musawah
KNOWLEDGE BUILDING BRIEFS — 02

DROIT MUSULMAN DE LA FAMILLE : Pourquoi la réforme est-elle possible ?

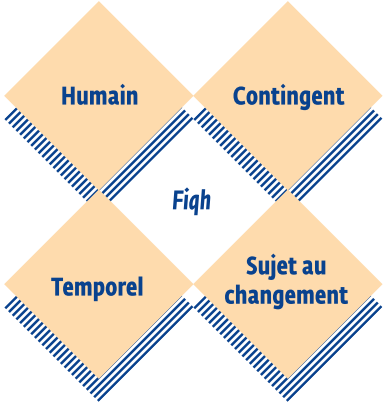
À mesure que les affaires humaines changent et évoluent, les lois et les normes sociales qui façonnent les relations familiales doivent elles aussi être ajustées et affinées pour refléter ces changements. La plupart des lois contemporaines de la famille musulmane sont basées sur un cadre juridique vieux de plusieurs siècles (*fiqh*) qui ne correspond plus aux réalités musulmanes de notre époque. La réforme de la législation est une façon d'aborder les changements sociaux et économiques, et d'assurer la compatibilité de nos systèmes juridiques avec les besoins réels des individus et des familles aujourd'hui.

La réforme se heurte souvent à la résistance au prétexte que les lois de la famille musulmane sont divines et ne sont donc pas ouvertes au changement. Mais en réalité, le changement et la réforme sont inhérents à la tradition juridique musulmane. La théorie juridique islamique regorge de concepts et outils continuellement utilisés dans le passé et qui peuvent ouvrir la voie à un droit de la famille correspondant davantage aux réalités musulmanes contemporaines, ainsi qu'aux notions modernes de justice qui, dans le courant du XXe siècle, en sont venues à inclure l'égalité entre les sexes.

Usul al-fiqh (principes de jurisprudence) est la méthodologie éthico-légale développée pendant la période formative de la pensée islamique (de la mort du Prophète en 632 à 950 de l'ère chrétienne), pour extraire des lois des sources sacrées de l'islam.

Voici de brèves explications de quelques concepts clés de cette méthodologie et de leurs utilisations en guise d'outils de réforme.

Charî'a versus *Fiqh*

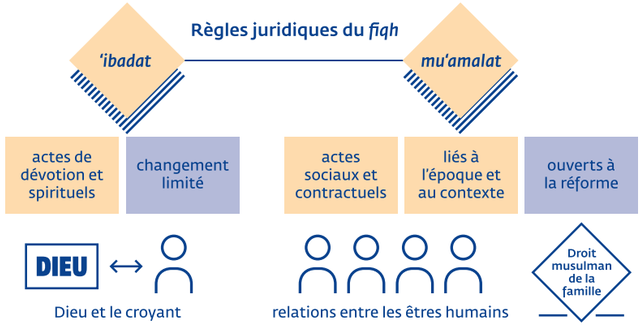


La *charî'a* est la totalité des valeurs religieuses que Dieu a révélées au Prophète Mohammed (pbsl) pour guider les êtres humains vers la vérité et la justice. Le *fiqh* est le processus par lequel les êtres humains s'efforcent de déceler les termes de la *charî'a* des sources sacrées de l'islam – le Coran et les sunnas (les paroles et les actes du Prophète) – et d'extraire des règles juridiques (*ahkam*) de ces sources.

La *charî'a* est la totalité des valeurs et principes religieux pouvant guider la vie des musulmans. Elle est divine et éternelle. Par opposition, le *fiqh* est le processus par lequel les êtres humains s'efforcent de dériver des règles juridiques concrètes de la *charî'a*. Comme tout autre système de jurisprudence, le *fiqh* est humain, contingent, temporel et donc sujet au changement.

'Ibadat versus *Mu'amalat*

Les savants musulmans ont divisé les règles juridiques (*ahkam*) du *fiqh* en deux grandes catégories : *'ibadat* (actes de dévotion et spirituels) et *mu'amalat* (actes sociaux et contractuels). Les règles de la première catégorie (*'ibadat*) régissent les relations entre Dieu et le croyant, et laissent donc peu de marge pour le changement. Les règles de la deuxième catégorie (*mu'amalat*) régissent les relations entre les êtres humains et sont donc ouvertes à la réforme depuis toujours, en fonction des changements d'époque, de contextes et de circonstances.



Le droit musulman de la famille relève de la catégorie des *mu'amalat*. Ces règles sociales et contractuelles sont liées à l'époque et au contexte ; elles peuvent et doivent donc changer en fonction des réalités changeantes de temps et de lieu, ainsi que des exigences de justice.

Ijtihad

L'*ijtihad* (littéralement effort) est le processus qui consiste à s'efforcer au mieux de déduire de nouvelles lois ou des solutions juridiques inédites pour des cas sans précédent. Traditionnellement, le droit d'*ijtihad* était réservé aux savants religieux et considéré comme un art qui nécessitait seulement de solides connaissances du Coran et des *sunnas* ainsi que des compétences pour appliquer les critères en vue de déduire les règles des textes. Plus tard cependant, des savants comme Shatibi ont estimé qu'une connaissance approfondie des réalités vécues – que les savants religieux ne possèdent généralement pas – était nécessaire pour l'*ijtihad*. Dans ce sens, l'*ijtihad* requiert l'implication de toute une série de personnes qui possèdent des connaissances au sujet des règles juridiques que les savants musulmans tentent de déduire des textes sacrés de l'islam.

L'*ijtihad* désigne les efforts humains pour comprendre et interpréter la *charî'a* et déduire les règles qui offrent des solutions à des problèmes existants et émergents.

Darurah

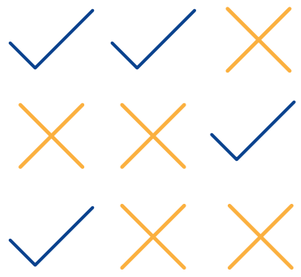
Dans la jurisprudence islamique, le *darurah* (littéralement nécessité impérative) est une situation où quelqu'un est forcé de faire quelque chose ou est en état de besoin vital, ce qui permet à cette personne de déroger à ou de s'écarter de la règle d'origine. Ce principe est régi par deux grandes maximes juridiques : 'la nécessité rend l'illégalité légale' ('*Ad-daruratu tubihu al-mahzurat*') et 'la nécessité se mesure à l'aune de ses vraies proportions' ('*Ad-daruratu tuqdaru bi qadriha*'). Ce principe est dérivé du verset 173 de la sourate 2 *al-Baqarah* : 'Certes, il vous interdit la chair d'une bête morte (sans égorgement), le sang, la viande de porc et ce sur quoi on a invoqué un autre qu'Allah. Il n'y a pas de péché sur celui qui est contraint sans toutefois abuser ni transgresser, car Allah est pardonneur et miséricordieux.'

Le *darurah* est un principe important qui reconnaît les situations nouvelles et urgentes et autorise une flexibilité juridique en vue d'éviter un préjudice grave.

Ikhtilaf

L'*ikhtilaf* désigne le désaccord juridique et la divergence d'opinions ou de vues. D'après une parole du Prophète Mohammed (pbsl), la divergence d'opinion dans la communauté (musulmane) est une bénédiction pour les gens ('*ikhtilaf uummati rahmatun li al-nas*'). Dans la jurisprudence islamique (*fiqh*), l'*ikhtilaf al-fuqaha* (désaccord entre les juristes) est une source opulente pour comprendre l'évolution de la tradition juridique musulmane ; il a toujours été valorisé et respecté.

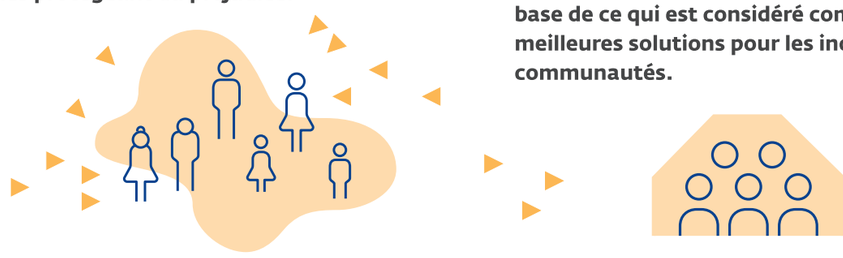
L'*ikhtilaf*, désaccord ou divergence d'opinions, est un concept fondamental de la tradition juridique musulmane, qui atteste que, comme dans tout autre système de jurisprudence, le *fiqh* est humain, riche, flexible et permet l'évolution et la divergence d'interprétations.



Maslahah

Le *maslahah* (littéralement avantage ou intérêt) est un concept juridique utilisé pour déduire par induction une règle basée sur l'intérêt de l'individu ou de la communauté. Dans la théorie juridique islamique, le *maslahah* s'entend comme principe fondamental et nécessaire (*daruri*) de la *charî'a*.

Le concept de *maslahah* peut être utilisé pour réformer les règles et lois existantes et en formuler de nouvelles, qui profitent aux personnes et aux communautés, et assurent leur prospérité en promouvant leurs intérêts et en les protégeant du préjudice.



Istihsan et *Istislah*

L'*istihsan* et l'*istislah*, deux principes juridiques de raisonnement attribués respectivement aux écoles de *fiqh Hanafi* et *Maliki*, sont souvent utilisés comme des termes interchangeables. L'*istihsan* désigne la préférence d'une solution parmi plusieurs, déduite d'un texte, en fonction de ce qui est une meilleure (*hasan*) solution aux yeux d'un juriste. L'*istislah* désigne une solution dérivée d'une optique de *maslahah* (bien commun), plus adaptée (*munasib*) à la *charî'a* en l'absence de preuves textuelles.

L'*istihsan* et l'*istislah* sont des outils juridiques pouvant être utilisés pour élargir la formulation de règles et de lois sur la base de ce qui est considéré comme de meilleures solutions pour les individus et les communautés.

Un exemple :

Comment ces concepts peuvent-ils aider à plaider pour la réforme ?

Les distinctions entre la *charî'a* et le *fiqh*, et entre les *'ibadat* et les *mu'amalat* donnent de solides bases pour réformer les droits conjugaux et parentaux inégaux et discriminatoires dans les lois contemporaines de la famille musulmane. Les lois de la famille sont d'origine humaine, elles ont trait aux affaires sociales et contractuelles et sont donc ouvertes au changement. Les lois inégales et discriminatoires contreviennent aussi à l'esprit de justice de la *charî'a*, étant donné que les femmes, les hommes et les enfants souffrent de ces inégalités.

Voici quelques exemples de la façon dont ces concepts de la théorie juridique islamique (*usul al-fiqh*) peuvent contribuer à réformer des aspects des lois de la famille musulmane :

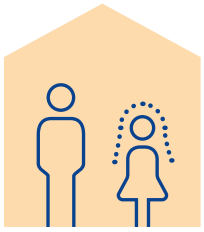
Divorce unilatéral (*talaq*)

L'***ijtihad*** peut être utilisé pour revisiter les lois de la famille qui sanctionnent le droit des hommes à la répudiation unilatérale et l'accès restreint des femmes au divorce, dans la mesure où elles sont contraires à la logique du mariage islamique en tant que contrat basé sur l'accord mutuel des deux parties.

Tutelle masculine dans le mariage (*wilayah*)

Les écoles de jurisprudence adoptent des positions divergentes sur la tutelle masculine dans le mariage. Ainsi, à la différence d'autres écoles, l'école *Hanafi* accorde aux femmes majeures le droit de conclure leur propre mariage, sans nécessité d'un tuteur ou protecteur (masculin). Cet ***ikhtilaf*** juridique affirme que la tutelle masculine dans le mariage n'est pas un don de Dieu et est donc susceptible de réforme dans le cadre de réalités changeantes.

Mariage d'enfants



L'application du principe de ***maslahah*** donne un solide argument pour réformer les lois qui sanctionnent le mariage d'enfants. Quantité de recherche empirique montre que le mariage en bas âge nuit à la santé des jeunes mères et de leur progéniture. Le mariage des enfants prive aussi les filles d'éducation, ce qui a un impact négatif sur les ressources et le bien-être des familles, ainsi que sur la prospérité économique des pays.

Tutelle parentale (*wilayah*)

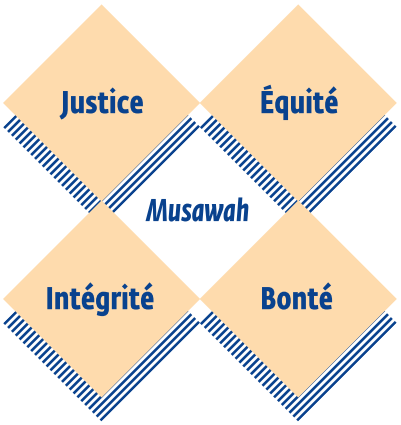
Les lois de la famille, qui accordent la tutelle par priorité aux membres masculins de la famille sans prendre en considération les intérêts de l'enfant, peuvent être réformées en appliquant les principes de ***maslahah***. La recherche montre que la demande des pères qui revendiquent la tutelle des enfants va souvent à l'encontre des intérêts des enfants, en particulier en cas de divorce. Les mères qui ont la garde, mais pas l'autorité légale de gérer les affaires de leurs enfants ne sont pas en mesure de prodiguer les soins dont leurs enfants peuvent avoir besoin dans différentes situations (ex. ouvrir un compte en banque pour eux, faire face aux problèmes médicaux, s'occuper de leurs besoins en matière d'éducation, etc.).

La voie à suivre

Pour repenser et réformer les lois musulmanes de la famille, il faut comprendre et appliquer les principes et méthodologies islamiques à la lumière des réalités d'aujourd'hui et des conceptions actuelles de la justice. Ce processus peut être guidé par plusieurs valeurs coraniques fondamentales comme la justice, l'équité et l'intégrité (*'adl, qist, insaf*), la bonté (*ihsan*) et ce qui est généralement considéré comme bien (*ma'ruf*). De même que le Coran regorge de valeurs et de principes qui préconisent une vision plus égalitaire des relations familiales, la théorie éthico-légale islamique (*usul al-fiqh*) aussi, comme le montrent les concepts et principes ci-dessus.

La tradition juridique musulmane est riche, flexible et dynamique ; elle donne des outils pour la réforme et les méthodes juridiques pour évoluer vers des relations égalitaires entre les hommes et les femmes, dans la famille et la société.

Comment pouvons-nous travailler ensemble pour construire des sociétés musulmanes égalitaires ?



PUBLIÉ EN 2016 PAR

musawah

La production de ce document a été rendue possible en partie grâce à l'appui financier du bureau ONU Femmes dans la région des États arabes dans le cadre du programme « Hommes et Femmes pour l'Egalité des Sexes », (*Men and Women for Gender Equality*) financé par l'Agence suédoise de coopération internationale au développement (ASDI).

Toute partie de cette publication peut être copiée, reproduite, adaptée, sauvegardée dans un système de recherche ou transmise en n'importe quel format ou par n'importe quel moyen pour répondre aux besoins locaux, sans l'autorisation de Musawah, pour autant que ce soit sans intention d'obtenir des biens matériels et que toutes les copies, reproductions, adaptations et traductions par des moyens mécaniques, électriques ou électroniques reconnaissent que Musawah en est la source. Une copie de toute reproduction, adaptation ou traduction doit être envoyée à Musawah à l'adresse reprise sur ce site Web.

www.musawah.org | musawah@musawah.org

Conçu par TK