

LA CONVERSION DE L'ÉPOUSE AU SEIN D'UN COUPLE NON MUSULMAN

Dr. Gökmen ÇITAK*

Özet: Geçen asrın son bölümünden itibaren Müslüman ülkelerden Avrupa'ya gelen göç akımları seküler ve gayrimüslim çevrelerde İslam'ın tedrici bir şekilde yerleşmesine yol açmıştır. Daha önce benzer örneği olmayan bu ortamda, Müslüman topluluklar çözülmesi gereken yeni meselelerle karşı karşıya kalmışlardır. Toplumsal yönlerini göz önünde bulundurarak fıkhi tekrar canlandıracak bir içtihadî düşünceyle Avrupa fetva ve araştırmalar konseyi (AFAK) bu meyanda öncül rol oynamıştır. Bu makalede ismi zikredilen konseyin, evli olan bir kadının Müslüman olduktan sonra gayri Müslim eşyle evliliklerini sürdürebileceklerine dair vermiş olduğu fetva üzerinde durulacaktır. Makâsîd eksenli ve özellikle "Olası olumsuz sonuçların dikkate alınması" prensibine dayanılarak istihsân yoluyla verilen bu fetva, tabi'un neslinden sonra oluşan icmâ'yada muhalefet etmektedir. Bu tür evliliklerin cevazına dair sahabeden gelen rivayetlerde ele alınıp tahlil ve ta'lil edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Gayrimüslimle evlilik, azınlık fıkhi, istihsân, icmâ, Avrupa fetva konseyi.

Gayrimüslim Bir Çiftten Bayanın Müslüman Olması Durumu

Résumé: Durant la seconde moitié du siècle précédent, un flux migratoire important de personnes en provenance de pays musulmans a engendré l'enracinement progressif de l'islam dans un environnement non musulman et sécularisé. C'est dans ce contexte sans précédent que les minorités musulmanes se sont trouvées face à de nouvelles problématiques qui nécessitaient d'être résolues. Prenant en compte les aspects sociétaux, le Conseil européen de la fatwa et des recherches (CEFR) a joué rôle initiateur pour revivifier le *fiqh* en promouvant l'*ijtihad*. Cet article traite la question de la conversion de l'épouse au sein d'un couple non musulman, pour laquelle le Conseil a rendu son verdict lui permettant de rester avec son époux. Cette *fatwa* qui se base essentiellement sur le choix préférentiel et qui s'articule autour du principe des *maqâsîd* et en particulier «de la prise en considération des éventuelles conséquences nuisibles», va à l'encontre du consensus établi après la période des successeurs. Nous tenterons également d'analyser de près les narrations relatées de la part de certains Compagnons qui jugeaient la validité de ce type de mariage.

Mots clés: Mariage avec un non musulman, Fiqh des minorités, Istihsân, Consensus, Conseil européen de la fatwa.

* Fransa Müslümanlar ve Avrupa IGMG Din istişare kurulu üyesi, Tahawi İslami İlimler müdürü, gcitak@hotmail.com, institut.tahawi@gmail.com

1. LA FATWA DU CONSEIL EUROPÉEN DE LA FATWA ET DES RECHERCHES

À ce sujet, le Conseil a consacré trois sessions consécutives, où de nombreux rapports et études en accord avec les finalités de la Législation islamique ont été présentés. Le Conseil a pris connaissance des conditions dans lesquelles les musulmanes nouvellement converties se retrouvent lorsque leur époux ne souhaite pas changer de religion. Le Conseil réaffirme et répète qu'il est interdit à toute musulmane d'épouser un non-musulman, conformément au consensus des savants musulmans.

Cependant, dans le cas d'un mariage conclu avant la conversion de la femme à l'islam, le Conseil a rendu son verdict de la manière suivante :

« Premièrement : Si le mari et la femme se convertissent à l'islam et s'il n'y a pas d'objection issue de la Législation islamique à ce mariage (tels que les liens du sang ou la fraternité de lait) remettant en cause la validité du mariage, alors le mariage est valide et correct.

Deuxièmement : Supposant que le mariage ait été correctement contracté initialement, si seul le mari se convertit à l'islam, tandis que son épouse reste juive ou chrétienne, alors la validité du mariage demeure, c'est-à-dire qu'il ne sera pas affecté par la conversion du mari.

Troisièmement : Si la femme se convertit à l'islam, mais pas le mari, le Conseil voit les quatre cas de figure suivants :

« Si la conversion a eu lieu avant la consommation du mariage, ils doivent se séparer immédiatement.

Si la conversion a lieu après la consommation du mariage et si le mari embrasse également l'islam avant la fin du délai de viduité, alors le mariage reste valide et correct.

Si la conversion a lieu après la consommation du mariage et si le délai de viduité expire, la femme peut décider d'attendre que son mari se convertisse, même si l'attente est longue. Une fois le mari converti, le mariage est jugé valable et correct.

Si la femme décide d'épouser un autre homme après l'expiration du délai d'attente, elle doit d'abord demander la dissolution légale du mariage.

Quatrièmement : Selon les quatre principales écoles de jurisprudence, il est interdit à la femme de rester avec son mari, ou de lui reconnaître ses droits conjugaux, une

fois son délai d'attente expiré. Cependant, certains savants avancent que la femme peut rester avec son époux, et lui permettre de jouir pleinement de ses droits conjugaux s'il ne l'empêche pas de pratiquer sa religion et si elle espère la conversion de son mari. La raison en est que certaines femmes auraient du mal à embrasser l'islam si la conséquence était de se séparer de leur époux et de leur famille. Ces juristes ont fondé leur point de vue sur le verdict de 'Umar b. Al-Ḥaṭṭāb à propos d'une femme d'Al-Ḥīra convertie à l'islam et de son mari non converti. Selon la narration authentique de Yazīd b. 'Abd Allāh al-Ḥaṭmī, 'Umar b. Al-Ḥaṭṭāb avait laissé le choix à la femme de rester avec son mari ou de le quitter¹. Pour appuyer leur point de vue, ils citent également l'avis de 'Alī b. Abī Ṭālib concernant une chrétienne convertie à l'islam mariée à un chrétien ou à un juif. 'Alī dit que le droit conjugal du mari restait inaliénable puisqu'il avait établi un contrat. Il s'agit également d'une narration authentique². On sait également que Ibrāhīm Al-Naḥā'ī, Al-Ša'bī et Ḥammād b. Abī Sulaymān partageaient le même point de vue. »³

Il s'agit d'une problématique qui se pose de plus en plus, notamment depuis que le nombre de conversions à l'islam s'accroît considérablement dans le paysage européen, surtout durant ces vingt dernières années⁴. En France, ce phénomène profite d'une dynamique qui trouve un grand écho dans les banlieues, là où le désir d'affirmer une identité est le plus répandu. Beaucoup de jeunes décident de choisir cette religion sous l'effet de la fréquentation des camarades de confession musulmane et aussi par le besoin de vivre pour une cause noble à laquelle se donner.

Certains penseurs⁵ déclarent la licéité de ce type de mariage en rejetant le

-
- 1 'ABD AL-RAZZĀQ, *Muṣannaḥ*, n° 12660. Ibn Ḥaḡar mentionne que la chaîne de transmission est authentique (*ṣaḥīḥ*). Ibn Ḥaḡar AL-ASQALĀNĪ, *Faṭḥ al-bārī*, Dār al-ma'rifa, Beyrouth 1959, vol. 9, p. 421.
 - 2 Le docteur AL-Ġuday' dans sa recherche affirme que les rapporteurs sont fiables et donc le récit serait authentique. 'Abdallāh AL-ĠUDAY', *Islām al-mar'a wa baqā' zawḡahā 'alā dīnī*, dans *Maḡalla al-'ilmiyya lil maḡlis al-ūrubbī lil iftā wa al-buḥūṭ* [Revue scientifique du conseil européen de la fatwa et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2004, n° 2, p. 108.
 - 3 CONSEIL EUROPEEN DE LA FATWA ET DES RECHERCHES, *Je veux embrasser l'islam : puis-je rester mariée ?*, [en ligne], traduit en français, islamophile, 6 mars, Dublin 2003, disponible sur : < <http://www.islamophile.org/spip/Je-veux-embrasser-l-Islam-puis-je.html> > (consulté le 14/09/2015). 'Abdallāh AL-ĠUDAY' (dir.), *op.cit.*, pp. 78 – 79.
 - 4 On estime en France à environ 100 000, les personnes issues de la culture chrétienne qui se seraient converties à l'islam. Selon Bernard Godard, consultant pour le ministère de l'Intérieur et des cultes, il y aurait chaque année environ 4000 conversions en France. Alexandre POUCHARD, Samuel LAURANT, Quel est le poids de l'islam en France, publié par Le Monde, s.l., 21 janvier 2015, disponible sur : < http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/21/que-pese-l-islam-en-france_4559859_4355770.html > (consulté le 09/09/2015). Voir aussi TRIBALAT Michèle, « Dynamique démographique des musulmans de France », *Commentaire*, n° 136, avril 2011, , pp. 972 - 976.
 - 5 En l'occurrence Tareq Oubrou (imam de la mosquée de Bordeaux). Tareq OUBROU, *Profession Imām*, Albin Michel, Paris 2009, p. 235.

consensus. Leur justification repose sur l'absence de texte univoque concernant le sujet. Or, les éléments qui viennent renforcer le sens des versets⁶ constituent une preuve évidente⁷. En effet, tous les commentaires du Coran affirment qu'il n'y a aucune divergence au sujet de l'interdiction du mariage d'une musulmane avec un non-musulman.

Le Coran dit : « [...] *Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi. Un esclave croyant vaut mieux qu'un négateur libre, même si ce dernier a l'avantage de vous plaire, car les négateurs vous convient à l'Enfer, alors que Dieu, par un effet de Sa grâce, vous invite au Paradis et à l'absolution de vos péchés. Dieu explique avec clarté Ses versets aux hommes, afin de les amener à réfléchir.* »⁸

Dans son exégèse⁹, Al-Rāzī (606 h.) affirme que le terme « *mušrik* »¹⁰ dans ce verset est général, et englobe toute personne non musulmane. Il ne sera donc pas autorisé d'aller à l'encontre du consensus établi sur le sens, pas même en prétextant certains fondements de l'union conjugale, tels que la sincérité et l'honnêteté, pour justifier sa licéité¹¹. Le débat devrait s'articuler sur la réalisation du consensus, et non pas sur la preuve en soi.

Le CEFR s'est donc penché sur cette problématique afin d'étudier les différentes opinions à ce sujet pour, au final, adopter une réponse qui serait en accord avec les finalités de la Législation islamique et les principes de la jurisprudence islamique. La revue scientifique n°2 a publié les travaux de recherche de six membres du Conseil qui ont approfondi la question¹². Le plus long travail revient au docteur 'Abdallāh Al-Ġuday' qui conclut son étude en affirmant la validité d'un tel mariage et par conséquent, la femme récemment convertie à l'islam pourra poursuivre sa vie de couple avec son mari non musulman.

6 « *Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi [...]* » Coran, s. 2, v. 221, « [...] *car désormais, elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles [...]* » Coran, s. 60, v. 10.

7 Muḥammad al-Tāhir IBN 'ĀŠŪR, *Al-taḥrīr wa al-tanwīr*, Dār Saḥnūn, Tunis 1997, vol. 2, p. 360.

8 Coran, s. 2, v. 221

9 Faḥr al-Dīn AL-RĀZĪ, *Mafātīḥ al-ġayb*, Dār iḥya' al-turāṭ al-'arabī, Beyrouth 1999, vol. 6, p.408.

10 Personne associateur ou idolâtre.

11 Tel que Asma Lamrabet, medecin biologiste. LAMRABET Asma, Ce que dit le Coran quant au mariage des hommes et des femmes musulmans avec des non musulmans [en ligne], s.l.n.d, disponible sur : < <http://www.asma-lamrabet.com/articles/ce-que-dit-le-coran-quant-au-mariage-des-hommes-et-des-femmes-musulmans-avec-des-non-musulmans/> > (consulté le 21/02/2014).

12 La revue n° 2 du Conseil a été consacrée totalement à l'étude de cette question. (janvier 2003). Les recherches ont été réalisées par les membres suivants : Dr. 'Abdallah Al-Ġuday', Dr. 'Abdallāh al-Zubayr, Cheikh Fayṣal al-Mawlawī, Dr. Muḥammad 'Abd al-Qādir Abū Fāris, Cheikh Nihad Çiḩtçi et le Cheikh Al-Qaradāwī.

L'éminent Al-Qaradāwī partage également le même avis contrairement au reste des membres qui ne le légalisent pas¹³.

Quant à la résolution du Conseil, elle semble se positionner du côté des partisans, dès lors que la préservation de la religion est envisageable. Nous mentionnerons dans un premier temps ce qui a été relaté dans les textes et les jugements des juristes à ce sujet. Ensuite nous analyserons la démarche argumentative sur laquelle le CEFR a construit sa *fatwa* et sur les conséquences contextuelles qui ont été prises en considération pour adopter un tel avis.

2. CE QUE DISENT LES TEXTES À CE SUJET

2.1. Le Coran

Au sujet du mariage mixte (personnes de religions différentes), nous relevons trois versets qui en font mention. Les deux premiers concernent la femme musulmane et le troisième le musulman.

« **Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi [...]** »¹⁴

« Ô vous qui croyez ! Quand des croyantes se présentent en réfugiées auprès de vous, mettez leur foi à l'épreuve, bien que Dieu soit le mieux Informé de la sincérité de leur foi. Si vous êtes convaincus qu'elles sont de vraies croyantes, ne les renvoyez pas aux infidèles, car désormais, **elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles**. Mais restituez le montant des dots à leurs anciens maris, et vous pouvez alors vous-même les épouser en leur versant leur dot. »¹⁵

« La nourriture de ceux qui ont reçu les Écritures est aussi licite pour vous, de même que la vôtre l'est pour eux. Pour ce qui est du mariage, **il vous est permis de vous marier aussi bien avec d'honnêtes musulmanes qu'avec d'honnêtes femmes appartenant à ceux qui ont reçu les Écritures avant vous**, à condition de leur verser leur dot, de vivre avec elles, en union régulière, loin de toute luxure et de tout concubinage. »¹⁶

13 Yūsuf AL-QARADĀWĪ, *Fiqh des minorités musulmanes*, traduit de l'arabe Abir Adly et Saliha Sadek, Le Caire, Al-Falah, 2003, pp. 126-127.

14 Coran, s. 2, v. 221.

15 Coran, s. 60, v. 10.

16 Coran, s. 5, v. 5.

2.2. La Sunna

Nous nous contenterons de mentionner quelques *hadith(s)* parmi les plus pertinents concernant notre problématique et qui ont servi d'argument¹⁷.

Période médinoise :

Avant que la loi interdisant le mariage d'une musulmane à un non musulman n'entre en vigueur¹⁸, la fille du Prophète, Zaynab, était mariée avec Abū al-ʿĀṣ Ibn al-Rabī¹⁹ à la Mecque. Après que la révélation eut débuté, le Prophète reçut l'ordre de répandre le message divin en commençant d'abord par ses proches²⁰. On comptait Zaynab parmi les premières femmes à avoir accepté l'islam. Quant à son mari Abū al-ʿĀṣ, il appartenait toujours à la religion ses ancêtres, celle des Quoraïchites²¹.

Lors de la bataille de Badr²², qui a abouti à une défaite écrasante des Quoraïchites, certains d'entre eux furent capturés et emprisonnés, dont Abū al-ʿĀṣ. Aussitôt, Zaynab envoya son émissaire avec la rançon²³ qui était demandée pour obtenir sa libération. Connaissant le contenu de la rançon, le Prophète fut attristé et pris de compassion pour sa fille, il dit :

« *Trouvez-vous bon de libérer ce prisonnier et de lui rendre son bien ?* » ils acceptèrent et lui rendirent son bien²⁴. Le Prophète lui demanda en retour de renvoyer sa fille Zaynab auprès de lui à Médine. Dès son retour à la Mecque, Abū al-ʿĀṣ a tint sa promesse et envoya Zaynab auprès de son père.

Peu avant la conquête de la Mecque, Abū al-ʿĀṣ sortit pour une expédition commerciale en Syrie. Au retour, la caravane fut interceptée aux abords de Médine, Abū al-ʿĀṣ réussit à s'échapper et fut contraint de se réfugier dans la demeure de Zaynab. Le lendemain, au moment de la prière de l'aube, elle informa les fidèles de la mosquée qu'elle avait donné protection à Abū al-ʿĀṣ. Une fois la prière terminée, le Prophète se rendit chez sa fille et lui dit :

17 Les *hadith(s)* évoqués ont aussi bien été pris en considération par les partisans que par les opposants. La nuance se situe au niveau de sa compréhension.

18 En l'occurrence le verset 10 de la sourate l'éprouvée, susmentionnée.

19 Un Quoraïchite du clan des 'Abd Šams, Ibn Ḥağar AL-ASQALĀNĪ, *Al-Iṣāba fī tamyiz al-ṣaḥāba*, Dār al-ğīl, Beyrouth 1991, vol. ,7, p. 248.

20 Coran, s. 26, v. 214.

21 'Alī AL-TAḤṬAWĪ, *Nihāya al-igāz fī sīra sākin ql-ḥiğāz*. Le Caire, Dār al-qaḥāir, 1998, p. 83.

22 La bataille a eu lieu en 624 (seconde année de l'hégire).

23 La rançon comprenait un collier que sa mère, Ḥadīğa, lui avait offert avant sa mort.

24 ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, n° 2692.

« Ô ma fille, accueille-le avec hospitalité, mais qu'il ne s'approche point de toi, car tu n'es pas légitime pour lui, ni même lui pour toi. »²⁵

Puisque Abū al-‘Āṣ n'avait pas encore embrassé l'islam, plus tard il retourna à la Mecque et décida de proclamer sa conversion auprès des siens pour prouver que sa décision n'était pas par contrainte²⁶. Lorsqu'il s'en retourna rejoindre les musulmans à Médine, le Prophète lui rendit son épouse Zaynab sans renouveler le contrat de mariage selon la version rapportée par Ibn ‘Abbās²⁷ et avec un nouveau de contrat de mariage selon la version rapportée par ‘Abdallāh b. ‘Amr²⁸.

Autre récit :

D'après Ibn Šihāb, il est rapporté qu'Umm Ḥakīm b. al-Hāriṭ b. Hišām était l'épouse d'Ikrima b. Abū Ğahl. Elle se convertit à l'islam le jour de la conquête de la Mecque et son mari Ikrima s'enfuit, en renonçant à l'islam, pour se rendre au Yémen. (Son épouse) Umm Ḥakīm prit ensuite la route pour le rejoindre et l'invita à se convertir à l'islam, ce qu'il fit. Il partit rejoindre le Messager de Dieu durant l'année de la conquête de la Mecque, lorsque ce dernier le vit, il se hâta pour l'accueillir avec joie, avant même qu'il n'ait eu le temps de prendre son manteau. Aussitôt Ikrima lui prêta le serment d'allégeance et le Messager de Dieu maintint leur précédent mariage²⁹.

Ce hadith est *mursal*³⁰, c'est à dire que le successeur Ibn Sihāb Al-Zuhri (h. 121) le relate directement du Prophète Muḥammad sans intermédiaire. L'érudit sa-

25 AL-BAYHAQĪ, *Sunan al-kubrā*, n°18178. Voir aussi ‘Abd Al-Malik IBN HIŠĀM, *Al-Sira al-nabawiyya li Ibn Hišām*, 2^{ème} éd., Le Caire, Maktaba Muṣṭafā al-Bānī, 1955, vol. 1, pp. 652 - 657.

26 En effet, le Prophète avait suggéré de lui rendre le bien qui avait été saisi et c'est ce qui a été fait. Une fois arrivé à la Mecque, et par crainte que cela soit mal interprété Abū al-‘Āṣ dit : « *Maintenant que je me suis déchargé de vos biens, je déclare que je suis musulman* ». Il proclama sa conversion de son propre gré. ‘Abd Al-Malik IBN HIŠĀM, *op.cit.*, p.658 .

27 AL-TIRMIḌĪ, *Sunan*, n°1143. La chaîne de transmission de ce *hadith* est plus authentique que celle du second. Les savants musulmans commentent cette version pour dire que la conversion Abū al-‘Āṣ a eu lieu peu après l'interdiction (sourate l'éprouvée, verset 10) et que par conséquent, la période de viduité aurait débuté à cet instant. Ce qui explique le retour de Zaynab à son mari sans nouveau contrat de mariage. Selon les variantes, on estime à près de 6 ans le délai de leur séparation. Ğamāl al-Dīn AL-ZAYLA‘Ī, *Naṣb al-rāya*, Mu‘assasa al-rayyān, Beyrouth 1997, vol.3 , p.212 .

28 AL-TIRMIḌĪ, *Sunan*, n°1143 .

29 AL-BAYHAQĪ, *Sunan al-kubrā*, n°14064 .

30 Voire *mu‘dal* d'après le traditionniste Al-Albānī, donc avec deux maillons manquant dans la chaîne de transmission, ce qui le rendrait faible. Rappelons tout de même que les premiers juristes acceptaient le récit détaché, il servait de preuve juridique.

vant malikite Ibn ‘Abd al-Barr relate dans son commentaire dédié au *Muwaṭṭa’* de l’imam Mālik que Ibn Sihāb a dit: « Rien ne nous est parvenu au sujet d’une femme (nouvellement convertie) qui aurait immigrée vers le Prophète (à Médine) et que son mari non musulman serait resté dans une terre non musulmane sans que cette immigration soit la cause de leur séparation. A moins que ce dernier la rejoigne avant l’écoulement de sa période de viduité »³¹. Ibn ‘Abd al-Barr affirme que cette parole ainsi que les récits relatés à ce sujet sont connus chez les biographes du Prophète et que Ibn Sihāb en est le maître, le plus connaisseur. Par conséquent la réputation de ces différents récits ne laisse aucun doute sur leur authenticité, elle prévaut même à une chaîne de transmission qui serait continu jusqu’au Prophète³².

Ainsi tout homme qui aurait rejoint son épouse et embrassé l’islam avant l’écoulement de sa période de viduité pourra toujours bénéficier de son précédent contrat de mariage.

3. LES APPLICATIONS DES COMPAGNONS

On remarque que la majorité des jugements des compagnons se positionnent plutôt pour la séparation. Quant à ‘Umar, les sources nous relatent diverses applications de sa part³³.

Les jugements de ‘Umar b. al-Ḥaṭṭāb³⁴

On rapporte qu’un homme³⁵ des Banū Taglib était chrétien, et son épouse chrétienne. Puis elle se serait convertie à l’islam. Une fois que ‘Umar fut informé de la conversion, il dit à l’époux : « Soit tu te convertis également à l’islam, soit je te sépare d’elle. » Lorsque l’homme renonça, ‘Umar décida de la séparation³⁶.

Il est rapporté d’après Al-Ḥasan qu’une chrétienne décida de se convertir à l’is-

31 MĀLIK B. ANAS, *Al-Muwaṭṭa’*, n° 2002.

32 Abū ‘Umar IBN ‘ABD AL-BARR, *Al-Tamhīd*, Rabat, Wizāra ‘umūm al-awqāf, 1967, vol. 12, p. 19.

33 Šāliḥ ‘Abd al-Raḥmān AL-ZUBAYR, [statut du mariage d’une femme convertie sans que son mari ne le soit] dans *Mağalla al-‘ilmiyya lil mağlis al-‘urubbī lil iftā wa al-buḥūt* [Revue scientifique du Conseil européen de la fatwa et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2003, n°2, p.232.

34 Les récits relatés à son égard semblent contradictoire. Nous avons tenté de les réconcilier dans la conclusion. *Infra* p. 21.

35 On le nommait ‘Ubāda b. Al-Nu‘mān.

36 IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18303. Ce récit est renforcé par une autre chaîne de transmission, rapporté par Dāwūd b. Kurdūs d’après ‘Umar. Ibn Hibbān le classe parmi les narrateurs fiables et honorables, donc il y a bien une prise en considération (*i’tibār*) du récit. SA‘ĪD B. MANŠUR, *Musnad*, n° 1974. Ibn Ḥaḡar AL-ASQALĀNĪ, *Lisān al-mizān*, Beyrouth, Dār al-baṣā’ir al-islāmiyya, 2002, vol.3, p.411.

lam alors qu'elle était mariée avec un chrétien. La famille de l'épouse souhaite la séparer de son mari. Lorsqu'ils vinrent consulter 'Umar, il laissa le choix à l'épouse³⁷.

3.1. L'évolution de l'avis juridique après la période des successeurs

Déjà chez les successeurs, peu de savants³⁸ avaient adopté l'avis de 'Umar b. al-Ḥaṭṭāb qui validait ce type de mariage : pour la majorité d'entre eux, le contrat de mariage prenait fin, soit immédiatement après la conversion, soit après la période de viduité. L'annulation du contrat peut également prendre effet par décision du juge.

Peu à peu, la divergence s'amenuisa pour laisser la place au consensus. En effet, après le décès de Ḥammād b. abī Sulaymān³⁹, tous les savants s'accordèrent pour affirmer que la femme une fois convertie à l'islam ne pouvait pas poursuivre la vie de couple en ayant des rapports conjugaux avec son mari non musulman⁴⁰. Les savants qui relatent le consensus à ce sujet sont les suivants :

Al-Qurṭubī : « *Le consensus de la communauté s'accorde sur le fait qu'un polythéiste ne peut avoir de relations sexuelles avec une croyante (musulmane) parce que cela reviendrait à rabaisser l'islam.* »⁴¹

Ibn 'Abd al-Barr : « *Les savants ne divergent point sur le point suivant : un mari ne pourra plus approcher son épouse dès lors qu'elle se convertit à l'islam et que sa période de viduité est achevée, à moins qu'il ne se convertisse également durant cette période. Quant à Ibrāhīm al-Naḥā'ī, son avis tranche sur celui de la majorité des savants et personne ne l'a retenu, à l'exception des zahirites.* »⁴²

37 IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18313. On retrouve également un autre *hadīth* similaire, où une femme de la tribu d'*Al-ḥīrā* se convertit à l'islam, et ils demandèrent le jugement par écrit à 'Umar. Ce dernier rendit le même jugement, en laissant le choix à l'épouse entre la séparation et le maintien du mariage. 'ABD AL-RAZZĀQ, *Muṣannaḥ*, n° 12660.

38 A l'instar de 'Amīr al-Ša'bī, d'Ibrāhīm al-Naḥā'ī et de Ḥammād b. abī Sulaymān. AL-MAWLAWĪ Fayṣal, [conversion à l'islam de l'épouse et que l'époux professe une autre religion] dans *Maḡalla al-'ilmiyya lil maḡlis al-ūrubbī lil iftā wa al-buḥūf* [Revue scientifique du Conseil européen de la *fatwa* et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2003, n° 2, p. 272.

39 Décédé en 746, il était une figure importante dans le domaine de la jurisprudence et du *hadīth*. Il fut également l'un des maîtres d'Abū Ḥanīfa.

40 AL-MAWLAWĪ Fayṣal, *op.cit.*, p. 266 et 274.

41 Šams al-Dīn AL-QURṬUBĪ, *Al-Ġāmi' al-aḥkām al-qur'ān*, Le Caire, Dār al-kutub al-miṣriyya, 1964, vol. 3, p. 72. et vol. 18, p. 63.

42 Abū 'Umar IBN 'ABD AL-BARR, *Al-Tamhīd*, Wizāra 'umūm al-awqāf, Rabat 1967, vol. 12, p. 28. Le zahirisme : courant littéraliste apparu au 9^{ème} siècle. Le fondateur fut Dāwūd b. 'Alī al-Isfahānī (815-884) (souvent nommé Dāwūd Al-Zāhirī).

La divergence des juristes portait uniquement sur le délai et sur la procédure liée à la séparation. À cet effet, nous pouvons remarquer que la dissolution s'articule autour de trois axes principaux : la période de viduité, la période de conversion et l'intervention du *cadi*. Voici en détail les opinions des juristes à ce sujet:⁴³

La dissolution doit avoir lieu après l'expiration de la période de viduité : Selon les *chaféites*, *hanbalites*, *malikites*, *jafarites*, *zaydites*, Ibn Šubruma⁴⁴, Al-Awzā'ī, Al-Layṭ b. Sa'd et Ishāq b. Rāhuwayh⁴⁵.

- La dissolution en fonction du lieu :

En terre de guerre (*dār al-ḥarb*) :

La séparation a lieu après l'expiration de la période de viduité et si l'époux ne s'est pas converti à l'islam.

• En terre d'islam :

L'affaire est conduite au tribunal devant le *cadi*. Ce dernier propose en premier lieu la conversion. Si l'époux refuse, il procède dès lors à la séparation.

C'est l'avis de l'école hanafite⁴⁶ et de Sufyān al-Ṭawrī

Le contrat de mariage est annulé dès la conversion de l'épouse : selon les *zahirites* et Ibn Ṭawr.

- On procède à une séparation physique⁴⁷ sans que le contrat ne soit invalidé dans le fond, à moins qu'elle décide d'épouser un autre homme. C'est l'avis d'Ibn Taymiyya et son disciple Ibn al-Qayyim. C'est également un des avis attribués aux *jafarites*.

Puisqu'il n'y a pas unanimité sur la dissolution du mariage à la suite d'une conversion, le CEFR va donc pousser sa réflexion pour choisir la solution la plus pertinente qui permettra la concordance entre les textes et le contexte.

Notre analyse portera sur deux aspects de la *fatwa* : la compréhension des textes par le CEFR à ce sujet et son application au contexte.

43 Fayṣal AL-MAWLAWĪ, *op.cit.*, p. 274.

44 Un autre avis est relaté de sa part qui préconise la séparation dès le moment de la conversion de l'épouse.

45 Cependant, ils divergent sur la condition liée à la proposition de la conversion envers l'époux, à savoir s'il est obligatoire ou non de soumettre cette offre.

46 Il s'agirait d'un divorce pour Abū Ḥanīfā et l'imam Muḥammad et d'une dissolution pour Abū Yūsuf.

47 Interdiction d'avoir des rapports conjugaux.

A la lumière des travaux qui ont été réalisés et présentés lors des sessions, le Conseil semble être convaincu du bien-fondé de l'approche d'Ibn al-Qayyim, qui opte pour une position médiane entre la dissolution et la légitimité de ce type de mariage.

Selon son approche, la conversion est perçue comme un élément qui n'affecte pas l'originalité du contrat, mais qui suspend certains droits⁴⁸. Elle entraîne en l'occurrence une privation des relations charnelles et une suspension de l'autorité maritale. Le mari n'est donc plus tenu de verser la pension alimentaire *nafaqa*⁴⁹.

L'argument qui prouve la restriction du contrat repose sur le récit de Zaynab et de son mari⁵⁰, où justement une séparation physique avait été observée jusqu'à ce qu'Abū al-ʿĀṣ se convertisse. Notamment, lors des retrouvailles du couple à Médine, le Prophète avait d'ailleurs rappelé à sa fille qu'elle ne pouvait plus se donner à son mari à cause de la différence de religion.

Quant à l'argument qui prouve le maintien du lien matrimonial, c'est le fait que le Prophète avait permis à sa fille Zaynab de regagner son foyer conjugal sans avoir renouvelé le contrat de mariage avec les éléments qui le composent⁵¹. Dans ce cas, la conversion de l'homme fait office d'acceptation (*qabūl*) et l'attente de l'épouse fait office d'offre (*ijāb*)⁵².

En somme, le fait de considérer l'écoulement de la période de viduité comme la limite du lien matrimonial n'a pas été retenu dans la *fatwa* du CEFR, malgré l'avis majoritaire des savants⁵³. Les arguments avancés par les opposants ne semblent pas avoir convaincu la majorité de ses membres. A l'inverse, ceux d'Ibn Taymiyya se montrent plus convaincant. En effet, son analyse rationnelle et historique de la problématique alimente le débat. Voyons maintenant ses propos à ce sujet :

Première réfutation : la conversion ne peut entraîner la dissolution du mariage

« L'avis adopté par ceux qui croient que la conversion de l'un des deux conjoints polythéistes à l'islam entraîne leur séparation, que ce soit avant ou après la consommation du mariage, est, à vrai dire, très fragile. Parfois, contrairement à ce qui est notoirement transmis d'après la Charia, certains néophytes musulmans prononcent leur profession de foi avant les autres. Il arrive souvent qu'un homme embrasse l'islam avant sa femme

48 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *Aḥkām alh al-dīmma*, Rumādī li al-našr, Dammam 1997, p. 650.

49 *Ibid.*, p. 662.

50 *Ibid.*, p. 650.

51 Tels que la dot et les témoins.

52 L'offre et l'acceptation constituent les piliers du contrat du mariage. Muṣtafā AL-ZARQĀ et al., *Al-Mawsūʿa al-fiqhiyya al-kuwaytiyya*, Wizāra al-awqāf, Koweït 2005, vol. 41, p. 233.

53 Ibn al Qudāma AL-MAQDISĪ, *Al-Muġnī*, Maktaba al-Qāhira, Le Caire 1968, vol. 7, p. 152.

et que celle-ci laisse écouler un certain laps de temps avant de se convertir. De même, beaucoup de femmes quoraïchites ont embrassé l'islam avant leur mari, comme Umm Sâlim qui s'est convertie avant son mari Abū Ṭalḥa. Parfois aussi, l'homme se convertit à l'islam avant sa femme qui, à son tour, se convertit tôt ou tard. Or, il ne faut pas dire qu'il s'agit de la période antérieure à l'interdiction aux musulmans de faire alliance avec les polythéistes pour deux raisons, dont la première est que si ceci est pris en considération, celui qui prétend que cela est abrogé devra fournir une preuve. Quant à la seconde, les gens se sont convertis à l'islam et sont entrés en foule dans la religion de Dieu, après la révélation de l'interdiction de l'union avec les femmes polythéistes ou de l'attachement au lien conjugal déjà contracté avec elles. »⁵⁴

Deuxième réfutation : l'écoulement de la période de viduité n'entraîne pas non plus la dissolution.

Il dit : « Il est bien évident que l'homme ou la femme peut prononcer la profession de foi avant son conjoint. Ils n'ont dit à personne qu'il fallait absolument que les deux époux prononcent la profession de foi exactement en même temps, de peur que leur mariage ne soit dissolu. Ils n'ont pas fait de différence entre celui qui avait déjà consommé son mariage avec sa femme et celui qui ne l'avait pas encore consommé. Ils n'ont pas non plus exigé l'écoulement de trois périodes de menstrues ; autrement dit, ils n'ont pas pris en considération la période de viduité préalable à la dissolution du mariage. »⁵⁵

Selon cette opinion, l'ensemble des *hadith* qui ont été relatés à ce sujet montre que le texte coranique qui dit : « **elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles** »⁵⁶ n'implique pas une dissolution du mariage, ni au moment de la conversion ni après l'écoulement de la période de viduité. Il informe plutôt l'interdiction de contracter un mariage entre une musulmane et un non musulman.

Quant à l'avis de la majorité des savants, qui limite la conversion de l'homme à la période de viduité, il n'a pas été retenu par manque d'arguments solides. L'absence de texte décisif et de consensus des compagnons à ce sujet laisse le débat ouvert à la discussion.

Dans les récits de Zaynab, d'Umm Faḍl la femme d'Al-'Abbās, d'Umm Ḥakīm b. al-Ḥārīṭ et des femmes des gens libérés *ṭulaqā'*⁵⁷, les couples n'ont pas été dis-

54 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p. 689.

55 *Ibid.*, p. 693.

56 Coran, s. 60, v. 10.

57 *Tulaqā'* : Ce sont les personnes converties à l'islam le jour de la conquête de la Mecque et auxquelles le Prophète a accordé une grâce en leur disant : « Partez, vous êtes libres. »

sous. En effet, elles avaient toutes embrassé l'islam avant leurs maris et à aucun moment le Prophète ne leur a imposé la séparation. Pourtant la conversion des maris avait eu lieu après la période de viduité.

Au contraire, des compagnons tels que 'Alī b. Abī Tālib donnaient des *fatwa(s)* pour dire que l'épouse convertie à l'islam devait rejoindre son domicile conjugal, même après l'écoulement d'une longue période⁵⁸.

4. LA POSITION DU CEFR FACE AU CONSENSUS PRÉTENDU

Les *mujtahid* partisans des écoles sont parvenus à la conclusion que la séparation relevait d'un consensus⁵⁹ et qu'il n'était donc plus possible à une femme, une fois convertie à l'islam, de rester en couple après sa période de viduité. Un autre point mérite également d'être soulevé, c'est le fait de savoir si un consensus peut-être établi après une divergence.

Ce sujet a été traité dans la quasi-totalité des ouvrages de référence *d'uṣūl al-fiqh*. Pour certains *uṣūlī*⁶⁰, il n'est plus possible d'aller à l'encontre d'un consensus, même s'il est établi après une divergence⁶¹. Ils pensent que la diversité d'opinion est due à la non-consolidation de l'avis juridique, et que le consensus viendrait justement pour trancher et écarter l'ambiguïté pour ne laisser place qu'à un seul avis.

L'approche du CEFR ne semble pas s'aligner sur cette hypothèse. Les diverses opinions qui ont été relatées à travers les recherches laissent paraître qu'il est tout à fait possible de se référer aux avis antérieurs au consensus⁶². Il a été avancé comme argument qu'une opinion ne disparaît pas avec la disparition des personnes qui la profèrent, ce qui implique la pérennité de la divergence. Quant au *hadith* qui af-

58 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p.693. Abū Muḥammad IBN ḤAZM, *Al-Muḥallā bi al-āḡār*, Beyrouth, Dār al-fikr, vol. 5, p. 371. La formulation de la *fatwā* est la suivante : « il possède plus de droit sur le contrat de mariage, tant qu'elle se retrouve en terre d'émigration. »

59 Šālih 'Abd al-Raḥmān AL-ZUBAYR, *op.cit.*, pp. 235 - 236.

60 Selon le Dr. 'Iyāḡ al-Sulamī (directeur des recherches sur la jurisprudence contemporaine à Riyad), c'est l'avis de la majorité. Quant à AL-Rāzī dans son *maḡṣūl*, il relate ceci : « Lorsque les savants d'une époque s'accordent sur l'un des deux avis des savants de l'époque précédente, ceci est considéré comme étant un consensus et il n'est pas autorisé d'aller à son encontre, contrairement à l'avis d'une multitude de théologiens et de jurisconsultes de l'école chaféite et hanafite. » Faḡr al-Dīn AL-RĀZĪ, *Al-Maḡṣūl*, Mu'assasa al-risāla, 3^{ème} éd., Beyrouth 1997, vol. 4, p.138.

61 *Ibid.*, p. 275.

62 C'est l'avis notamment de plusieurs autres théologiens, dont Ibn al-Baqillānī, Taqī al-Dīn Aḡmad IBN TAYMIYYA et al. *Al-Muswadda*, Beyrouth, Dār al-kitāb al-'arabī, 1981, p. 291. Voir aussi 'Iyāḡ AL-SULAMĪ, *Uṣūl al-fiqh al-laḡī lā yasa' al-faḡīh ḡāhlahu*, Dār al-tadmuriyya, Riyad 2005, pp. 138 - 139.

firme l'infaillibilité du consensus de la communauté, il n'est pas pris en considération dans ce cas de figure, puisque la divergence existait à l'origine de la question, en l'occurrence à l'époque des compagnons⁶³.

4.1. L'influence de la conséquence sur la *fatwa*

Un autre point pertinent qui a influencé l'adoption d'un tel choix juridique est la conséquence que peut engendrer la séparation. Le CEFR reprend la remarque d'Ibn al-Qayyim qui pense qu'une séparation précoce peut provoquer un éloignement vis-à-vis de la religion⁶⁴. Cela s'explique par la volonté de l'épouse de vouloir rester dans le giron familial parce qu'elle entretient de très bonnes relations avec son mari et qu'un amour est partagé réciproquement. Si les personnes désireuses de se convertir à l'islam savent qu'elles vont être séparées de leur époux et que ceci pourra engendrer des répercussions néfastes sur la psychologie des enfants, elles risqueraient de renoncer à leur conversion.

Puisqu'il n'y a pas de texte décisif et ni de consensus de premier degré⁶⁵ à ce sujet, la problématique sera également étudiée sous l'angle des sources subsidiaires de l'islam qui prennent en compte les conséquences des actes.

Dans son analyse sur l'*ijtihād*, l'imam Al-Šāṭibī aborde cette question en disant :

« La prise en considération des conséquences des actes est reconnue et visée par le législateur, que ces actes soient en conformité ou opposés (à la *Charia*)⁶⁶. Le *mujtahid* ne peut juger par l'accomplissement ou le délaissement d'un des actes par la personne responsable qu'après avoir examiné les aboutissements de cet acte. (L'acte) pourrait être justifié par un intérêt *mašlahā* à réaliser ou par une corruption (*maf-sada*) à conjurer, mais il pourrait avoir une conséquence contraire à l'intention qui a présidé à son accomplissement. De même, il pourrait être illégal (à l'origine) pour la corruption qu'il génère ou l'intérêt qu'il entrave ; mais malgré cela, la conséquence peut aller à son encontre, pour au final le rendre légal. Si on peut qualifier l'état originel de légitime, toutefois il peut engendrer un mal égal ou plus conséquent, ce qui empêcherait de lui employer le terme légitime. De même, si l'on taxe le second cas d'illégitime, il se peut qu'il conduise à un mal égal ou plus important et dans ce

63 *Ibid.*, p. 139.

64 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p. 695.

65 En l'occurrence, le consensus des compagnons qui a la force probante.

66 C'est-à-dire qu'elle englobe tous les actes légiférés, entre ceux qui sont permis et ceux qui sont interdits. Abū Ishāq AL-ŠĀṬIBĪ, *El-Muvafakat : Islāmi İlimler Metodolojisi*, 3^{ème} éd., traduit de l'arabe par Mehmet ERDOĖAN, Istanbul, İz yayıncılık, 2003, vol. 4, p. 194.

cas aussi, on ne pourra pas parler d'illégitimité de manière absolue. Il s'agit là d'un domaine qui est difficile d'accès pour le mujtahid, mais qui cependant a son propre goût et sa louange de par le contenu qu'il comporte de vouloir préserver les finalités de la Charia »⁶⁷.

Pour que l'avis juridique puisse être en harmonie avec les finalités de la Charia, il devra donc obéir à deux prémisses :

- Se référer aux préceptes de la Charia qui ont été déduits à partir des textes.
- Réaliser ce qui a été visé à travers les prescriptions, ce qui relève de l'*ijtihād*.

Il est donc du devoir du mufti d'investiguer au niveau des conséquences prévisibles pour s'assurer que l'intérêt sera réalisé et le mal conjuré. Par contre, c'est ce que la Charia a considéré comme *mašlahā* ou *mafsada* qui sera pris en considération⁶⁸ et non la perception humaine seule, car celle-ci peut bien juger un acte comme étant un intérêt alors qu'au regard de la Charia, il ne l'est peut être pas. Les deux conceptions ne concordent pas forcément puisque la Charia intègre une autre dimension qui est relative à l'extension de l'intérêt dans l'au-delà.

D'autre part, le fait que la raison ignore l'intérêt de certaines lois ne signifie pas d'un autre côté l'absence totale d'une sagesse⁶⁹ qui n'a pas su être appréhendée. L'intérêt doit donc être pris en compte avec cette double dimension qui intègre également le bonheur dans l'au-delà⁷⁰. C'est pourquoi la prescription du jeûne⁷¹ peut paraître comme contraignante au corps humain, notamment en période d'été sous une chaleur ardente, mais en dépit de cela, Dieu rappelle qu'il réserve une récompense et un accès au paradis par une porte qui lui est exclusif. L'intérêt partiel ne peut donc être suffisant pour intégrer la sphère définie par la Charia, comme c'est le cas dans l'interdiction du vin et des jeux de hasard, pourtant Dieu dit qu'ils sont de « **certaines utilités pour les hommes** »⁷². Il ne faut donc pas se fier aux quelques utilités qu'ils apportent, mais plutôt aux dommages qu'ils engendrent, qui peuvent être d'une ampleur plus importante.

Les savants musulmans ont donc développé des concepts qui servent également de procédé argumentatif qui visent à veiller aux impacts et aux conséquences

67 *Ibid.*, vol. 4., p. 194.

68 Aymān Ġibrīn ĠUWAYLIS, *Tahṣīṣ al-naṣ bi al-mašlahā*, Mémoire de master, droit musulman, Naplouse, Université Al-Nağāh, 2003, p. 69.

69 Muḥammad Amīn AMĪR BĀDĪŠĀH, *Taysīr al-tahrīr*, Dār al-kutub al-‘ilmiyya, Beyrouth 1996, vol. 4, p. 58.

70 Šihāb al-Dīn AL-QARĀFĪ, *Al-furūq*, Dār al-kutub al-‘ilmiyya, Beyrouth 1998, vol. 2, p. 141.

71 Coran, s. 2, v. 183.

72 Coran, s. 2, v. 219.

que peuvent engendrer certaines normes ; on retrouve parmi eux : l'obstruction au moyen qui mène à l'interdit (*sad al-darī'a*)⁷³, l'équité ou le choix préférentiel (*istihsān*), la circonvention (*al-tahayyul*)⁷⁴ ou encore la considération de la divergence (*murā'a al-ḥilāf*)⁷⁵.

4.2. Les preuves scripturaires de la considération conséquentielle

Le Coran :

« La loi du talion constitue pour vous **une garantie de vie**, ô gens doués d'intelligence. Peut-être finirez-vous ainsi par craindre Dieu. »⁷⁶.

« Sachez qu'il vous est permis d'épouser en dehors d'elles, parmi les femmes de votre choix, deux, trois ou quatre épouses. **Mais si vous craignez encore de manquer d'équité à l'égard de ces épouses, n'en prenez alors qu'une seule**, libre ou choisie parmi vos esclaves. C'est pour vous le moyen d'être aussi équitables que possible. »⁷⁷

« N'insultez pas ceux qui invoquent d'autres divinités que Dieu, **car ils seraient tentés, dans leur ignorance, d'insulter à leur tour Dieu, par esprit de vengeance.** »⁷⁸

La *Sunna* :

Nous pouvons évoquer la *hadith* de la personne qui avait uriné dans la mosquée : le Prophète avait ordonné à ses compagnons, qui voulaient l'en empêcher, de le laisser jusqu'à ce qu'il finisse. Il leur dit : « Laissez-le et ne l'interrompez pas ! »⁷⁹ dans le but d'alléger les conséquences qui auront pu être plus pénibles en risquant de souiller les vêtements en plus du sol, ce qui l'aurait affecté corporellement⁸⁰. Dans ce cas, la préséance a été donnée à l'acte plutôt qu'à son empêchement, afin d'éviter une souillure complémentaire.

73 Dans certains cas, le procédé sera inversé : on autorisera certains moyens interdits à l'origine pour préserver la finalité (*faḥ al-darī'a*). Il est considéré comme une source autonome chez les malikites et hanbalites. 'Abdallāh AL-ĠUDAY', *Taysīr 'ilm uṣūl al-fiqh*, Mu'assasa al-rayyān, Beyrouth 1997, p. 207.

74 C'est en quelque sorte un stratagème qui permet d'obtenir un résultat que l'on n'aurait pas pu atteindre par voie directe et sans commettre des actes illégaux. La circonvention a pour but de conforter et respecter la philosophie de la loi, sans pour autant la modifier. 'Abd al-Raḥmān AL-SANŪSĪ, *'Itibār al-ma'ālāt*, Dār Ibn al-Ġawzī, Riyad 2003, p. 275. Exemple d'application : il sera interdit de faire le don d'un bien, si la personne cherche à contourner le paiement de la *zakāt*.

75 Procédé admis par la majorité des écoles juridiques, 'Abd al-Raḥmān AL-SANŪSĪ, *op.cit.*, p. 323.

76 Coran, s. 2, v. 179.

77 Coran, s. 4, v. 3.

78 Coran, s.6, v.108.

79 AL-BUḤĀRĪ, *Al-Ṣaḥīḥ*, n° 221.

80 Taqī al-Dīn IBN DAQĪQ AL-ĪD, *Iḥkām al-aḥkām*, Mu'assasa al-risāla, Beyrouth 2005, p. 122.

Autre récit :

Il concerne un incident qui eut lieu lors de l'expédition des Banū al-Muṣṭaliq, où certains hypocrites trouvèrent l'occasion de répandre l'esprit tribal et de semer la discorde dans les rangs des musulmans. Le compagnon Ġābir b. 'Abdullāh, un témoin oculaire raconte ce qui se passa près du puits d'*al-Muraysī* :

« Nous étions en expédition avec le Prophète quand un homme parmi les muhāğirūn⁸¹ donna un coup de pied au derrière d'un anṣār⁸². Aussitôt, ce dernier s'écria (pour réclamer de l'aide) : « Ô les anṣār ! » et l'autre s'écria également : « Ô les muhāğirīn ! ». Le Prophète fit la remarque suivante : « Qu'est-ce que c'est que cet appel jahilite⁸³? » Ils répondirent : « Ô Messager de Dieu, un homme des muhāğirūn a donné un coup de pied au derrière d'un anṣār ». « Laissez ces manières, elles sont ignobles », rétorqua le Prophète. À l'écoute de ces événements, 'Abdullāh b. 'Ubay dit : « Ils ont agi de la sorte ? Je jure au nom de Dieu que si jamais nous retournons à Médine, le plus puissant en expulsera sûrement le plus faible »⁸⁴. Dès lors 'Umar réagit et dit : « ô Messager de Dieu, laisse-moi abattre cet hypocrite ». « Non, laisse-le pour que les gens ne disent pas que Muḥammad tue les siens », dit le Prophète. »⁸⁵

Pourtant l'abjuration après la foi et la volonté de pervertir les musulmans étaient des actes qui rendaient légitime la sanction. Mais le Prophète en décida autrement, il décida de ne pas appliquer la peine de mort pour des raisons conséquentielles qu'il jugeait prémonitoires. Il craignait que cela engendre un mal plus important, comme l'éloignement de la foi des autres. La préséance était donc donnée à la foi qu'à la peine.

Concernant notre problématique, nous sommes également confrontés à une situation similaire à la précédente, qui oppose deux règles. Il faudra opter pour le moindre mal, comme il a été stipulé dans le précepte juridique :

« Un dommage grave doit être réparé par un dommage moins grave. »⁸⁶

La mesure des risques potentiels est un principe fondamental dans l'application de la *maṣlaḥa*⁸⁷.

81 Les exilés de la Mecque

82 Auxiliaire (de la ville de Médine)

83 Coutume préislamique

84 C'est également un passage coranique, sourate « les hypocrites » (n° 63) verset 8.

85 MUSLIM, *Al-Ṣaḥīḥ*, n° 2584 -63 .

86 'Alī ḤAYDAR, *Durar al-ḥukkām sharḥ mağalla al-aḥkām*, Dār 'ālam al-kutub, Riyad 2003, p. 40. Voir aussi Muṣṭafā AL-ZARQĀ, *Sharḥ al-qawā'id al-fiqhiyya*, Dār al-qalam, Beyrouth 1989, p. 199.

87 Selon Majid KHADDURI, l'imam Mālik serait le premier juriste à juger directement en se fondant sur la

Si l'on suppose que le verset interdisant le mariage d'une musulmane à un non-musulman est absolu et qu'il englobe également notre cas étudié, il faudra alors trancher entre l'interdiction qui implique le péché et les conséquences de l'abjuration qui affecte la foi.

C'est la raison pour laquelle le Conseil va prendre en considération cet aspect, pour donner la préséance à la préservation de la foi et autoriser la femme nouvellement convertie à l'islam de rester en couple.

5. LE PRINCIPE DE *L'ISTIḤSĀN*⁸⁸

Cette question peut également être abordée sous l'angle de *l'ih̥tisān* qui est une preuve dérivée de la Charia. Le procédé consiste à renoncer ou à restreindre un *dalīl*⁸⁹ pour un autre qui lui soit prépondérant dans la situation concernée. Si la restriction est motivée par une *maṣlaḥa*, comme le fait Mālik⁹⁰, c'est parce que son genre est attesté par les textes de l'islam. Ce n'est donc ni un procédé d'*ijtihād* libre qui prône une opinion personnelle ni le fait d'instituer une règle selon ses propres désirs⁹¹.

maṣlaḥa par l'intermédiaire de *l'istiṣlāḥ*. Quant à Al-Ṭūfī, le juriste hanbalite, il va plus loin dans l'usage de la *maṣlaḥa*, il l'étend à tous les cas d'intérêt public. La *maṣlaḥa* constitue donc pour lui une source indépendante du droit musulman qui mérite la primauté en cas de contradiction avec les sources primaires. Voir Majid KHADDURI, « Maṣlaḥa », dans *Encyclopédie de l'Islam*, Brill Online, 2016, Reference Bibliothèque Diderot de Lyon - ENS de Lyon, disponible sur : < http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopedia-de-l-islam/maslaha-SIM_5019 > (consulté le 18/05/2014).

- 88 C'est un concept et une preuve subsidiaire du droit musulman admis par la majorité des savants. La controverse tourne autour de son appellation et non du concept en lui-même. 'Abd al-Karīm AL-NAMLA, *Al-Muḥaḍḍab fī 'ilm uṣūl al-fiqh al-muqāran*, Maktaba al-ruṣd, Riyad 1999, vol. 3, p. 994.
- 89 Dans le procédé de *l'ih̥tisān*, l'abandon de la preuve concerne plutôt le raisonnement analogique évident *qiyās al-ḡalī*, lorsque l'intérêt général l'exige. Sa'd al-Dīn AL-TAFTĀZĀNĪ, *Ṣarḥ al-talwīḥ 'alā al-tawḍīḥ*, Dār al-kutub al-'ilmiyya, Beyrouth 1996, vol. 2, p. 171. 171. La légitimité du renoncement au *qiyās* peut être motivée par un autre texte, par le consensus ou encore par la nécessité. 'Ālā al-Dīn AL-BUḤĀRĪ AL-ḤANAFĪ, Beyrouth, Dār al-kutub al-'islāmī, s.d., vol. 4, p. 2. Restriction de la norme générale Sayf al-Dīn AL-ĀMIDĪ, *Al-Iḥkām fī uṣūl al-aḥkām*, Al-maktaba al-islāmiyya, Beyrouth 1981, vol. 4, p. 158.
- 90 En effet, la restriction peut être différente d'un savant à un autre, le point commun serait d'observer les conséquences du jugement. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *Al-Muwāfaqāt*, Dār ibn 'Affān, Le Caire 1997, vol. 5, p. 197. Malik par exemple préférerait la *maṣlaḥa* partielle ou individuelle à la preuve générale. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *op.cit.*, vol. 5, p. 193. Tout en respectant l'ordre du degré de la *maṣlaḥa*. Celle qui est de l'ordre de la nécessité devancera celle du besoin, et ce dernier devancera celle des améliorations. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *op.cit.*, vol. 5, p. 194. Il s'agit bien d'œuvrer avec la preuve prépondérante. Quant à la *maṣlaḥa* détachée (*mursala*), Malik la prenait également en considération si son genre (*ḡins*) était vérifiable par les principes de la charia de manière certaine (*qaṭ'ī*).
- 91 C'est bien ce genre d'*ih̥tisān* que l'imam Al-Ṣāfi' s'est farouchement opposé. Il a même écrit un livre à ce sujet qui s'intitule : « Invalidation de *l'ih̥tisān* ». Une phrase illustre parfaitement son positionnement à ce sujet : « *Celui qui fait l'ih̥tisān fait œuvre de législateur* ». Badr al-Dīn AL-ZARKAṢĪ, *Baḥr al-muḥīṭ*,

Même si le texte, en principe, promeut l'intérêt des individus, certains cas ne peuvent être ramenés à la règle qu'il implique, puisqu'il entraîne la perte de la *maṣlaḥa*. On s'abstient de la portée générale du texte pour la restreindre⁹² et lui donner un autre jugement régi également par d'autres règles de la Charia. Ce travail de restriction n'implique pas un changement de la loi en soi dans le contexte où elle a été établie, ce qui le différencie donc de l'abrogation qui est un droit réservé uniquement au Législateur. C'est plutôt une démarche interprétative offerte par l'énoncé du texte⁹³.

Par ailleurs, le Conseil remarque que la *maṣlaḥa*, ici, concerne une des *darūriyyāt* (nécessités) de la Charia qui constituent par en soi une base pour des décisions juridiques et qu'aucun recours à une référence textuelle précise n'est requis.

Les démarches argumentatives qui ont été avancées par le Conseil sont assez pertinentes. Cependant l'emploi de la *maṣlaḥa* dans cette question mérite plus d'investigations sur la réalité du terrain. En effet, la présomption ne peut être suffisante pour appliquer la restriction sur le texte coranique. Surtout que les versets⁹⁴ contiennent déjà des termes restrictifs qui viennent apporter des précisions sur les personnes qui ne sont pas licites au mariage. Il ne reste que le cas de la nécessité, ou celui du besoin collectif qui pourra dans une certaine mesure faire exception à l'interdiction, si les dommages provoqués sont plus importants.

L'absence de travaux prouvant les préjudices de la séparation peut remettre en cause la valeur juridique de cette *fatwa*, qui apparemment, a été généralisée pour l'Europe. En effet, les recherches qui ont été réalisées par les membres du Conseil n'abordent pas avec précision ce point. Il serait plus judicieux de l'appliquer au cas par cas, après un examen de la situation pour définir où se retrouve la *maṣlaḥa*.

Il est donc probable que les narrations qui sont attribuées à 'Umar b. al-Kaṭṭāb⁹⁵ et 'Alī b. Abū Ṭālib relèvent de l'exception⁹⁶. Il était sans doute préférable, dans leurs cas, de ne pas séparer les femmes de leurs maris, dans l'espoir que ces

Dār kutubī, Le Caire 1994, vol. 8, p. 96. Quant à Al-Ġazālī, une figure de l'école chaféite, il admet sa valeur juridique. Abū Hāmīd AL-ĠAZĀLĪ, *Al-Mustaṣfā*, Dār al-kutub al-'ilmiyya, Beyrouth 1993, p. 172.

92 *Tahṣīs al-naṣ* : restriction du texte, par le fait d'établir une subdivision dans la prescription.

93 Aymān Ġibrīn ĠUWAYLIS, *op.cit.*, p. 68.

94 Coran, s. 60, v. 10 et s. 2, v. 221.

95 En l'occurrence, 'Umar a écrit à un homme dont les quatre épouses s'étaient converties à l'islam, pour lui dire qu'elles pouvaient rester auprès de lui. IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18312.

96 Il y a une forte probabilité que 'Umar n'ait pas rendu systématiquement le même jugement. Effectivement les récits mentionnent qu'il aurait parfois laissé le choix et parfois ordonné la séparation. IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18303.

derniers puissent embrasser l'islam à travers le caractère noble qu'inculque cette religion. C'est pourquoi les savants hanafites supposent que la cause (*sabab*) de la séparation n'est pas la simple conversion, mais plutôt le renoncement à l'islam de la part du mari, pendant la période de viduité⁹⁷. On peut constater ici, que la *'idda* renferme d'autres sagesses que la raison ne peut appréhender qu'après réflexion.

97 Šams al-A'imma AL-SARAḤSĪ, *Al-Mabsūṭ*, Dār al-ma'rifa, Beyrouth 1993, vol. 4, p. 227.