et du spirituel, qui a fait l'objet d'une séparation dans le Christianisme, consacrant ainsi “ *l'ordonnement idéal du terrestre et du céleste* ”<sup>278</sup>.

Pour M. Chelli, Dieu en étant unique maître du temps, consacre l'éternité du message coranique où l'homme dans son humilité doit se soumettre à cette temporalité posée par l'éternité: “ *le passé ne peut faire bon ménage avec le présent qu'à la condition de perdre sa tonalité propre et d'être reconstitué en fonction du présent* ”<sup>279</sup>. Et, F. Mernissi de corroborer ces allégations en citant M. Jaberi: “ *pour lire le texte ancien, nous dit Jaberi, il faut être enraciné dans le présent* ”.<sup>280</sup>

Le temps ainsi, n'a aucun sens pour Allah, il n'existerait que par rapport à la conscience et la subjectivité de l'être humain: en demeurant hors du temps le message islamique, qui ne peut faire l'objet d'une abrogation dans sa très grande majorité, s'associe à la temporalité de l'humain, afin de lui apporter les réponses nécessaires à sa vie terrestre.<sup>281</sup>

Cette thèse nous conduit à considérer la signification de la fermeture des portes de l'*idjtihad*: les hommes auraient-ils tenté

---

<sup>276</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, année 1965, op. cit.*, p. 59

<sup>277</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 787

<sup>278</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, p. 227

<sup>279</sup> M. CHELLI, *op. cit.*, p. 125

<sup>280</sup> F. MERNISSI, *op. cit.*, p. 29

<sup>281</sup> M. CHELLI, *op. cit.*, p. 148

de concurrencer la parole divine, en maîtrisant le temps, en contrôlant les marques de la temporalité caractérisée par l'évolution, ou la " révolution " des astres? N'est-ce pas une manière de confectionner un point de repère artificiel en contradiction avec l'éternité du temps qui passe? La perfection de l'essence divine ne subit-elle pas un affront, lorsque l'on vient prétendre que les *fukaha(s)* ont réalisé la construction d'un droit parfait pour l'éternité?

La jonction entre Dieu et l'Homme, telle qu'elle doit s'opérer dans l'Islam, est la jonction entre le spirituel et le temporel, où le croyant a le devoir de réaliser la communication entre " *le temps et l'intemporel* ".<sup>282</sup> Considérée sous cet angle la confusion du temporel et du spirituel, loin de constituer un obstacle à la modernité, est " *tel un objet qui se déplace, évolue, change de structures et d'aspect mais garde en lui sa même essence, la même valeur spirituelle qui lui permet justement d'avancer* " rapporte M. Cherif.<sup>283</sup>

### C - La question de la " laïcité "

Nous avons évoqué plus haut que les normes novatrices du C.S.P. en rompant avec le *fikh* ont été perçues comme une amorce vers la laïcité, où le législateur en introduisant des éléments d'un espace dit " profane " cherchait à induire une séparation du temporel avec le spirituel.

En se penchant sur la terminologie de la notion de laïcité, nous apercevons qu'elle est née au XIIIe siècle, et provient du latin ecclésiastique, *laïcus*, ayant pour sens de " appartient au peuple " par opposition au domaine du clergé, et revêtant ainsi une connotation péjorative d'après cette institution.<sup>284</sup>

Nous attarder sur les circonstances de la séparation de l'Eglise et de l'Etat en Occident chrétien, nous éloignerait de

---

<sup>282</sup> J. BERQUES, *En relisant le Coran, op. cit.*, p. 787. M. CHELLI, *op. cit.*, p. 155. F. SHUON, *Comprendre l'Islam*, Seuil, Paris, 1976, p. 13.

<sup>283</sup> M. CHERIF, *op. cit.*, p. 10

<sup>284</sup> O. BLOCH - W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, P.U.F., Paris, 1994, p. 358.

notre propos. Nous allons en outre, porter des considérations sur les éventuelles possibilités ou incompatibilités de transposition de la notion de laïcité en Islam, afin de révéler le propre de cette religion, par la mise en valeur de son caractère évolutif.

Le Christianisme comportait en lui les conditions favorables à une mise en forme de la laïcité, où dès les origines on prenait garde de “ rendre à César ce qui appartient à César ”, et en consacrant par la suite la séparation du spirituel représentée par l’Eglise et son clergé, du temporel représenté par un pouvoir politique défini et différencié du premier. L’Homme confirmera cette distinction de manière définitive par la création de l’Etat et de son gouvernement représentatif du peuple, sanctionnant ainsi une organisation politique où le domaine du sacré et du profane sont distincts. Un tel schéma est inadéquat en Islam car les deux champs sont censés être intimement liés de manière harmonieuse par l’entremise du croyant.

Par ailleurs, certains auteurs<sup>285</sup> soutiennent la thèse de A. Abderazziq, qui dans son ouvrage, “ *L’Islam et les fondements du pouvoir*”<sup>286</sup>, une enquête sur le *Khalifa* et le gouvernement en Islam, paru en 1925, démontre qu’en Islam, l’organisation du pouvoir politique est intrinsèquement distincte de la communication entre le Croyant et Dieu. Il démontre ainsi, que le pouvoir politique des Ommeyyades et des Abassides, s’est servi de la religion pour asseoir son autorité. Pour lui le Coran et les *hadith(s)*, ne contiendraient pas des dispositions relatives à l’organisation du pouvoir: les représentants du pouvoir politique sont nullement les représentants de Dieu, leur fonction étant essentiellement terrestre. Il a également opéré la distinction du pouvoir religieux et pouvoir politique en la personne du Prophète, ce qui lui a valu une désapprobation générale. Leur pouvoir politique est donc empirique et non religieux, ainsi que cela est précisé dans le Coran dans le verset 79 de la sourate 3, en ces termes: “ *il n’appartient nullement à un être humain qui a reçu de Dieu le Livre, la sagesse et la prophétie de dire ensuite aux gens: “ soyez adorateurs de ma personne à l’exclusion de*

---

<sup>285</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 18-29. Y. BEN ACHOUR, *Islam et Constitution, op. cit.*, p. 80 et s.

<sup>286</sup> A. ABDERRAZIQ, *L’Islam et les fondements du pouvoir*, éditions la découverte/cedej, Paris, 1994.

Dieu ” mais plutôt: “ *Soyez divins pour avoir enseigné le Livre et pour l’avoir étudié* ”<sup>287</sup>.

Et pour le Prophète les versets 21 et 22 de la sourate 88, Dieu ne s’adresse-t-il pas à lui en ces termes: “ *Lance donc le Rappel: tu n’es là que celui qui rappelle(21)tu n’es pas pour eux celui qui régit(22)* ”<sup>288</sup>, ou d’après une autre traduction, “ *Rappelle car tu n’es là que pour rappeler(21) Tu n’as sur eux aucun pouvoir despotique(22)* ”<sup>289</sup>, paroles, on ne peut plus explicites quant à la différenciation du pouvoir religieux et du pouvoir politique. En conclusion, s’agirait-il de la présentation d’une autre conception de la “ laïcité ”?

Alors quel rapport entre modernité et laïcité en Terre d’Islam, ou alors faudrait-il mieux parler de rapport entre modernité et principe d’évolution propre à l’Islam?<sup>290</sup>

Cette question relève de la terminologie, car laïcité ou sécularisation se rapportent à un contexte socio-historique bien défini, et qu’il faudrait éviter de transposer afin de rendre à l’Islam sa réalité avec les termes appropriés.<sup>291</sup>

#### **D - La modernité de l’Islam réside dans sa possibilité d’adaptation au changement**

Dans cet optique, toute évolution, tout changement devrait être pris en compte afin de demeurer dans la spiritualité de l’Islam. Si pour G. Balandier, “ *la modernité, c’est le mouvement plus l’incertitude...[et]...l’Homme est acteur de sa propre histoire* ”<sup>292</sup>, avec par conséquent une remise en question du tout pour répondre à des contingences bien définies, l’Islam serait-il moderne, dans la mesure où une telle remise en cause n’est envisageable que par l’entremise de la pensée, de la raison humaine, et donc de l’*idjtihad*?

<sup>287</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 75.

<sup>288</sup> J. BERQUES, *op. cit.*, p. 677.

<sup>289</sup> Dr. S. KECHRID, *op. cit.*, p. 805

<sup>290</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, p. 214

<sup>291</sup> A. CHARFI, La sécularisation dans l’Islam, *Revue Islamo-Christiana*, N°8, 1982, Rome, p. 57-67

<sup>292</sup> G. BALANDIER, *op. cit.*, p. 19

En induisant par ailleurs un parallélisme entre la suppression du droit de *djabr* et l'instauration de la majorité légale, H. Bourguiba a compris la nécessité de mettre en oeuvre de nouvelles institutions pour atteindre le changement. En effet, la limite d'âge au mariage étant de 17 ans pour la jeune fille, pour H. Bourguiba, celle qui a atteint la majorité légale, 20 ans, n'a pas besoin du consentement de ses parents ou de son tuteur pour se marier, car “ *dépassé cet âge, la femme non mariée ne doit pas rester une éternelle mineure.* ”<sup>293</sup> La limitation d'âge au mariage permettrait ainsi aux femmes de poursuivre des études et par corrélation de travailler au même titre que les hommes. Un tel objectif ne rejoint-il pas la philosophie islamique de la complémentarité des hommes et des femmes dans la vie, ainsi que nous l'avons démontré plus haut à travers la thèse de A. Boudhiba?

Pour G. Balandier, Ibn Rush est fondateur d'une pensée moderne arabo-musulmane: ne faudrait-il pas dire le précurseur de la pensée réformatrice contemporaine?<sup>294</sup> L'apport de Ibn Rushd, se situerait dans la pensée arabo-musulmane “ *par ses positions sur les questions de la prédestination, du libre arbitre et de sa responsabilité, du principe de causalité et de la nature, du rapport entre révélation et loi de la raison* ”, rapporte Y. Ben Achour.<sup>295</sup> A l'appui des positions d'Ibn Rushd, nous sommes tenté de soutenir que la politique volontariste de H. Bourguiba, à travers son *idjtihad*, est destinée à lutter contre le dogme orthodoxe de la prédestination, en valorisant le rôle de la femme dans la société.

A l'intérieur de cette vision dynamique de l'Islam, réside la distinction fondamentale entre la “ *forme* ” et le “ *fond* ” du message coranique, c'est-à-dire séparer la spiritualité des circonstances dans lesquelles la religion a été révélée, ainsi que de sa “ *manifestation dans l'Histoire à travers le khalifa* ”, précise M. S. Al-Ashmawy.<sup>296</sup> Une différenciation inconnue ou ignorée par la vision passéiste des thèses conservatrices de certains fondamentalistes.

---

<sup>293</sup> H. BOURGUIBA, *Discours, années 1956-1957, op. cit.*, p. 132 et *année 1968*, p. 192 sur le consentement au mariage.

<sup>294</sup> G. BALANDIER, *op. cit.*, p. 21

<sup>295</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, op. cit.*, p. 196

<sup>296</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.* p. 19

En effet, M. S. Al-Ashmawy opère une distinction entre deux formes de fondamentalisme: le premier qui repose sur la vision dynamique de l’Islam ainsi que nous venons de le voir, qu’il nomme “ *rationaliste et spiritualiste* ”, et le second que nous allons étudier, qui se présente sous les formes d’un fondamentalisme “ *activiste et politique* ”.<sup>297</sup>

## §2 *La vision passéiste du concept “ temps ”*<sup>298</sup>

Alors que nous venons de présenter une esquisse d’une vision moderne de l’Islam, dans le sens de la prise en compte du paramètre “ temps ” par le croyant, nous nous retrouvons confronté devant d’autres interprétations de l’Islam où la considération de la temporalité est autre. Thèses, qui en faisant l’objet d’une consécration régulière par la jurisprudence tunisienne, posent celle-ci en totale contradiction avec l’objectif d’évolution du législateur.

### A - Les thèses passéistes

Ces tendances revendiquent un attachement farouche à une certaine authenticité de l’Islam et un retour aux sources, tout en

---

<sup>297</sup> *Ibid*, p. 76

<sup>298</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.* M. R. BEN HAMMED, Laïcité et fondamentalisme en Tunisie, *R.T.D.*, 1985, p. 103-142. M. IQBAL, *op. cit.*, p. 153-154. G. KEPEL, La prédication du cheikh Kichk, *Le Prophète et Pharaon - Aux sources des mouvements islamistes*, Seuil, Paris, 1993 (1ère édition, Découverte, 1984), p. 185-205. A. LAMCHICHI, *Islam et contestation au maghreb*, L’harmattan, Paris, 1989, p. 21-69; *Islam, islamisme et modernité*, *op. cit.* . A. MERAD, *op. cit.* p. 19-33

adoptant une attitude de rejet de l'occidentalisation: c'est ce que B. Badie appellera le " *revivalisme islamique* ".<sup>299</sup>

A. Lamchichi, divisera ces courants de pensée religieuse en quatre catégories<sup>300</sup>:

- le " traditionalisme " manifestant un certain attachement à la Tradition, rejoignant d'une certaine manière la tendance traditionniste d'antan.

- le " fondamentalisme " s'inspirant du mouvement réformiste de l'Islam des *Salafiyya(s)*, pour un retour à la pureté originelle, *Salaf* étant le nom de pieux anciens.

- l'" intégrisme " qui rejettent l'Islam " officiel " <sup>301</sup> et défend une lecture passéiste et rigide du Coran.

- l'" islamisme " dont la vocation principale est d'instaurer un régime politique à l'image de l'Iran de Khomeyni tout en se fondant sur les thèses des *Salafiyyas*.

Le point de rencontre que l'on peut retenir de ces mouvements est la rigidité de la considération du changement, de l'évolution du monde, voire de la négation même du temps.

En Tunisie, cette tendance passéiste s'est manifestée (ou se manifeste toujours), à travers le mouvement des " frères musulmans ", apparue dans les années 1970, en évoluant sous les noms de " Mouvement de la Tendance Islamique " (M.T.I.), et finalement de " *Nahdha* ". Vers les années 1984-85, ils montreront du doigt le C.S.P., et militeront pour l'abrogation des normes favorables au statut de la femme, attitude qui sera rapidement condamnée par le pouvoir politique.<sup>302</sup>

En outre, à l'intérieur de la classification que nous venons de considérer, nous pouvons retenir une tendance des *Salafiyya(s)* dont les courants d'idées donneront naissance à une conception plus ouverte de la notion du " retour aux sources ", à un mouvement réformiste de l'autre *Nahdha* qui admet les

---

<sup>299</sup> B. BADIE, *L'Etat importé - L'occidentalisation de l'ordre politique*, Fayard, Paris, 1994.

<sup>300</sup> A. LAMCHICHI, *Islam et contestation au maghreb*, op. cit., p. 49

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> R. BEN HAMMED, *Laïcité et fondamentalisme en Tunisie*, op. cit. p. 134 et s. C. JOLLY, Du M.T.I. à la *Nahdha*, *Les Cahiers de l'Orient*, 2ème trimestre 1995, n°38, p. 19 et s.

changements d'ordre technologique et social induits par l'influence occidentale, revêtant ainsi une forme de " fondamentalisme " rationnel, sur lequel nous n'allons pas revenir.

L'autre conception du " retour aux sources " des premiers *Salafiyya(s)*, inspirés de Ibn Taymiya, dont l'instigateur sera Mohamed Ibn 'Abd al-Whahhab qui donnera naissance au XVIIIe siècle au premier mouvement fondamentaliste contemporain portant le nom de " Whahhabisme ", dont la prise de position reposait sur l'autorité absolue du Coran et de la *Sunna*.<sup>303</sup> Parmi les *Salafiyya(s)* nous avons également Jamal Ed-dine El Afghani qui marquait son opposition à la place de la femme dans les rangs du pouvoir politique.<sup>304</sup>

La limite avec les penseurs réformistes modernes se situe dans cette déclaration de M. Iqbal, penseur fondamentaliste: " ...si nous ne pouvons apporter aucune contribution originale à la pensée générale de l'Islam nous pouvons, grâce à un sain criticisme conservateur, servir au moins à freiner le rapide mouvement libéral dans le monde de l'Islam " <sup>305</sup>: il s'agissait déjà de réagir au courant du " libéralisme arabe ", qui faisait l'apologie de l'Occident.<sup>306</sup> En remontant aux conceptions des littéralistes et des traditionnistes, ou des " gardiens " des portes de l'*idjtihad*, nous saisissons les origines doctrinales d'une telle vision. En effet, plusieurs auteurs y voient un parallélisme ou une perpétuation de l'antagonisme entre rationalistes et traditionnistes des premiers siècles de l'Islam dans la lutte pour le pouvoir politique et faire prévaloir une unique interprétation de l'Islam, avec le conflit actuel mené par les fondamentalistes.<sup>307</sup>

La conception du " retour aux sources " des fondamentalistes consiste en l'application du Coran et de la *Sunna* à la lettre, dans l'objectif de reproduire l'organisation juridique et politique de la *Umma* islamique telle qu'elle se présentait aux premiers siècles de l'Islam avant les formations scolastiques: c'est en ce sens que les réformateurs fustigent le

---

<sup>303</sup> A. MERAD, *op. cit.*, p. 20

<sup>304</sup> F. MERNISSI, *op. cit.*, p. 31 . A. LAMCHICHI, *Islam, islamisme et modernité, op. cit.*, p. 23.

<sup>305</sup> M. IQBAL, *op. cit.*, p. 154

<sup>306</sup> A. LAMCHICHI, *Islam, islamisme et modernité, op. cit.*, p. 28

<sup>307</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 26-27. Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi, et loi, op. cit.*, p. 227-244. N. BOUDERBALA, *op. cit.*, p. 60. SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 29.

règne du *taqlid*. Une position qui rejoint somme toute celle des hambalites qui réfutaient toute interprétation des sources scripturaires en optant pour une application pure et simple de la lettre, récusant ainsi le recours à toute forme d'*idjtihad*.<sup>308</sup>

Dans cette optique les fondamentalistes favorisent la forme au fond du message divin et de la Tradition du Prophète: pour eux il s'agit " *d'islamiser la modernité* " <sup>309</sup> sans se préoccuper de reconsidérer la philosophie de l'islam à la lumière des temps nouveaux, mais de faire adapter leur vision à la modernité visée comme étant essentiellement occidentale<sup>310</sup>. Ils ne considèrent pas que la modernité ne peut être atteinte, pour revenir à G. Balandier que par la reconnaissance du changement et de la prise en charge du mouvement, par la raison et l'action ensuite.

Avec la naissance du mouvement fondamentaliste c'est la controverse sur la prédestination qui refait surface, où les détenteurs du pouvoir politique et aspirants à ce pouvoir font valoir l'irresponsabilité de l'être humain de ses actes, la totale volonté divine, la logique de la " *normativité islamique* " <sup>311</sup>, et la " *préservation de l'unité de la pensée* " <sup>312</sup>. Ils reprennent, de même, paradoxalement à leur compte la règle du *fikh*, qui s'est imposé avec le courant littéraliste, défendant le principe selon lequel le sens général d'un verset doit l'emporter sur les circonstances de sa révélation.<sup>313</sup>

La terminologie usitée de " *passéistes* " est justifiée par une nostalgie d'un passé, manifestée par une volonté de reproduire la Cité musulmane idéale qui existait avant la fermeture des portes de l'*idjtihad*, où une organisation politique et sociale ferait de la conception de la fusion du temporel et du spirituel un ensemble rigide, sans possibilité d'évolution de l'esprit par rapport au monde matériel, manifestant ainsi selon A. Boudhiba un " *refus de modernité* " <sup>314</sup> constant.

Les thèses *passéistes* refusent de prendre en compte l'historicité du Coran faisant valoir l'impiété d'une telle attitude

---

<sup>308</sup> A. LAMCHICHI, *Islam, islamisme et modernité, op. cit.*, p.30

<sup>309</sup> *Ibid.*, p.32

<sup>310</sup> *Ibid.*, p.140-141

<sup>311</sup> Y. BEN ACHOUR, *Normes, foi, et loi, op. cit.*, p. 243

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 244

<sup>313</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 35 et 77

<sup>314</sup> A. BOUDHIBA, *op. cit.*, p. 194

car l'on pratiquerait ainsi une désacralisation du texte sacré: “ *les prédicateurs extrémistes reprennent à leur compte le principe de l'exégèse littéraliste pour isoler des versets de leur contexte et leur donner, dans leurs slogans politiques, une portée générale qu'ils n'ont pas* ”<sup>315</sup>. Le “ retour aux sources ”, ici c'est le “ *retour en arrière* ”<sup>316</sup>. Pour G. Balandier, ils sont “ *en porte à faux avec la modernité* ”, car ils “ *introduisent nécessairement une négation de l'Histoire* ”.<sup>317</sup>

Il s'agit donc d'une obsession des musulmans du passé <sup>318</sup> distincte de l'autre vision progressiste, pour qui l'exemple des anciens devrait représenter une inspiration endogène pour la construction de l'avenir et non une imitation systématique de la forme.

Dans cette optique, les considérations portées plus haut sur les possibilités d'abrogation actuelles du Coran ou de la *Sunna* seront considérées comme des preuves d'infidélité à l'Islam.<sup>319</sup>

La lutte contre les thèses fondamentalistes est également un combat pour la réouverture des portes de l'*idjtihad* et ce dans tous les domaines et perpétuellement. Combat qui peut être consacré par les juges s'ils ne rejoignent pas eux-mêmes les thèses passéistes.

## **B - Une certaine pratique jurisprudentielle rejoint les thèses passéistes**

Alors que la volonté du législateur tunisien tendait, et tend toujours, à encourager la pratique de l'*idjtihad* en matière de jurisprudence afin d'atteindre une modernité à caractère endogène, les juges ont eu l'occasion de manifester une attitude antagoniste, et ce exclusivement en matière du statut de la femme, dans le sens où elle rejoindrait les visions passéistes des

---

<sup>315</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 36

<sup>316</sup> De LAGRANGE, *op. cit.*, p. 11

<sup>317</sup> G. BALANDIER, *op. cit.*, p. 22

<sup>318</sup> F. MERNISSI, *op. cit.*, p. 23-34

<sup>319</sup> M. S. AL-ASHMAWY, *op. cit.*, p. 39. B. S. HIMMICH, *op. cit.*, p. 39.

fondamentalistes, et non conforme par conséquent à l'esprit dominant du Code du Statut Personnel.

Le premier exemple en date, est celui de l'arrêt *Hourria*, de 1966, où en l'espèce une musulmane en épousant un non-musulman s'est vue opposer l'annulation de son mariage pour apostasie, et interdire la succession de sa mère.

Une des principales difficultés était de définir le sens de la terminologie employée dans le C.S.P. à propos des empêchements à mariage.<sup>320</sup> En effet le terme employé en arabe pour désigner ces empêchements est “ *shari'ia* ”, c'est-à-dire charaïque, et non par “ *qanounia* ” qui fait référence à la conception occidentale de la norme<sup>321</sup>: le problème posé était de savoir si par cette expression il fallait entendre, par empêchements “ légaux ” ou “ religieux ”. Si le juge se réfère aux interdictions “ légales ” à mariage il fera appel à l'énoncé du C.S.P. qui énumère une série d'empêchements, mais en revanche s'il entend par “ *shari'ia* ” les obstacles religieux il s'attachera aux stipulations du *fikh* qui proscrivent le mariage d'une musulmane avec un non-musulman.

La jurisprudence donnée opta pour la deuxième interprétation. Que renferme une telle attitude, alors même ainsi que nous l'avons étudié plus haut la volonté du fondateur du C.S.P. tendait à la rupture avec le *fikh*?

Au lieu de s'attacher à l'esprit du C.S.P., qui se veut une illustration de la réforme de la pensée musulmane, par la voie de l'*idjtihad*, le juge “ greffe ” d'une certaine manière les solutions du *fikh* malikite ou hanafite, donnant ainsi l'image d'un juge optant pour une position passéiste, alignée aux thèses fondamentalistes. Une telle jurisprudence va à l'encontre de la volonté du législateur qui poursuivait l'objectif d'assurer plus d'égalité entre l'homme et la femme, bien que pour une certaine tendance cet objectif de statut juridique égalitaire n'a pas encore

---

<sup>320</sup> S. BOURAOUI, Ordre masculin et fait féminin, *Tunisie au présent une modernité au dessus de tout soupçon*, C.N.R.S. A. DARGHOUTH MEDIMEGH, *op. cit.*, p. 58-61. E. G. DE LAGRANGE, Le législateur tunisien et ses interprètes, *R.T.D.*, 1968, p. 11-24. A. MEZGHANI, Réflexions sur les relations du C.S.P. avec le droit musulman classique, *R.T.D.*, 1975, p. 53-81. K. MEZIOU, Législation comparée: Tunisie, Mariage, Filiation, Droit comparé, Notarial Formulaire, *Jurisclasseur*, 1988, p. 8-9.

<sup>321</sup> A. DARGHOUTH MEDIMEGH, *op. cit.* p. 59

été atteint<sup>322</sup>, et d'encourager les juges à pratiquer l'*idjtihad* dans leur jugement et non à appliquer purement et simplement les dispositions du *fikh*.

Pour E. G. De Lagrange, il aurait été préférable que les magistrats suivent un modèle de la " Grande Tradition " juridique où les premiers juristes pratiquaient l'*idjtihad* afin de trouver des solutions adéquates conformément à l'esprit du Coran et de la *Sunna*, procédant ainsi à un véritable retour aux sources. Car en effet, en appliquant le *fikh* il ne font que reproduire le schéma de l'attitude du *muqallid*: l'*idjtihad* se doit d'être le " principe d'évolution dans l'intérêt social ".<sup>323</sup>

Une tendance donc condamne cette attitude des juges qui confèrent au *fikh*, un caractère subsidiaire au C.S.P.<sup>324</sup>

Un autre exemple, en 1987, relatif à la violence conjugale, où la Cour d'Appel de Tunis déclare " *que les violences légères à l'encontre de l'épouse sont permises à l'époux dans le cadre de son droit à correction et de ce fait ne constitue pas " un tort ouvrant droit au divorce pour faute "*"<sup>325</sup>, confirme ainsi des thèses islamistes inhumaines.

Mais la politique juridique du successeur de H. Bourguiba ne corrobore pas les pratiques judiciaires.

La poursuite de la politique de H. Bourguiba par le Président actuel Z. Ben Ali, a été consacrée par la ratification à la " Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ", en 1992, ainsi que par l'adoption en 1993 de réformes qui vont dans le sens d'un progrès en matière d'égalité entre l'homme et la femme au sein du mariage, et ce à travers un principe de réciprocité et de solidarité.<sup>326</sup>

---

<sup>322</sup> S. BOURAOUI, *Ordre masculin et fait féminin*, op. cit.

<sup>323</sup> E. G. DE LAGRANGE, op. cit., p. 20

<sup>324</sup> S. BOURAOUI, op. cit., A. DARGHOUTH MEDIMEGH, op. cit. E. G. DE LAGRANGE, op. cit., p. 22. A. MEZGHANI, op. cit., p. 69.

<sup>325</sup> Cité par A. DARGHOUTH MEDIMEGH, op. cit. p. 60.

<sup>326</sup> La femme en Tunisie, *Convention sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes*, Rapport Initial et Périodique de la Tunisie, 1993. *Statut juridique de la femme, Réformes 1993*, Centre de Recherches, d'Études de Documentation et d'Information sur la Femme (CREDIF), Ministère de la Femme et de la Famille, République Tunisienne.

Il réside dans la politique juridique de Z. Ben Ali une volonté de demeurer dans la continuité de H. Bourguiba en encourageant la recherche de “ l’équilibre entre la tradition et la modernité ” faisant valoir l’attachement aux valeurs fondamentales de l’Islam et contrecarrant ainsi les thèses extrémistes et conservatrices du mouvement des “ frères musulmans ”.

## **CONCLUSION**

La méthode de l’*idjtihad*, largement usitée aux premiers temps de la civilisation musulmane par les savants en matière religieuse, était destinée à donner aux membres de la *Umma Islamia*, la Communauté Islamique, des réponses juridiques

précises relatives à leur comportement individuel et social à adopter conformément au Coran et la *Sunna*, les faits et paroles du Prophète et Messenger Mohamed, et ce jusqu'à son interdiction au Xe siècle. Le dessein de notre étude a été de démontrer qu'une telle dynamique peut renaître aujourd'hui par une relecture de l'Islam et des grands principes que nous avons tenté de mettre en évidence, et ce par une volonté humaine de rouvrir les portes de l'*idjtihad*.

La réouverture des portes de l'*idjtihad*, représente non seulement la possibilité pour le droit d'évoluer à l'intérieur de l'Islam mais par corrélation et parallèlement de conférer à cette religion toute l'énergie qui la sous-tend. Les points de rencontre entre la pratique des anciens et l'*idjtihad* de H. Bourguiba, que l'on pourrait appeler des " invariants ", se retrouvent dans la rationalité de la méthode, de la prise en compte des comportements sociaux et de son évolution dans le temps et du caractère interprétatif du message de l'Islam: il a ainsi rompu avec des éléments essentiellement humains et non divins. En rompant ainsi avec une interprétation de l'Islam H. Bourguiba démontre ainsi que la scolastique n'a plus le monopole de la réflexion, et qu'il est temps pour les Musulmans et les Musulmanes de considérer leur situation, et d'être responsables de leur présent et de leur avenir en maîtrisant leur passé.

Mais ne faudrait-il pas admettre après considération que le démantèlement de l'Université El Zitouna par H. Bourguiba, dès son arrivée au pouvoir, considérée comme le symbole de l'ankylose doctrinale, a été une erreur? En effet, n'est ce pas dans cet antre qu'apparaissaient les prémices d'une réforme de l'Islam? T. El Haddad et autres étudiants de l'Université n'ont-ils pas fait partie de cette génération zitounienne qui militaient pour le changement? N'aurait-il pas mieux valu conférer à la Zitouna tout le mérite auquel elle a droit, pour avoir été le lieu en Tunisie, de la première pensée réformatrice?

Les pays d'Afrique du nord, où les préceptes de l'Islam transportés par des éléments de la culture d'Arabie, sont venus rejoindre les coutumes locales pour se réunir et donner naissance à un ensemble de valeurs dites " arabo-musulmanes ", ont rencontré les composantes de la civilisation occidentale, d'abord

par le biais des relations commerciales entre l'empire Ottoman et l'Europe, puis à travers la colonisation française.

Depuis l'indépendance, et jusqu'à nos jours, la Tunisie, à l'instar des autres pays du Maghreb, est demeurée sous influence occidentale, tant sur le plan de l'organisation économique, sociale, politique et juridique, où les nouvelles technologies ont été mises en oeuvre pour l'installation d'infrastructures modernes, que sur le plan linguistique et vestimentaire, où " *les moeurs - c'est-à-dire le goût, le décor, l'habit, les modes alimentaires, l'architecture - en réalité, se sont laissés envahir par les modes de l'Occident* ".<sup>327</sup>

La rencontre des éléments de culture précoloniale, que l'on pourrait qualifier d'" endogènes ", avec les valeurs occidentales, quant à elles " exogènes ", ont créé au sein de la société tunisienne des incertitudes au niveau de la compréhension de certains repères, révélant un certain " *anomie* "<sup>328</sup>, où la remise constante du statut de la femme en reflète les ambivalences les plus symboliques. La dichotomie " endogène "/" exogène ", a été comprise dans le sens d'une antinomie entre la " tradition " et la " modernité ".

Le mouvement des " Frères Musulmans " qui sévit en Afrique du Nord, et notamment en Tunisie, est la manifestation directe de la recherche d'une identité perdue, où dans leurs discours, la femme, la première visée, est considérée représentante et garante de cette " tradition " que l'on veut défendre contre la " modernisation " occidentale.

Le regard occidental porté sur le statut de la femme en Terre d'Islam, depuis la colonisation jusqu'à nos jours, revêt un caractère accusateur, voire dénonciateur, en direction de l'Islam, où dans sa Loi, la *Shari'a*, l'infériorité de la femme par rapport à l'homme serait littéralement inscrite.<sup>329</sup>

Cependant, le combat des mouvements féministes amorcé dans les années vingt, en Tunisie, s'est inscrit dès le départ dans le cadre du respect de l'Islam, qui n'est pas visé en tant que cause

<sup>327</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, op. cit., p. 124

<sup>328</sup> Y. BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, op. cit., p. 184-186; *Droit et environnement politique*, op. cit., p. 40

<sup>329</sup> M. FAHMY, *La condition de la femme dans l'Islam*, Allia, 1990, p. 9-22. J. MINCES, *La femme voilée - l'Islam au féminin*, Calmann-Lévy, 1990.

de la condition de la femme, mais au contraire comme levier de sa promotion, de l'amélioration de son statut.<sup>330</sup> Aujourd'hui encore, la lutte des femmes maghrébines, s'engage dans la démonstration de la manipulation de l'Islam par les hommes au détriment de la femme.<sup>331</sup>

Parallèlement à leurs revendications pour une évolution plus favorable de leur statut, les femmes s'engageaient aux côtés des hommes pour la libération du pays, et pendant la lutte contre le Protectorat en Tunisie, un des principaux meneurs de la révolte anti-coloniale, H. Bourguiba appelait à la conservation du voile des femmes dans le but de manifester et de revendiquer une " nationalité " à travers des repères culturels.

Le projet de société idéal selon nous reposerait dans la recherche du juste milieu, ainsi que l'enseigne l'Islam, entre le traditionalisme et l'occidentalisation. Aujourd'hui, l'objectif de la recherche ne repose-t-il pas sur la réalisation de la " *conciliation d'une tradition vivante et d'une modernité originale et comme recherche de solutions endogènes à la vie* " <sup>332</sup>, en ouvrant largement les battants des portes de l'*idjtihad*? Et pour atteindre un tel projet il faut espérer un changement de mentalité.

Il nous appartient à l'avenir de comprendre les raisons profondes des réticences sociales devant le changement, afin de pouvoir concevoir un projet de société, et ce par le biais d'une étude des comportements des hommes et des femmes à travers leurs coutumes et habitudes. En l'occurrence en Tunisie, il serait intéressant dans une recherche ultérieure de procéder à une sorte d'étude comparative entre les pratiques de la société et les normes du C.S.P. relatives à la formation et à la dissolution du lien matrimonial, afin de mesurer le degré d'acculturation juridique de la collectivité.

---

<sup>330</sup> S. BAKALTI, *La femme tunisienne au temps de la colonisation 1881-1956*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 69-88. A. GHANMI, *Le mouvement féministe tunisien*, Chama Editions, Tunis, 1993, p. 96. I. MARZOUKI, *Le mouvement des femmes en Tunisie au XX ème siècle*, Cérès Productions, Maisonneuve et Larose, 1993, p. 9-84.

<sup>331</sup> F. AÏT SABBAH, *La femme dans l'inconscient musulman*, Albin Michel, Paris, 1996. F. MERNISSI, *Le harem politique - Le Prophète et les femmes -*, Editions complexes, Bruxelles, 1992.

<sup>332</sup> A. LAMCHICHI, *Islam, islamisme et modernité, op. cit.*, p. 28



# **TABLE DES MATIERES**

**Remerciements**

**Avant-propos**

**INTRODUCTION**

**PARTIE I - LE RETOUR AUX SOURCES DE L'ISLAM**

**Chapitre 1 - Le retour aux Paroles sacrées de l'Islam**

**Section 1 - Le Coran**

§1 - L'incitation à l'effort de raisonnement

§2 - La justice et l'équité envers la femme

**Section 2 - La Tradition du Prophète: la Sunna**

§1 - “ On ne jugera des actions que selon les intentions ”

§2 - La pratique de l' “ idjtihad ” du Prophète

**Chapitre 2 - La pratique des anciens: l'évolution de la conception orthodoxe de l' “ idjtihad ”**

**Section 1 - Les formes de l' “ idjtihad ”**

§1 - Le “ Ra'y ”

§2 - Du “ Ra'y ” au “ Kiyas ”

§3 - “ Istihsan ” et “ Istislah ”

§4 - *L'évolution dès la fin du IIIe siècle de l'Hégire: vers la fermeture des portes de l' " idjtihad "*

Section 2 - Les raisons de la fermeture des portes de l' " idjtihad "

**Chapitre 3 - L'évolution de l' " idjtihad " et de la " Shari'a " après la fermeture des portes**

Section 1 - Les controverses relatives à l'évolution du statut de " mudjtahid " et de la question de la fermeture des portes de l' " idjtihad "

§1 - *Les classifications orthodoxes des " mudjtahidun "*

§2 - *Critique de la classification pour l'affirmation d'un " mudjtahid " libre*

Section 2 - L'évolution ultérieure de la Shari'a et sa pratique

**PARTIE II - VERS UNE NOUVELLE LECTURE DE L'ISLAM ?**

**Chapitre 1 - Les normes novatrices du C.S.P.: fruits de l' " idjtihad "**

Section 1 - L' " idjtihad " nouveau et libre de H. Bourguiba

§1 - *Les inspirateurs de H. Bourguiba*

§2 - *La continuité avec l' " idjtihad " de H. Bourguiba*

Section 2 - Les enjeux de la rupture avec la Shari'a, ou Loi Islamique

*§1 - La rupture d'après la vision orthodoxe*

A - Définition de la *Shari'a*

1 - Origine et évolution de la *Shari'a*

2 - Le dogme de la *Shari'a*: le  
“ volontarisme divin ”

B - “ *Le statut de la raison dans le “ fikh ”* ”

*§2 - La rupture avec un droit humain, d'après une  
vision “ historique ” de la Loi Islamique*

A - Le *fikh*, un droit rationnel

B - Les autres paramètres externes à la  
Révélation

*§3 - Conclusion sur les enjeux de la rupture des  
normes du C.S.P. avec le “ fikh ”*

**Chapitre 2 - L'“ idjtihad ”: un paradigme de modernité en  
islam?**

Section 1 - Le concept de l'“ évolution ” en Islam

*§1 - Le concept de l'“ évolution ” à travers les  
versets relatifs à l'abrogation ou “ naskh ”*

*§2 - Le champ d'application du principe par la voie  
de l'“ idjtihad ”: la distinction “ mu'amalat ” et “ ibadat ”*

Section 2 - Discussion à propos de la relation “ éternité -  
temps ” en Islam

*§1 - Une vision dynamique de l'Islam*

A - La relativité dans le temps de certaines  
injonctions divines

B - L'intervention du croyant dans l'harmonisation de deux catégories indissociables: temporelle et spirituelle

C - La question de la " laïcité "

D - La modernité de l'Islam réside dans sa possibilité d'adaptation au changement

*§2 - La vision passéiste du concept " temps "*

A - Les thèses passéistes

B - Une certaine pratique jurisprudentielle rejoint les thèses passéistes

**CONCLUSION**

**TABLE DES MATIERES**

**BIBLIOGRAPHIE**

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **TRADUCTIONS DU CORAN**

- BERQUES Jacques, *Le Coran*, Essai de traduction, Albin Michel, Paris, 1995.
- Dr. KECHRID Salah ed-dine, *al - Qur'an al - Karim, Initiation à l'interprétation objective du texte intraductible du Saint Coran, traduction et notes*, Dar El-Gharb El-Islam, Beyrouth-Liban, 3ème Edition, 1404 - 1984
- D. MASSON, *Essai d'interprétation du CORAN inimitable*, traduction revue par Dr. S. EL - SALEH, Gallimard, 1980.

### **OUVRAGES DE DROIT**

- CHARFI Mohamed, *Introduction à l'étude du droit*, Publications scientifiques tunisiennes, Tunis, nouvelle édition, 1990.
- CHEHATA Chafik, *Etudes de Droit Musulman, Introduction générale*, Préface de M. Alliot, P.U.F., Paris, 1971, p. 11-47.

- COULSON Noël J., *Histoire du Droit Islamique*, P.U.F., Paris, 1995.
- R. JAMBU-MERLIN, *Le Droit privé en Tunisie*, L.G.D.J., 1960, Paris, p. 233-283.
- MILLIOT Louis, François Paul BLANCS, *Introduction à l'Etude du Droit Musulman*, Sirey, Paris, Nouvelle Edition, 1987.
- O. PESLE, *Les fondements du droit musulman*, Casablanca. p. 106-134.
- SCHACHT Joseph, *Introduction au Droit musulman*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1983.

### **OUVRAGES GENERAUX**

- AÏT SABBAH Fatna, *La femme dans l'inconscient musulman*, Albin Michel, Paris, 1996.
- AL-ASHMAWY Muhammad Saïd, *L'islamisme contre l'Islam*, Editions la Découverte/Paris, Editions Al-Fikr/Le Caire, 1989.
- BAKALTI Souad, *La femme tunisienne au temps de la colonisation 1881-1956*, L'Harmattan, Paris, 1996.
- BEN ACHOUR Yadh, *Normes, Foi et Loi*, Cérès Production, Tunis, 1992.
- BEN ACHOUR Yadh, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, Cérès Production, Cerp, Tunis, 1992.
- BEN MUSTAPHA Ahmed, *L'égalité entre l'homme et la femme dans le C.S.P.*, Mémoire, D.E.S Droit privé, Tunis, 1977.
- BERQUES Jacques, *En relisant le Coran, Le Coran, Essai de Traduction*, Albin Michel, Paris, 1995, p. 711 et s.

- EL-BOKHARI, *L'authentique Tradition musulmane, choix de h'adîths traduits et présentés par G.H. Bousquet*, Sindbad, Paris, 1991.
- BOORMANS Maurice, *Statut personnel au Maghreb depuis 1940 à nos jours*, Mouton, Paris, 1977.
- Chikh BOUAMRANE et GARDET Louis, *Panorama de la pensée islamique*, Sindbad, Paris, 1984.
- Chikh BOUAMRANE, *Le problème de la liberté humaine dans la pensée musulmane: la solution Mu'tazilite*, Librairie philosophique Vrin, Paris, 1978, p. 67 à 74.
- BOUDHIBA Abdelwahab, *La sexualité en Islam*, P.U.F., Paris, 1982.
- BOUSQUET G.H., *L'Ethique sexuelle de l'Islam*, Desclée de Brouwer, Paris.
- CHERIF Mustapha, *L'Islam à l'épreuve du temps*, Publisud, Paris, p. 9-50.
- CHERFILS Christian, *L'esprit de modernité dans le monothéisme islamique*, Publication du centre Abaab, Saint-Ouen, 1992.
- CHERIF Mustapha, *L'Islam à l'épreuve du temps*, Publisud, Paris, p. 9-50.
- DARGOUTH MEDIMEGH Aziza, *Droits et vécu de la femme en Tunisie*, l'Hermès-Idilis, 1992.
- FAHMY Mansour, *La condition de la femme dans l'Islam*, Allia, 1990.
- GHARIANI-BELHASSEN, *Le mariage en droit interne tunisien entre le passé et le présent*, Mémoire histoire du Droit, Paris II, 1981.

- HIMMICH Ben Salem, *De la formation idéologique en Islam - Ijtihâdât et Histoire*, Editions Anthropos, Paris, 1980.
- IQBAL Mohammed, *Reconstruire la pensée religieuse de l'Islam*, Editions du Rocher, Unesco, Paris, 1996
- KAROUI Naïma, *Changement social et condition de la femme en Tunisie*, Thèse, Paris, 1976.
- LAMCHICHI Abderrahim, *Islam et contestation au maghreb*, L'harmattan, Paris, 1989, p. 21-69.
- LAMCHICHI Abderrahim, *Islam, islamisme et modernité*, L'Harmattan, Paris, 1994.
- LAGHMANI Slim, *Eléments d'histoire de la philosophie du droit, le discours fondateur du droit, tome I, La Nature, la Révélation et le Droit, " Le Discours fondateur de l'Islam classique "*, Cérés Productions, Tunis, 1993, p.167-226.
- MARZOUKI Ilhem, *Le mouvement des femmes en Tunisie au XXème siècle*, Cérés Productions, Maisonneuve et Larose, Paris, 1993, p. 9-84.
- MERAD Ali, *L'Islam contemporain*, Que sais-je?, P.U.F, Paris, 1984.
- MERNISSI Fatima, *Le harem politique - Le Prophète et les femmes*, Editions complexes, Bruxelles, 1992.
- MINCES Juliette, *La femme voilée - l'Islam au féminin*, Calmann-Lévy, Paris, 1990.
- AL-MUNADJDJID Salah ed-dine, *Le concept de justice sociale en Islam*, Publisud, Paris, 1982, en co-édition O.P.U., Alger., (1er édition, Dar al-kitab al-Djadid, Beyrouth, 1969).
- SHUON Frithjof, *Comprendre l'Islam*, Editions du Seuil, Paris, 1976.
- TILLION Germaine, *Le harem et les cousins*, Editions du Seuil, Paris, 1966.

## **ARTICLES**

**Encyclopédie de l'Islam** (Leyde E.J. Brill, Paris, G.B. Maisonneuve et Larose S.A.)

- SCHACHT Joseph:

- “ *Shari'a* ”, Tome IV, 1934, p. 331-336

- “ *Taklid* ”, Tome III, 1936, p. 661-662

**Nouvelle Encyclopédie de l'Islam** (Leyde E.J. Brill, Paris, G.B. Maisonneuve et Larose S.A.)

- SCHACHT Joseph:

- “ *Idjtihad* ”, Tome III, 1977, p. 1052-1053

- “ *Nikah* ”, Tome VIII, 1995, p. 26-29

- I. GOLDIZER - J. SCHACHT:

- “ *Fikh* ”, Tome II, 1975, p. 906-912

**Dictionnaire encyclopédique de l'Islam** (Cyril Glassé, Bordas, Paris 1991)

“ *Idjtihad* ”, “ *Istihsan* ”, “ *Istislah* ”

**Revue Tunisienne de Droit**

- DE LAGRANGE E.G. Le législateur tunisien et ses interprètes, 1968, p. 12 et s.

- CHARFI Mohamed, Le droit tunisien de la famille entre Islam et Modernité, 1973, p. 11 et s.

- BEN ACHOUR Yadh, Islam et Constitution, 1974, p. 77 et s.

- MEZGHANI Ali, Réflexions sur les relations du Code du Statut Personnel avec le droit musulman classique, 1975, p. 53 et s.

- MEZIOU Kelthoum, Féminisme et Islam dans la réforme du C.S.P. du 18 février 1981, 1984, p. 253 et s.

- BEN HAMMED Mohamed Ridha, Laïcité et fondamentalisme en Tunisie, 1985, p. 103 et s.

- BEN ACHOUR-DEROUICHE Sana, Etats non sécularisés, laïcité et droits des femmes, 1993, p. 297 et s.

### **Revue Tunisienne des Sciences Sociales**

- BEN MILED Emna, Etude comparative du statut sexuel des femmes dans le monde méditerranéen berbère et africain, 1985, n°82-83, p. 75 et s.

- RJEB Souad, Le divorce d'après le vécu des femmes tunisiennes cadres, 1986, n° 84-87, p. 277 et s.

### **Jurisclasseur**

- MEZIOU Kelthoum, Législation comparée, Tunisie, mariage, filiation, Facicule 1, 1988, p. 6 et s.

**Studia Islamica** (Maisonneuve et Larose)

- CHELHOD Joseph, La place de la coutume dans le *fikh* primitif, LXIV, 1986, p. 19 et s.

- HALLAQ Waël B., On the origins of the controversy about the existence of mujtahids ans the gate of ijtiḥad, LXIII, 1986, p. 129 et s.

**Revue Islamo-Christiana**

- CHARFI Abdelmejid, La sécularisation dans l’Islam, n°8, 1982, Rome, p. 57 et s.

**Bulletin du C.E.D.E.J.**

- EL SHAKANKIRI Mohamed, Loi divine, loi humaine et Droit dans l’histoire juridique de l’Islam, Le Caire, 10ème année, n°13, Déc. 1981, p. 5 et s.

**Revue Juridique, Politique et Economique du Maroc**

- BOUDERBALA Nagib, La loi musulmane et le changement social, n°8, 2ème semaine, 1980, p. 59 et s.

**Estratto dal “ Digesto ”**

- ALUFFI BECK PECCOZ Roberta, *Mugtahid*, IV Edizione, vol. XI Civile, Torino, 1995, p. 3 et s.

**International Journal of Middle East Studies**

- HALLAQ Waël B., Was the gate of ijtiḥad closed ? Cambridge University Press, Vol 16, 1984, p. 3 et s.

**Revue Qantara - Culture en mouvement**

- BALANDIER George, Les modernités, entretien, n°14, janv.fév.mars 1995, p. 19-22

### Extraits d'ouvrages

- *L'Ijtihad et le Renouveau, (dans la législation islamique)*, Comité de professeurs, Société tunisienne de diffusion, Tunis, 1975, p.31-32 et p. 94-95, En arabe.

- ARKOUN Mohamed, Le concept de raison islamique, *Pour une critique de la raison islamique*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1984, p.74 et s.

- BEN MILED Emna, Interrogation sur la vie sexuelle et amoureuse de nos aïeulles, *Création, Liberté, Femmes en Méditerranée*, Colloque de Tabarka, 1992, CREDIF/L'Or du temps, Tunis, 1993, p. 125 et s.

- BONTEMS Claude, Les rêveries utopiques du juge colonial, *Le juge une figure d'autorité*, Actes du colloque des 24-25-26/11/1994, L'Harmattan, Paris, p. 537 et s.

- BOUDHIBA Abdelwahab, Le statut de la femme en Islam, *Raisons d'être*, Université de Tunis, Cérès, série sociologique, Tunis, 1980, p.188 et s.

- BOURAOUI Soukeïna, Ordre masculin et fait féminin, *Tunisie au présent: une modernité au-dessus de tout soupçon*, Ouvrage collectif, C.N.R.S.

- CHELLI Moncef, L'Islam ou le temps démystifié, *Trois visions du Temps*, Edition Centurion (Le chêne de Mambré, trois voix monothéistes), Paris, 1993, p. 110 et s.

- KEPEL Gilles, La prédication du cheikh Kichk, *Le Prophète et Pharaon - Aux sources des mouvements islamistes*, Seuil, Paris, 1993 (1ère édition, Découverte, 1984), p. 185 et s.

- MEZIOU Kelthoum, Pérennité de l’Islam dans le droit tunisien de la famille, *Le Statut Personnel des Musulmans*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 247 et s.

- Actes du colloque des 10-11-12 / 12 / 1987, *Droit et Environnement social au Maghreb*, Edition du CNRS, Paris, Fondation du Roi Abdul-Aziz al Saoud pour les études islamiques, Casablanca:

\* BEN ACHOUR Yadh, Droit et environnement politique, p. 39-61

\* NACIRI Khalid, L’ambivalence juridique des institutions politiques maghrébines, p. 63-75

\* HENRY Jean Robert, La redécouverte du droit comme enjeu politique et culturel et comme objet sociologique, p. 171-177

\* MEZGHANI Ali, Droit et évolution des structures socio-économiques (quelques remarques à partir de l’expérience tunisienne), p. 217-235

\* MOULAY R’CHID Ali, Le droit de la famille entre la politique de l’Etat et le changement social, p. 237-255.

### DOCUMENTS

- Habib BOURGUIBA, *Discours de 1956 à 1976* (Extraits relatifs à l’*idjtihad*, l’Islam et la femme), Publication du Secrétariat d’Etat à l’Information, Tunis, 1975-1981.

- Tahar EL HADDAD, Notre femme dans la loi et la société, *M. Borrman, Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, I.P.O., 1979

- Code du Statut Personnel, République Tunisienne, Edition 1994.

- *La justice, 10 ans après*, Publication du Secrétariat d'Etat à la Justice, Tunis, 1966, p. 175-181.

- La femme en Tunisie, *Convention sur l'Elimination de toutes les Formes de Discrimination à l'Egard des Femmes*, Rapport Initial et Périodique de la Tunisie, 1993.

- *Statut juridique de la femme, Réformes 1993*, Centre de Recherches, d'Etudes de Documentation et d'Information sur la Femme (CREDIF), Ministère de la Femme et de la Famille, République Tunisienne.



**Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

**Erreur ! Source du renvoi introuvable.**