

S Houot

« La réflexion bioéthique, un laboratoire pour penser le droit des minorités (*fiqh al-aqalliyyāt*)? *La fatwā en Europe, droit de minorité et enjeux d'intégration*. Ouvrage collectif, sous la dir de Michel Younés, Lyon, Profac, p. 174-202, 2010.

### **La réflexion bioéthique, un laboratoire pour penser « le droit des minorités » ?**

Pour introduire notre propos commun sur les « *droits des minorités*, le thème de la bioéthique participe pleinement des « *enjeux d'intégration* », dans la mesure où la réflexion liée au champ biomédical et le *fiqh al-aqalliyyāt* (droit/jurisprudence des minorités) répondent à des situations inédites auxquelles il convient d'apporter une réponse. L'une et l'autre consistent en des pensées en train de s'accomplir, relativement à la contingence de cas d'espèce. L'emprunt commun fait aux catégories construites par la jurisprudence islamique (*fiqh*), sont autant d'outils auxiliaires du droit qui contribuent construire une réflexion en contexte.

Parallèlement aux mises en jeux de procédures communes, il convient, en outre, de souligner l'importance du croisement de sources sur lesquelles s'appuient les experts de droit islamique (*fuqāhā*) et membres du Conseil européen de la *fatwā* et des recherches (*al-mağlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḥūt*). Les avis consultatifs/jurisconsultes (*fatāwā*) mettent en présence, par le jeu de questions/réponses, une relation interpersonnelle entre des solliciteurs (*mustaftī-s*) en demande de sens, et les *mufīt-s*<sup>1</sup> en charge de prodiguer des solutions existentielles.

Associées à la délivrance des avis consultatifs, les « *recherches* (*buḥūt*) », pour leur part, gratifient de longs développements. Plutôt qu'à un système de principes inaliénables, les contenus des recherches, publiées par le Conseil européen de la *fatwā* et des recherches, revêtent une fonction programmatique qui a valeur de laboratoire. Pour justifier, à l'appui des procédures jurisprudentielles, des choix adoptés dans la délivrance des *fatāwā*, leurs teneurs, théoriques, n'en répondent pas moins aux enjeux de l'ici et du maintenant.

Si le point de départ à la réflexion est le contexte européen, les enjeux suscités avancent l'éclairage islamique, *via* la confrontation d'arguments jurisprudentiels. À cet égard, il est à souligner le souci constant de se référer, pour les confirmer, les compléter à l'appui d'ajouts, ou les infirmer, les décisions émises par les instances éthiques qui font référence dans le monde musulman sunnite<sup>2</sup>. La mise au jour des raisonnements appliqués à la

---

<sup>1</sup> Spécialistes de la loi religieuse dont le savoir, qui fait autorité, les légitime à délivrer des avis consultatif

<sup>2</sup> À l'exemple des instances inter-gouvernementales que sont, d'une part, le Conseil de l'Académie de Jurisprudence de la Ligue islamique mondiale « *Mağlis al-mağma' al-fiqhī li-rābiṭat al-'ālam al-*

thématique bioéthique aide à saisir, dans une approche transversale, les tenants d'une « *jurisprudence des minorités* », dans une approche pragmatique.

### I - « *le droit des minorités* » : une autonomisation d'un droit distinct ?

C'est à l'appui du « *changement de temps, de lieux, de personnes et de situations* (tağyyir al-ḡamān, al-makān, al-ašḡāṣ wa al-aḡwāl) »<sup>3</sup>, que se déploie une part non négligeable de la réflexion des juristes contemporains, en général, et des membres du conseil européen de la *fatwā*, en particulier. C'est le rapport entre « *la Loi (Šar'ā)* » et le « *réel (wāqi')* »<sup>4</sup>, pour le juriste égyptien et président du conseil européen de la *fatwā*, Yūsuf al-Qaraḡāwī, qui est au cœur de la présente réflexion sunnite. La réflexion bioéthique, à l'instar de la « *jurisprudence des minorités* », en constitue des enjeux emblématiques.

La Révélation étant achevée, la gageure est à la fois de tenir compte des exigences ici-bas et des sources scripturaires que sont le *Coran* qui fixe les règles, les valeurs et les normes, puis la *Sunna* qui les explicite en situation<sup>5</sup>. Retour est ainsi fait à la théorie des fondements sources du droit islamique (*uṣūl al-fiqh*) et de sa dynamique conceptuelle créative, en vertu de l'*iğtihād* (effort de réflexion personnel), pour penser la réalité patente.

Un héritage méthodologique, dont il convient de souligner l'importance pour les productions jurisprudentielles contemporaines, fait une part importante à la contribution majeure d'Abū Ḥāmid al-Ġazzālī (m. 505 H./1111 J.C) qui a initié une dynamique de la théorie du droit islamique. En prolongement, les développements concernant les finalités/objectifs (*maqāṣid*) de la Loi par al-Šaṡībī (m.790 H./1388 J.C), détaillés dans *Al-Muwaḡaḡāḡ*<sup>6</sup>, gratifient de techniques innovantes pour reformuler le *fiqh* dans son inscription contemporaine.

Parmi les outils réflexifs utilisés de manière récurrente, l'on mentionnera *la maṣlaḡa* (le bien, l'intérêt commun), les *maqāṣid al-Šar'* (les fins/objectifs de la Loi), la *darūra* (la nécessité) ou le *ḡaḡa* (besoin), pour ne citer que les plus importants et sur lesquels nous

---

islāmī », instance qui est rattachée à la Ligue islamique mondiale (rābiṡat al-'ālam al-islāmī) fondée en 1962 à La Mekke. La religieuse, Académie internationale de Jurisprudence (*Maḡma' al-fiqh al-islāmī-l-duwalī*), d'autre part, qui dépend de l'organisation de la conférence islamique (*Munazzama al-mū'tamar al-islāmī*), créée en 1969 et située à Jedda.

<sup>3</sup> Ainsi qu'il est énoncé par le Grand *Muḡtī* d'Égypte, 'Alī Ġam'a, devant les 220 membres du colloque qui s'est tenu au Kuwayt du 26 au 28 Mai 2007 : « *Al-Iḡtā' fī 'ālam maḡtūḡ ... al-wāqi' al-māṡil wa-l-amal al-murtaḡa* (Al-Iḡtā' dans un monde ouvert ... de la réalité patente et de l'attente espérée), *Al-'ālam al-islāmī* (Le monde islamique), Rabīṡa, al-'ālam al-islāmī, La Ligue mondiale islamique, La Mekke, [www.themwl.org](http://www.themwl.org).

<sup>4</sup> « *La relation entre la religion et la politique selon les musulmans et les laïques* (al-'alāqa bayn al-dīn wa-l-siyāsa 'ind al-islāmiyyīn wa-l-'ilmāniyyīn) », *Al-Maḡalla al-'ilmiyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḡūt* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la fatwā et de la recherche), Juin 2007, p.89, <http://www.e-cfr.org>

<sup>5</sup> « *Al-Maḡalla al-'ilmiyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḡūt* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la fatwā et de la recherche), Juin 2005, p.89, <http://www.e-cfr.org>

<sup>6</sup> Abū Ḥāmid al-Ġazzālī, *Al-Mustaṡfā min 'ilm al-uṣūl*, Damas : Dār al-Fikr, 2ts., t.1, p.284-286.

reviendrons, *via* l'exemple. La réflexion jurisprudentielle qui est mise en œuvre, dépasse l'injonction par trop prescriptive du licite (*ḥalāl*) et de l'interdit (*ḥarām*). Mâtinée du doute éthique, elle se confronte à la complexité contextuelle, proprement dite, quitte à faire usage de l'interdit.

a – Du questionnement bioéthique pour étayer le droit diasporique.

Le champ bioéthique est éclairant pour comprendre les enjeux d'un islam vécu en contexte occidental et dans son rapport tendu avec la sphère culturelle d'origine, dans la mesure où il s'applique à l'évaluation de pratiques, proprement dites, qu'elles soient innovantes ou non. « *Les banques de lait* (bunūk al-laban [ḥalīb]) » ont fait l'objet de deux recherches dans un même recueil. Commis sous la plume de deux experts juristes, Muḥammad al-Hawārī<sup>7</sup> et Yūsuf al-Qaradāwī<sup>8</sup>, ce thème peut paraître anodin. Il n'en est toutefois pas moins emblématique d'enjeux liés à l'adaptation au contexte européen comme au rapport à la culture originaire.

En reprenant la catégorie jurisprudentielle, d'« *interdit* (taḥrīm) »<sup>9</sup>, pour qualifier l'allaitement maternel, al-Hawārī revient sur le traditionnel critère anthropologique des liens de parenté qui assimile la substance lait au sang, à l'exemple de ce *ḥadīth* prophétique : « *Est interdit par la parenté de lait* (raḍā'a) *ce qui est interdit par la consanguinité* (nasab) »<sup>10</sup>. La formalisation d'une prohibition matrimoniale par parenté s'étend à celle de l'allaitement d'un enfant par une personne autre que la mère<sup>11</sup>. Cette représentation du lait sous-tend la décision numéro six de l'Organisation mondiale de la jurisprudence islamique de Jedda en décembre 1985<sup>12</sup>.

Ayant pour objet « *le besoin* (ḥāḡa) *pour le monde islamique de banques de lait* » elle s'est arrêtée à la « *prohibition* (man') » de lactariums, au motif d'une assimilation de

<sup>7</sup> *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement ; études scientifiques et juridique), recueil 6, ch. 10, p. 227-255, Janvier 2005.

<sup>8</sup> *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), recueil 6, ch. 2, p.15-24, *op.cit.*

<sup>9</sup> *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement) ; études scientifiques et juridique), *op.cit.*, p.239.

<sup>10</sup> *Ḥadīth* rapporté par Ibn Abū Ṭālib, al-Tirmidī, *Sunan*, chapitre *al-Riḍā'*, verset n°1065, www.al-islam.com. Il convient d'y associer, relatif à la parenté, le verset 23 de la sourate IV, *Les Femmes*, « *Vous sont interdites vos mères, filles, sœurs, tantes de père ou mère, nièces de frère ou de sœur, mères et sœurs de lait, mères de vos épouses [...]* » et les sept catégories prohibées en raison de l'allaitement ou de l'alliance. *Ibid.*, p.239-240.

<sup>11</sup> Le malékisme élargit l'interdit à tous les hommes qui ont consommé le mariage avec la nourrice. Abū Zayad al-Qayrawānī, *La Risāla, Épitre sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malékiste*. Trad. par Léon Berchet, éd. Bilingue, arabe-français, Paris : Ennour, 2006, p.155.

<sup>12</sup> La décision 6 de la 2<sup>e</sup> session, Maḡalla maḡma' al-fiqh al-islāmī (La revue de l'académie de jurisprudence islamique, T.1, 1986. Al-Hawārī, *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement), *op.cit.*, p.234.

« l'allaitement à la chair, comme la chair à la parenté (ka laḥma al-nasab) qui vaut pour prohibition ce qui est prohibé en matière de parenté... et de finalités de la Loi protectrices de la parenté (maqāṣid al-Šarī'a al-kulliyya al-muḥāfaẓa 'alā al-nasab). Et les banques de lait conduisent au mélange (iḥṭilāt), à la suspicion (rība) »<sup>13</sup>.

La collactation, dont il est présentement question met en péril « la perpétuation de la lignée agnatique du père... il [lait] est l'une des matières privilégiées à partir desquelles se définit l'inceste »<sup>14</sup>. L'idée sous-tendue par l'unité lexicale, « iḥṭilāt », entérine l'assimilation du lait au sperme<sup>15</sup>. Alors que l'usage notionnel des « maqāṣid » avance, pour critère normatif, un point de vue moral. Celui-ci repose, avant tout, sur « les cinq principes (al-uṣūl al-khamsa), les cinq nécessités (al-ḍarūriyyāt al-khamsa) », essentielles à sauvegarder que sont « la religion (dīn), l'âme (nafs), la filiation/parenté (nasl ou nasab), la raison ('aql) et les biens (māl) »<sup>16</sup>.

Là où le conseil éthique de Jedda invoque la disposition de la parenté, en donnant la prévalence à l'évitement du désordre (fiṭna) social, le Conseil européen de la fatwā avance la justification que

« la décision (qarār) laisse pour négligeable la situation des musulmans dont le nombre croît (mutazāyid) dans le monde occidental ; elle ne s'adapte pas à leurs conditions (aḥwāl) en la matière. Il s'imposait de reconsidérer (yastānifu) la recherche à la lumière des nouveautés (mustaḡiddāt) pour en arriver à la décision (ḥukm) qui réponde au besoin (ḥāḡa) des musulmans d'occident »<sup>17</sup>.

L'argument avancé est celui de la maṣlaḥa (intérêt général/un bien commun) et celui plus distinct d'« un intérêt social considérable (maṣlaḥa iḡtimā'iyya mu'tabara) »<sup>18</sup>. Majeur, ce principe de droit prend en charge une situation d'« exception (istiṭnā') »<sup>19</sup>, dans le cadre de la jurisprudence des minorités se traduit dans le contexte du « concours à la vivification des âmes (musāhama fī iḥyā' al-nufūs) »<sup>20</sup> à travers la figure de « l'enfant prématuré (al-ṭifl al-ḥadīḡ) »<sup>21</sup>. La stratégie déployée par Y. al-Qaradāwī est de contourner la parenté de lait et la prohibition sexuelle, qui en passent par la substance lactée, pour se concentrer sur les

<sup>13</sup> Ibid., p.234.

<sup>14</sup> Ibid., p.152.

<sup>15</sup> Pierre Bonte, « Le sein, l'alliance et l'inceste », *Mémoires lactées. Blanc, bu*, biblique : le lait du monde Autrement, (Coll.Mutations/Mangeurs) N°143, Paris, 1994, 143-156.

<sup>16</sup> Abū Ḥāmid al-Ġazzālī, *al-mustaṣfā min 'ilm al-uṣūl*, op.cit., p. 287. Catégorie reprise dans la recherche de Al-'Arabī al-Biṣrī « Principes du droit des minorités (munṭaliqāt li fiqh al-aqalliyāt) », La Revue scientifique du Conseil Européen de la fatwā et de la recherche (al-maḡalla al-'ilmīyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḥūth), recueil1, p. 245, 2004, <http://www.e-cfr.org>

<sup>17</sup> Al-Hawārī, *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-ihkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement), op.cit., p.235

<sup>18</sup> Yūsuf al-Qaradāwī, *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), op.cit., p. 21.

<sup>19</sup> Al-'Arabī al-Biṣrī « Principes du droit des minorités (munṭaliqāt li fiqh al-aqalliyāt) », op.cit., p.245.

<sup>20</sup> Yūsuf al-Qaradāwī, *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), op.cit., p.15.

<sup>21</sup> Ibid., p. 15.

procédures appliquées dans le cadre des banques de lait et les mesurer à l'aune du champ juridique.

Le *ḥadīṭ* prophétique qui pose qu' « *il n'y a d'allaitement que s'il y a apaisement de la faim* (innamā al-raḍā'a min al-maḡā'a) »<sup>22</sup>, ne prend pas en compte, pour M. Hawārī, la temporalité qui « *précède le sevrage* (mā kāna qabl al-fitām) »<sup>23</sup>. En prolongement, elle n'interdit pas non plus l'objectif premier, celui de la « *nutrition* (taḡḍiya) »<sup>24</sup>. Face aux modes d'absorption<sup>25</sup>, et de proportions de lait<sup>26</sup> détaillés dans la littérature jurisprudentielle entrant dans l'interdit de l'allaitement, Y. al-Qaraḍāwī en déduit que tout moyen autre est « *autorisé* (yaḡūz) », en vertu de la règle, « *Au fondement est le licite* (al-aṣl huwa al-ibāḥa) ».

Puis le jurisconsulte de concentrer son argument au détour de la fiction juridique et du « *moyen* (wasīla) » par lequel s'accomplit la collocation. « *Sans contact direct : en l'absence de succion du sein* (dūna liqā' mubaṣir ayy dūna maṣṣa min al-tadī)<sup>27</sup> [...] *Nous ne trouvons rien, ici, qui interdise l'implantation de banques de lait, tant que l'intérêt général* (maṣlaḥa) *légal, majeur, est à l'œuvre et que le besoin* (ḥāḡa), *avancé, plaide pour leur établissement* »<sup>28</sup>.

Si l'unité lexicale « *maṣlaḥa* » renvoie au moyen de préserver « *l'objectif* (maqṣud) » divin, la mention qui lui est associée, « *ḥāḡa* », intéresse, plus particulièrement, le niveau de la nécessité secondaire<sup>29</sup>, celui de la préservation d'une vie (al-ḥifāz 'alā al-ḥayāt) en péril. À l'appui des « *précautions* (aḥwāṭiyyāt) » cette posture, qui n'oblité pas les limites à apporter

<sup>22</sup> Dit prophétique rapporté par 'Ā'īṣa, *Ṣaḥīḥ al-Buḥārī*, ch. XIV « Al-nikāḥ (Le mariage) », *ḥadīṭ* 4712, www.al-islam.com. *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement), *op.cit.*, p.239

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.239.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 239. En relation avec le sevrage, un *ḥadīṭ* prophétique fait du lait le constituant de la chair, mais également des os « *Seul l'allaitement fait saillir l'ossature et former la chair* (lā riḍā' ilā mā anṣaza al-'izam wa anbata al-laḥm) », *ḥadīṭ* rapporté par Ibn Mas'ūd, Abū Da'ūd, Sunan, ch. « al-Nikāḥ », n° 1763 www.al-islam.com. *Ibid.*, p.239 et Yūsuf al-Qaraḍāwī, *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), *op.cit.*, p.18.

<sup>25</sup> Une syntèse sur les modes d'absorption qui contribuent à définir l'interdit est entreprise par Yūsuf al-Qaraḍāwī. S'il se définit par l'ingurgitation (iltiqām) et l'absorption (imtiṣāṣ), relativement aux écoles juridiques Hanfite, Mālikite et Ṣāfi'ite, l'allaitement vaut pour « *la voie bucale* (wuḡūr) *qui consiste à verser* (yaṣību) *le lait dans la gorge* (ḥilq)...*l'injection par le nez* (su'ūṭ) ». Une minorité y adjoint le lavement (ḥuqna). Ibn Qudāma al-Maqdissī, *Al-Muḡnī*, 139/7, Yūsuf al-Qaraḍāwī, *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), *op.cit.*, p.17.

<sup>26</sup> Le thème de la succion (ilqām al-tadī) distingue des positions différenciées chez les jurisconsultes pour justifier juridiquement de l'allaitement. Selon les imams Ṣāfi'ī, Ibn Ḥanbal, Abū Ḥanīfa, Mālik voire Ibn Ḥamz, le nombre de tétées ne doit pas dépasser les cinq, relativement au *ḥadīṭ* rapporté par 'Ā'īṣa et consigné dans le *Sunan* d'Abū Da'ūd, ch. « al-Nikāḥ », n° 1765, www.al-islam.com. Si la coutume oscille entre une et deux tétées, la reconnaissance juridique de l'allaitement, selon Muḥammad al-Hawārī, repose sur une « *unique succion* (raḍā'a wāḥida) » *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement), *op.cit.*, p.240, 241.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.21.

<sup>29</sup> Par contraste avec le premier niveau de la *maṣlaḥa*, celui de la nécessité absolue qui intéresse l'urgence d'une situation, ainsi le fait de rester en vie *al-ḍarūra* et du troisième niveau, celui de la complémentarité ou des embellissements, taḥsīnāt.

à l'effort de réflexion personnelle (*iğtihād*), entérine une tension entre un idéal de valeur et une réalité des pratiques :

« la déférence (*murā'āt*) et la bienveillance (*rifqān*) à l'égard des gens, a fortiori dans notre monde contemporain, plus particulièrement [...], faciliter (*yasirū*), ne pas susciter de gêne (*lā ya'surū*)... sans pour cela outrepasser (*tağāwaza li*) les textes établis (*maḥkama*) et les règles fixées (*tābita*) »<sup>30</sup>.

La recherche dynamique de solutions circonstanciées pour « apporter du soin (*'ināya*) à toute personne faible (*da'īf*) quelle qu'en soit la raison »<sup>31</sup>, montre au travers de tâtonnements, de repositionnements réflexifs que permet l'horizon anthropologique de la *maṣlaḥa*. Si le cas des banques de lait est exemplaire d'une autonomisation du droit des minorités, il n'en reste pas moins indissociablement attaché à un univers de référence jurisprudentiel unitaire.

Gratifiant d'un prisme qui permet de saisir d'une manière transversale le « droit des minorités », le traitement éthique montre des dérivations qui empruntent au *fiqh* islamique. Une situation circonstanciée, en retour, nourrit la réflexion jurisprudentielle.

#### b – Quand le besoin se fait nécessité

Les questionnements bioéthiques en contextes minoritaire ou majoritaire oscillent entre contraintes d'existence et impératifs religieux. Ce qui pourrait se révéler comme un espace de conflictualités, fait émerger un lieu de tensions. L'aune anthropologique de la *maṣlaḥa* gratifie d'une permutation en convoquant des accommodements pragmatiques. La *fatwā*, avis consultatif circonstancié, qui n'a pas de valeur d'obligation en constitue le théâtre privilégié, au moyen de procédures réflexives engagées, pour réfléchir sur les formes complexes des enjeux bioéthiques.

Construite sur le jeu de la question/réponse, la *fatwā* met formellement en présence un solliciteur (*mustaftī*) en demande de sens, et un *muftī*, personne ou instance collective dont le savoir juridique, faisant autorité, les légitime à délivrer des avis consultatifs. La présente *fatwā* convoque une solliciteuse émigrée en Grande-Bretagne qui soumet à l'expertise jurisprudentielle du conseil le devenir de neuf embryons. Surproduits, suite à une fécondation *in vitro*, ils ont subi une cryoconservation pour une réimplantation éventuelle.

Avant d'analyser le contenu de la *fatwā*, Il convient, tout d'abord, de faire retour sur l'outil-cadre juridique mis en place pour penser la procréation médicalement assistée. Le

<sup>30</sup> *Bunūk al-ḥalīb wa 'alāqatuhā bi-iḥkām al-raḍā'* (Les Banques de lait et leurs liens avec les statuts de l'allaitement), *op.cit.*, p.252.

<sup>31</sup> Yūsuf al-Qaraḍāwī, *Bunūk al-laban* (Les banques de lait), *op.cit.*, p.16.

choix se porte sur la *ḥaġa* (besoin)<sup>32</sup>, ainsi que le notifie dans sa recherche Muḥamad al-Hawārī,

« la majorité des spécialistes musulmans de jurisprudence s'accorde sur le besoin (*ḥāġa*) pour une femme mariée qui n'a pas engendré et sur celui de son époux en attente d'enfant ».<sup>33</sup>

Relevant de la *maṣlaḥa* dont la fonction est de réaliser (*tġād*) les objectifs divins, le « besoin » concerne le niveau de nécessité secondaire qui complète l'urgence de la *ḍarūra* (nécessité absolue), pour se prolonger dans le moyen terme. L'acceptation du terme besoin, pour saisir l'innovation biomédicale de la PMA, diffère de celui avancé en Occident, qui le range dans la catégorie du « désir (*raġba*) » parental. Identifié par l'expertise jurisprudentielle, le « désir » concerne le troisième niveau, entendu comme complémentaire. Cette identification assimilerait ainsi la procréation artificielle à une opération de « luxe (*taraf*) »<sup>34</sup>, à l'exemple de la chirurgie esthétique.

Outre le fait de poser les limites à l'éventualité d'une quête infinie et insatisfaite du désir, la focale juridique du « besoin » met, avant tout l'accent sur le moyen de juguler une infécondité, source de souffrance.

« Compte tenu du dessein (*ġard*) et du projet, le traitement (*mu'ālaġa*) est permis (*yubīhu*) à l'aide d'une méthode agréée (*mubāḥā*) »<sup>35</sup>.

Selon la classification juridique des actes, « l'insémination artificielle (*talqīh al-istīnā'ī*) », s'inscrit dans la catégorie du « *mubāḥ* (permis) », qui compte parmi « les cinq statuts obligatoires (*aḥkām al-ḥamsa*) »<sup>36</sup>. Cette modalité identifie ce « dont l'abstention, aussi bien que l'accomplissement, est indifférent au Législateur »<sup>37</sup>. Reconsidérée à l'aune du « droit des minorités », la technique de congélation des embryons n'est pas sujette à réprobation, pour le conseil européen de la *fatwā* et des recherches, contrairement aux recommandations émises par l'Académie internationale de jurisprudence<sup>38</sup>. Ce décalage s'explique par les contextes différenciés d'énonciation des décisions émises par l'une et l'autre instance.

<sup>32</sup> Ainsi qu'il a été décidé au Conseil de l'Académie de droit de la Ligue islamique mondiale (*maġlis al-maġma' al-fiqhī li-rābiṭat al-'ālam al-islāmī*), réunie à la Mecque en 1985.

<sup>33</sup> Muḥamad al-Hawārī, « Usus binā' al-usrī fī-l-islām (Les Soubassements de l'édifice familial en Islām) », *Al-maġalla al-'ilmiyya li-l-maġlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḥūṭ* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la *fatwā* et des recherches), Dublin, 2006, recueil 7, p. 171.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> « Usus binā' al-usrī fī-l-islām (Les Soubassements de l'édifice familial en Islām) », *Al-maġalla al-'ilmiyya li-l-maġlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḥūṭ*, *op.cit.*, p.171.

<sup>36</sup> aux côtés de « l'interdit (*ḥarām*) et le blâmable/le répréhensible, l'abhorré (*makrūh*), et l'obligatoire (*wāġib*) et le licite (*ḥalāl*) ».

<sup>37</sup> Louis Milliot, François-Paul, Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris : Dalloz, 2001, 2<sup>e</sup> éd. (1<sup>e</sup> éd. 1953), p.189.

<sup>38</sup> (*maġma' al-fiqh al-islāmī-l-duwālī*), sixième session, Jedda, 14-20 Mars 1990.

Face à l'interdit prôné par l'instance siégeant en Arabie-Saoudite, l'instance européenne inscrit la technique de la congélation des embryons dans le prolongement de la procréation médicalement assistée. Traitée en termes jurisprudentiels par la *ḥāḡa*, le sens de l'« *exception (istiḡnā)* » se surimpose au « *besoin* » pour opérer une translation vers le champ de la *ḡarūra* et du niveau de la nécessité absolue qui répond à l'objectif supérieur de la préservation de l'existence. Un traitement méthodologique similaire est appliqué à « *l'emprunt bancaire usuraire* »<sup>39</sup>.

En cette circonstance précise, la règle juridique, « *faire obstacle aux prétextes susceptibles de tendre vers le prohibé, autorise le besoin* (mā ḡarrama sadd al-ḡari'a yubāḡu al-ḡāḡa) légitime l'« *embryon congelé* », par une élévation de la catégorie de la *ḡāḡa* à celle, absolue de la *ḡarūra*. En regard de la sauvegarde des « *maqāḡid* », le thème de la congélation des embryons entérine la concurrence de deux des cinq principes (*al-uḡūl al-ḡamsa*) que sont la sauvegarde d'une âme (*nafs*), *versus* la filiation (*nasl* ou *nasab*).

## II – Des cas d'espèce et des limites éthiques : variation sur les freins régulateurs (*dawāḡit*)

Les questionnements éthiques relatifs au thème de la « *congélation de l'embryon* » et de la thérapie génique dans un contexte de situation de « *nécessité* », *a fortiori*, confrontent les membres du Conseil européen de la *fatwā* à la qualification du statut moral de l'embryon. Si les réponses apportées par cette instance suivent la représentation anthropologique de l'embryon, *via* l'embryogénèse le personnifiant, dès le cent vingtième jour de conception, elles ne s'y réduisent pas. Les nécessités de l'ici et le maintenant font émerger trois niveaux éthiques : au « *droit parental* » surplombant, s'adjoignent le caractère potentiel et l'intégrité biologique de l'embryon qui sont pensés ensemble, entre limitation et tolérance.

### a - Du caractère labile de l'embryon et de l'impossible qualification de son statut

Le cas particulier de la technique de la cryogénisation pose la question de la liberté de disposition du couple parental et des limites qui lui sont imposées face à un pouvoir susceptible de conduire à la destruction de l'objet de son droit. Le traitement jurisprudentiel et éthique qui en est fait par les jurisconsultes du Conseil, manifeste des limites gratifiées au statut d'intangibilité de l'embryon pour réfléchir sur le statut relatif de sa protection dans ce qu'il symbolise, selon l'occurrence du cas d'espèce.

---

<sup>39</sup> Conformément à la *fatwā* 26, « *Le statut de la vente de maisons par un emprunt bancaire usuraire à l'usage des musulmans dans des pays non musulmans* ». *Qarārāt wa Fatawā* (Résolutions et avis jurisconsultes), *Al-Maḡalla al-'ilmiyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḡūt* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la *fatwā* et de la recherche), Dublin, Le Caire : Dār al-tawzī' wa-l-naḡr al-islāmiyya, 2002, p.146-153. Sur le thème de l'économie, nous renvoyons dans le présent ouvrage à la contribution d'Etienne Renaud.



« [Question] *Doit-elle transplanter (zirā'a) certains embryons (ağinna) et abandonner le reste congelé (muğammada) aux autorités sanitaires britanniques ? Doit-elle les abandonner (tataħallaṣu minhā), en sachant que la probabilité (iħtimāl) de retourner en Angleterre est faible ?*

[Réponse] *La femme est autorisée (yağūzu) à entreprendre une transplantation dans l'utérus (raħim) aussi longtemps que demeure mariage [le pacte de protection] (dīmma) de son époux, auteur de la semence (nuṭfa). Au cas où elle est séparée de son époux par la mort, le divorce ou les aléas de la vie, si elle se désengage, l'implantation d'embryon (ğanīn) n'est pas licite (lā yuħillu). Elle doit (wāğib), alors, les détruire tous (itilāf), ou ce qu'il en reste (baqā).*

*Au cas où l'épouse quitterait l'Angleterre en sachant néanmoins qu'elle y reviendrait pour une réimplantation, autorisation lui sera accordée de les préserver provisoirement à cette fin, par cryoconservation. Si elle apprend qu'elle n'y reviendrait pas, - sur décision catégorique (ğazm) ou par présomption (zann ġālib) -, il sera interdit de les abandonner (tark). Elle ou son mari devront les détruire.*

*Dans la majorité des cas, nous n'avons rien trouvé qui interdise (māni') leur destruction, que cette femme revienne ou pas. Avec la probabilité (iħtimāl), toutefois, d'un non retour, il n'est pas autorisé de les abandonner. Obligation (yağibu) est faite au couple de s'en débarrasser (taħalluṣ minhā) ».<sup>40</sup>*

La technique qui vise à congeler ces derniers par conservation dans l'azote liquide, évite à la mère les risques liés à la stimulation ovarienne et au prélèvement d'ovocytes. Outre l'usage qui est de traiter la stérilité, cette procédure qui s'inscrit au prolongement de la production artificielle, gratifie la science médicale de la maîtrise de la reproduction. Ses impacts ne sont pas sans entraîner des conséquences qui outrepassent le champ médical, proprement dit, pour interroger les champs éthique et anthropologique.

Traditionnellement la conjugalité, que consacre le *nikāħ* (mariage), prend en charge la sexualité et, *a fortiori*, la parenté. La présente décision du conseil européen est organisée autour d'une discrimination entre une situation maritale, qui ne pose aucun problème et un contexte de rupture, qu'entérine le décès ou le divorce. Relativement au second cas, l'emploi du lexique « *wāğib* (obligation imposée) »<sup>41</sup> pose le caractère contraignant de la destruction des embryons surnuméraires.

Le point de vue moral, à partir du respect dû aux personnes, est absent du présent contexte. Dans la mesure où l'opération de destruction rompt avec la représentation projective de la potentialité, commuant l'embryon en une personne humaine. L'embryon déchoit ainsi au rang de matériau, mais pas seulement ; son traitement est organisé autour du « *droit réel* » qui n'a aucune valeur d'absolu<sup>42</sup>. C'est, de

<sup>40</sup> *Qarārāt wa Fatawā* (Résolutions et avis jurisconsultes), *Al-Mağalla al-'ilmiyya li-l-mağlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buħūf* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la fatwā et de la recherche) Dublin/Le Caire Dār al-ṭibā'a' wa-l-našr al-islāmiyya, 2002, 2T, t.2, fatwā n° 11, p.119-120.

<sup>41</sup> Cette modalité juridique vaut pour « *les actions prescrites de façon obligatoire, dont on récompense l'accomplissement, dont on punit le non-accomplissement* », Joseph Schacht, « *Sharī'a* », *Encyclopédie de l'Islam (E.I')*, t.IV, p.333.

<sup>42</sup> Xavier Labbée, *La condition juridique de corps humain, avant la naissance, après la mort*, Lille : Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 286-288.

plus, autour de la négation de l'intégrité biologique de ce dernier qu'est interrogée, également, la limite au projet parental.

Elle s'évalue à la mesure implicite du péril d'invariants traditionnellement tenus pour intransgressibles dont la parenté et la filiation ont la charge<sup>43</sup>. La préférence donnée à la destruction, plutôt qu'à l'abandon des embryons excédentaires, répond à une logique du moindre mal. Elle vise à se préserver des germes du « désordre (fitna) » dans la filiation en introduisant une rupture entre le lien biologique et le lien parental. Inscrite moralement dans une posture conséquentialiste, cette alternative est mesurée à la hauteur de la tolérance qui a été laissée préalablement au couple.

La décision du conseil européen de la *fatwā*, nonobstant, se démarque de la position orthodoxe<sup>44</sup> qui privilégie la création minimale d'embryons pour implantation. À la peur d'une confusion des filiations s'adjoint, lors de la suspension temporelle de l'étape de la congélation, une suspicion envers de possibles manipulations, et notamment celles du génome humain. L'interdit de la technique de congélation évite ainsi le nombre surnuméraire et une éventuelle destruction pour certains embryons, leur exploitation par des tiers extérieurs au couple, à l'exemple des banques.

La préférence pour une destruction des embryons excédentaires, préconisée dans l'avis, suggère un traitement jurisprudentiel distinct de l'embryon créé *in vitro*, proche du matériau. Dans la mesure où il se développe indépendamment du corps maternel, son statut, également se distingue l'embryon *in vivo*, « *pars mulieris* ». Un détour par l'avortement éclaire la réflexion sur le statut de l'embryon. Ainsi le cas d'une *fatwā* qui répond aux interrogations d'une jeune femme qui a subi un avortement volontaire de grossesse (*iġhād*) à finalité non thérapeutique, suite à « *une incapacité à concilier ses études et l'éducation d'un enfant* ».

*« L'avortement n'est pas déclaré licite (la yuḥillu) dans la Loi de Dieu, dès les premiers temps de la grossesse. Puis il se distingue en péché (iṭm), selon les étapes de la grossesse. Péché mineur (aḥaf iṭm) en début de grossesse, il se confirme en interdit (taḥrīm), à mesure que la grossesse avance. Lorsque la grossesse atteint le 120e jour, elle devient totalement prohibée (muḥarram qaṭ'an) ».*

Si le projet parental est de mettre fin à une grossesse non désirée commande la perspective d'ensemble, elle n'en exclue ni la finalité proprement humaine de l'embryon à l'appui de l'argument intermédiaire de « *potentialité* », ni son intégrité biologique. Le statut de l'embryon, se définit traditionnellement dans le discours jurisprudentiel contemporain, auquel s'associe le Conseil de la *fatwā* dans une tension relationnelle entre le « *droit parental* (ḥuqūq al-abnā') » et le « *droit de l'embryon* (ḥaqq

---

<sup>43</sup> Sur cette question, nous renvoyons à notre contribution « Des usage du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Revue Droit et culture*, 59, 2010/1, p. 249-273.

<sup>44</sup> Telle la résolution émise par la sixième session de l'Académie internationale de droit islamique (*mağma' al-fiqh al-islāmā al-duwalī*), *op.cit.*

al-ḡanīn) »<sup>45</sup>.

La délimitation temporelle des quatre mois entérine une gradation négative de l'acte abortif ; de « *péché mineur* » il est requalifié en « *interdit* ». S'il n'est pas identifié juridiquement, sous la plume du conseil européen de la *fatwā*, il équivaut à la catégorie de l'« *acte abhorré à caractère licite* (*karāha tanzīhiyya*) »<sup>46</sup>. Si le péché se distingue, d'un point de vue moral, de l'erreur et de la violation d'une loi, en engageant une responsabilité personnelle devant Dieu, l'interdit postule une rupture au travers de la désobéissance au commandement divin.

Si la démarcation, qui sépare le processus vital physiologique pour laisser place à « *l'esprit* » insufflé par Dieu humanisant ainsi l'embryon, est respectée, cette position se distingue, néanmoins, de la Tradition prophétique et de l'ontogénèse qu'elle dessine, conformément au *ḥadīṭ* rapporté par Abd Allāh b. Mas'ūd<sup>47</sup><sup>48</sup>

« *Chacun de vous demeure dans le ventre de sa mère pendant quarante jours, une goutte de sperme (nutfa), puis un caillot de sang ('alaqa) d'une durée égale, puis un morceau de chair (comme une bouchée) (mudḡa) pendant une période d'une durée équivalente. Ensuite, Dieu envoie l'ange chargé de lui insuffler l'esprit (rūḥ) ».*

À l'embryogénèse qui repose sur le *continuum* d'une création progressive, faite de gradations

---

<sup>45</sup> Muḥamad al-Hawārī, « Usus binā' al-usrī fī-l-islām (Les Soubassements de l'édifice familial en Islām) », *Al-maḡalla al-'ilmiyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā'wa-l-buḥūṭ* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la *fatwā* et des recherches), *op.cit.*, p.143-156.

<sup>46</sup> C'est à dire que l'acte abortif, à l'instar des moyens anti-conceptionnels doivent être tenus éloignés de ce qui est considéré comme proscrit. « La limitation des naissances et son contrôle (*taḥdīd an-nasl wa tanzīmihī*) ». L'Académie internationale de jurisprudence (*maḡma' al-fiqh al-islāmī al-duwalī*), La Mecque : la Ligue Islamique Mondiale (*Rābiṭat al-'ālam al-islāmī*), cinquième session, du 6 au 11 février 1988, vol. 1, p. 193.

<sup>47</sup> *Ḥadīṭ* rapporté par 'Abd Allāh b. Mas'ūd. *Ṣaḥīḥ* de Muslim, Livre XLVI, Le Livre du destin (*kitāb al-qadr*), ch.1, « De la création du fils d'Adam dans le ventre de sa mère, de son viatique, de son terme, de ses œuvres, de son infortune et de son bonheur (*kayfa al-ḥalq al-adamī fī baṭn ummihi wa kitābuhu rizqihī wa aḡlihi wa 'amalihi wa ṣaḡawatihi wa sa'adatihī*). Mahmoud Matraji, *Ṣaḥīḥ Muslim*, éd.bilingue anglais-arabe (corrigé et révisé par Amira Zrein Matraji), Beyrouṭ : Dār al-Fikr, 1993, 8Vol, vol. IV-B, p.412, *ḥadīṭ* 2643.

[La *nutfa* correspond à la fécondation ovulaire, la '*alaqa* concerne l'étape de nidation, dès la deuxième semaine. Quant à la *mudḡa*, elle intéresse l'entité embryon, à la fin de la quatrième semaine]. Outre Muslim, nombreux sont les recueils qui font référence à ce dit prophétique : Aḥmad Ibn Ḥanbal, Musnad, T.I, ch.V « Le recueil des rapporteurs qui, parmi les Compagnons ont transmis de très nombreuses et prolixes traditions (*musnad al-muḳaṭirīn min al-Ṣaḡāba*) », n° 3882. Les occurrences coraniques qui abordent la question de la création sont présentes dans les sourates *Le Pèlerinage*, XXII, 5/ *Le Critère*, XXV, 5/ *Les Croyants*, XXIII, 12-14/ *La Prostration*, XXXII, 7-9/ *Le Créateur intégral*, XXXV 11/ *L'Indulgent*, XL, 67/ *La Résurrection*, LXXV, 36-39. Sami al-Dīb Abu-Sahlieh, *Les Musulmans face aux droits de l'homme, Religion, Droit et Politique*, ch. « Avortement et limitation des naissances », 1994, p. 42-52.

<sup>48</sup> Pour décrire l'ontogénèse, l'on associera à cette occurrence deux sources coraniques, la sourate *Les Croyants*, XXIII, 12, 14, d'une part : « Oui, Nous avons créé l'homme d'une quintessence d'argile puis Nous en fîmes une goutte de liquide, déposé en réceptacle sûr puis ce peu de liquide, Nous le créâmes adhérence et créâmes la mâchure ossature, et revêtîmes l'ossature de chair, après quoi Nous le promûmes d'une autre création... Béni soit Dieu, le plus beau des créateurs ». Plus symbolique est le contenu de la sourate *Les Vagues*, XXXIX, 6, d'autre part : « Il vous a créées dans le sein de vos mères, création après création, dans une triade des ténèbres » Jacques Berque, *Le Coran, essai de traduction*, Paris : Albin-Michel (coll. « La Bibliothèque spirituelle »), 1995 (éd. revue et corrigée) (1e éd. 1990).

intermédiaires depuis l'entité pré-embryonnaire du zygote, jusqu'au statut de fœtus, répond une réflexion éthique du Conseil qui s'abstient de définir la nature de l'embryon *in vivo*, valant pour le premier trimestre. Sa qualification se révèle implicitement, conformément à la manière dont il est traité. La situation de nécessité implicite convoquée par l'acte abortif, et accepté malgré tout par le Conseil européen de la *fatwā*, laisse à la femme et au couple, plus largement, un droit de disposition sur l'embryon. Ce qui, envisagé dans une réflexion éthique, renforce son caractère inchoatif.

b - Résister au « *prétexte susceptible de tendre vers le prohibé* (sadd al-darā'i') »

« À naître » et « pas encore né », l'embryon détient un rôle majeur dans la *maṣlaḥa* et la fonction distincte de qui est d'« *acquérir un avantage* (ğalb al-manfa'a) *et écarter un dommage* (wa daf' al-maḍarra) (...) »<sup>49</sup>. La question de la thérapie génique met, notamment, en exergue la qualité de l'embryon au stade pré-implantatoire, face aux utilisations expérimentales dont il peut faire l'objet. Dans la recherche commise par Alī Muhyī-l-Dīn al-Qarra Dāğī<sup>50</sup>, se déploie selon un point de vue moral qui s'articule autour du couple notionnel binaire « *maṣāliḥ* (intérêts) » et « *maḥāṣid* (méfaits) », pour interroger un exemple emblématique d'« *innovations* (mustağiddāt) » biomédicales : la « *thérapie génique* (al-'ilāğ al-ğannī) »<sup>51</sup>.

L'accent est ainsi mis sur les ambiguïtés éthiques que peuvent revêtir les techniques de traitement génétique dont, au premier chef, le glissement d'une médecine préventive vers la dérive manipulateur. Envisagée sous la rubrique : « *La modification prohibée de la création divine* (tağyyur ḥalq Allāh al-muḥarram) »<sup>52</sup>, cette réflexion intéresse, avant tout, la thérapie génique germinale et ce qui pourrait se pratiquer sur l'ovule, le spermatozoïde ou l'embryon précoce, à la faveur d'un remaniement du patrimoine génétique et de son caractère irréversible.

En prolongement des résolutions émises, lors de la quinzième session de l'Académie de droit islamique<sup>53</sup> qui a trait au « *Bénéfice à retirer pour les musulmans la technique de thérapie génique* »<sup>54</sup>. Une discrimination est ainsi dessinée entre la « *thérapie génique somatique* (al-'ilāğ al-ğannī al-ğasadī) »<sup>55</sup> et la thérapie génique germinale. Prohibée par l'instance éthique, ce traitement pointe les manipulations des cellules reproductrices (lignées cellulaires à l'origine des ovules et des spermatozoïdes) de l'embryon précoce, au prix d'un remaniement du patrimoine génétique de l'individu et d'une irréversibilité sur la transmission héréditaire à la descendance.

<sup>49</sup> al-Ğazzālī, *Al-Mustaṣfā min 'ilm al-uṣūl*, op.cit. p.286.

<sup>50</sup> « Al-'ilāğ al-ğannī min manzūr al-islāmī (*la thérapie génique à la lumière du droit islamique*) », Recueil 4, p.131-158.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.132 -133, 156.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.142.

<sup>53</sup> « Istifāda al-muslimīn min 'ilm al-handasa al-wirāṭiyya... ». 31 Octobre 1998 à La Mekke. La Ligue islamique mondiale, *ibid.*, p.148.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.153.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p.153.

Interdiction est également signifiée à l'égard du « *clonage* (istinsāḥ) »<sup>56</sup>. Cette prise de position répond au principe de conséquentialisme négative qui s'articule autour des « *effets d'actes* (mālāt al-af'āl) », qu'al-Šatībī synthétise selon « *la règle des fins* (qa'ida al-mālāt), *constitutive du fondement général* (aṣl 'āmm) *sur lequel se construit l'ensemble des règles principale* (asāsiyya) »<sup>57</sup>. À l'appui des raisons éthiques, émerge la concurrence faite à la création divine par une « *altération des qualités héréditaires créées* (taḡayyur al-ṣifāt al-wirāṭiyya al-ḥalqiyya) »<sup>58</sup>.

L'*hybris* est ainsi convoqué pour justifier l'interdit, tel le verset 30 de la sourate XXX, Rome : « *Ainsi donc redresse ta face en croyant originel, en suivant la prime nature* (fiṭra) *selon laquelle dieu a instauré les humains sans qu'il y ait de substitution* (tabdīl) *possible à la création* (ḥalq) *de Dieu !* »<sup>59</sup>. Interdiction est faite, en conséquence, aux manipulations de cellules sexuelles, au travers de techniques de prélèvement des cellules reproductrices que sont les gamètes males et femelles [spermatozoïdes et ovocytes]. Outre le désir d'une création de substitution, rien n'interdit le traitement par l'insertion d'un gène thérapeutique à visée fonctionnelle, valant pour le

« *traitement de gènes défectueux* (marīḍa) *et altérés* (mušawwaha) *pour restituer à un organe une forme normale* (sawīyya) *ou une fonction saine* (ma'hūdātī) *est autorisé légalement* (ḡāḥiḏ ṣar'ān) »<sup>60</sup>.

Il en est ainsi de la thérapie génique, à l'instar de la chirurgie réparatrice, qui « *aspire à la réparation* (iṣlāḥ) *d'une anomalie* ('ayb) *ou d'une difformité* (damāma) »<sup>61</sup>. La mention de la fiṭra, l'innéité ou « *la conception originelle* (fiṭra) »<sup>62</sup>, prolonge le sacré et son expérience dans une fonction anthropologique, par le détour naturalisant. La thérapie génique permet, ainsi, de renouer avec une disposition originelle. Puis Alī Muḥyī-l-Dīn al-Qarra Dāḡī de préconiser, à l'appui de la règle : « *plutôt la prévention que le traitement* (al-wiqāya ḥayr al-'ilāḡ) », la thérapie génique somatique, au motif d'« *empêcher et traiter [...] les maladies avérées et éventuelles* (li-man' wa 'ilāḡ [...] amrāḍ muḥaqaqa, muḥtamala) », faits « *de transmission héréditaire* (iṣtirṣād wirāṭī) *ou de prédispositions* (qābiliyya) »<sup>63</sup>.

Palier la déficience d'un gène au moyen de la thérapie génique somatique qui consiste à introduire un gène thérapeutique directement dans les organes atteints est fortement requis par les juristes. Une lecture apologétique rabattant la carte du génome et de ses connaissances à l'aune de la « *science coranique* » gratifie d'une réinterprétation du thème traditionnel de « *l'inimitabilité du Coran* » (i'ḡāz al-qur'ān). Le verset 53 de la sourate 41, *Ils s'articulent* : « *Nous leur ferons voir nos signes sur les horizons*

<sup>56</sup> <sup>56</sup> Muḥamad al-Hawārī, « Usus binā' al-usrī fī-l-islām (Les Soubassements de l'édifice familial en Islām) », *op.cit.*, p.176.

<sup>57</sup> *Al-Muwāfaqāt*, T. IV, p. 556. *Ibid.*, p.147.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.148.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.152.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.150.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.150

<sup>62</sup> Expression empruntée à Geneviève Gobillot. *La Conception originelle, ses interprétations et fonctions chez les penseurs musulmans*, Le Caire : Institut Français d'Archéologie Orientale (Ifpo), 2000.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.137, 139.

de leurs âmes » est ainsi repris, à la suite de l'Assemblée des sciences médicales, pour établir un concordisme entre Écriture et biotechnologie<sup>64</sup>.

Dans la mesure où il ne modifie en aucune manière l'hérédité, traduit en termes jurisprudentiels, le soin par le gène relève de la catégorie « *des strictes obligations à visée sociale* (bāb al-furūd al-kifā'iyya fī-l- muḡtama') »<sup>65</sup>. Relativement aux finalités/objectifs (*maqāṣid*) de la Loi, la thérapie génique somatique compte parmi les « *cinq nécessités* (al-ḍarūriyyāt al-khamsa) », essentielles à protéger, et la « *sauvegarde plus particulière de l'âme* (ḥifāz 'alā-l-nafs) »<sup>66</sup>. Relevant de la catégorie juridique « d'obligation-devoir (*wuḡūb*) », elle s'impose comme « *absolue* (muṭlaq) »<sup>67</sup> dont le non-accomplissement sera puni.

Pour justifier de la nécessité de traiter, la règle (*qā'ida*) déduite d'un dit prophétique : « *aucun préjudice [ne doit être] causé spontanément ni infligé en punition (d'un dommage subi) (lā ḍarār wa lā ḍirār)* »<sup>68</sup>, est avancée. Aussi est-ce dans cet esprit que la confirmation fait à une résolution émise par l'Académie internationale de droit islamique (maḡma' al-fiqh al-islāmī al-dawlī) de Jedda, par le conseil européen de la *fatwā* concerne, plus particulièrement, les techniques innovantes la thérapie cellulaire et les cellules souches embryonnaires.

« [...] Le conseil confirme la résolution n°57 (8/6) de l'Académie internationale de droit islamique de Jedda, relativement à la culture (*zirā'a*) d'organes reproductifs (*tunāsila*), statue :

1- La transplantation (*zar'*) d'organes reproductifs, attendu que le testicule (*ḥuṣya*) et l'ovule (*mabīḍ*) continuent à sécréter, au delà de la conception (*ḥaml*), les caractères héréditaires (*al-ṣifāt al-wirāṭiyya*) et le code génétique (*ṣafra wirāṭiyya*) du donneur (*manqūl minhu*), après qu'ils aient été transplantés dans le corps du receveur ; cette pratique est interdite à la lumière de la *Ṣarī'a*.

2 - La transplantation d'organes du système reproductif qui ne transmettent pas les caractéristiques génétiques – exception faite des organes génitaux (*'awrāt miḡliṭa*) – est autorisée en situation de nécessité légale (*ḍarūra muṣrū'a*), conformément aux freins régulateurs (*ḍawābiṭ*) et aux critères (*mu'āyyir*) légaux explicités dans la résolution n°26 (1/4) de cette académie.

Le conseil a confirmé également la résolution de l'académie internationale de droit de Jedda, n° 5/6 à propos de la transplantation de cellules (*ḥalāyā*) du cerveau et du système nerveux (*ḡihāz 'aṣabī*), par ces mots :

- Le fait d'obtenir du tissu de la glande surrénale (*ḡudda kuzriyya*) du patient, lui-même, se distingue par une

<sup>64</sup>(Al-munazzama al-islāmiyya li-l-'ulūm al-ṭibbiyya), 11<sup>e</sup> session, Kuwayt, 13-15 Octobre 1998. « *Projet de la cartographie du génome humain -le dessein de la carte complète des gènes de l'humain, une part de la découverte humaine d'elle-même* (maṣrū' qirā'a al-ḡīnūm al-baṣarī – wa huwa rasm ḥarīṭa al-ḡīnāt al-kāmila li-l-insān wa huwa min ta'arruf al-insān 'alā nafsīhi » *Ibid.*, p.137.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.137

<sup>66</sup> Elle est située hiérarchiquement en deuxième position après la sauvegarde de la religion. *Ibid.*, p.143

<sup>67</sup> notamment dans les écoles hanafite et ṣafī'ite. *Ibid.*, p.144.

<sup>68</sup> Ḥadīṭ rapporté par Mālik, *Al-Muwaṭā'*, kitāb al-aqḍiya (*Le Livre des sentences*) », ch. « *S'acquitter des services* ( *Qaḍā' al-marfiq* ) », Le Caire : Al-Naṣr wa-l- Tawzīr, 2006, n°1412, p. 354. Trad. M. Khadduri, « *Maṣlaḥa* », *Encyclopédie de l'Islam* 2, t.VI, p.728.

compatibilité immunitaire (mīza al-qubūl al-manā'ā), car la cellule est prélevée sur un même corps. Rien n'empêche (lā bā's) cette opération selon la *Šarī'a*.

- Le fait de prélever un gène animal, ne suscite aucune objection (lā māni'), si elle réussit sans être suivie d'effets délétères (maḥādīr). Les médecins ont montré que cette méthode a réussi pour de nombreuses espèces (faṣā'il) animales. Il est à espérer qu'il sera l'objet de réussite, si les précautions (iḥṭiyāt) médicales sont prises pour éviter le rejet (rafḍ).

3 - Le fait de prélever les tissus d'une cellule vivante du cerveau (muḥḥ) de l'embryon précoce (bākīr) (de la 10<sup>e</sup> à la 11<sup>e</sup> semaine) voit une modification de statut, comme suit :

- La première méthode qui consiste à prélever directement l'embryon humain du ventre de sa mère par une incision chirurgicale, puis que s'ensuit le décès (imāta) de l'embryon par le simple prélèvement d'une cellule cérébrale, cette méthode est taxée d'interdit, légalement. Une exception est mentionnée, si elle fait suite à une fausse couche non intentionnelle ou à un avortement (iḡhāḍ), fondé à sauvegarder (inqāḍ) la vie de la mère, après s'être assuré (taḥaqquq) du décès de l'embryon. Ceci, relativement aux conditions qui organisent les avantages à tirer des embryons, présents dans la décision n°95 (8/6) de cette session.

- La seconde méthode, potentiellement efficiente dans un futur proche, consistera en une culture (istizrā') de cellules du cerveau dont on tirera bénéfice (ifāda miḥā). Rien ne l'empêche légalement, si l'origine des cellules relève d'une culture licite et qu'elles ont été obtenues légalement (al-waḡḡ al-mašrū') [...] »<sup>69</sup>.

Les thématiques ici mentionnées, à la suite de la décision de l'instance éthique de Jedda, anticipent sur le progrès biomédical, en se positionnant sur les espoirs d'une médecine régénérative. Le défi, qui vise à restaurer les fonctions altérées d'un tissu ou d'un organe, pose le double enjeu de l'incertitude technique et du débat éthique. Si la technique consiste à prélever pour les cultiver et les multiplier *in vitro*, des cellules souches pluripotentes, présentes dans l'embryon précoce, elle pose les limites à l'instrumentalisation du vivant, à l'instar de la destruction des embryons, notamment.

Concernant la greffe cellulaire, l'on en compte deux types. La xéno greffe qui provient d'une autre espèce, hormis un possible rejet, ne pose pas de problème éthique. Quant à l'autogreffe, réalisée à partir de cellules du malade, ne pose pas de problème d'immunotolérance. Elle introduit, de plus, l'espoir des cellules souches adultes, capables de remplacer la délicate technique de la thérapie cellulaire embryonnaire. Le détour par l'innovation biomédicale dénote un débat bioéthique qui, au-delà des instances d'émission, préconise une harmonisation réflexive.

---

<sup>69</sup> « *Hukm naql a'dā' al-insān li-insān aḡar* (Du statut relatif au don d'organes) » *Qarārāt wa Fatawā* (Résolutions et avis jurisconsultes), *Al-Maḡalla al-'ilmiyya li-l-maḡlis al-urūbbī li-l-iftā' wa-l-buḥūt* (La Revue scientifique du Conseil Européen de la fatwā et de la recherche), Dublin, Le Caire : Dār al-tawzi' wa-l-našr al-islāmiyya, 2002, p.178-180.

La représentation embryonnaire qui s'est déroulée au fil des exemples analysés par le Conseil européen de la *fatwā* repose, avant tout, sur l'expression morphologique de l'embryon primitif, à savoir : une masse de cellules peu différenciées<sup>70</sup>, susceptible d'être détruit. Malgré des régimes différenciés, l'on convient que la vie de l'embryon *in vitro* et *in vivo*, est suspendue au « *droit des parents* ». Qu'en est-il du statut du corps, *via* l'usage médical des organes, introduit-il des ruptures anthropologiques ?

### III - De l'usage culturel du don d'organe, réparer symboliquement le démembrement

Oscillant entre une unité métaphysique insécable et des éléments organiques démembrés, la résolution du Conseil européen de la *fatwā*, « Du statut relatif au don d'organes »<sup>71</sup>, s'inscrit dans la droite ligne de celle publiée par l'instance éthique de La Mekke. Outre trois clauses, que nous analysons à la suite de l'avis, ses développements reposent sur une vision du monde, un univers de valeurs qui sont autant de réponses fondées sur des arguments culturels que le rapport au corps, exacerbé, toutefois, par le prélèvement et la transplantation d'organes, met au jour.

*« Le conseil atteste la résolution prise par l'assemblée de jurisprudence (mağma' al-fiqh al-islāmī) à La Mekke (la Ligue islamique mondiale) et la résolution de n°26 (1/4) de l'Académie internationale de droit islamique (mağma' al-fiqh al-islāmī al-dawlī) de Jedda, (dépend l'organisation de la conférence islamique (munazzama al-mu'tamar al-'amālī al-islāmī) concerne le bénéfice (intifa' bi) que retire la personne greffée de l'organe d'une personne vivante (ḥayy) ou décédée (mayt).*

#### **Du point de vue de la définition (ta'rīf) et de la classification (taqsīm)**

1- *On vise par organe ('aḍū), une part (ğuz') du corps humain, à l'instar des tissus (ansağa), des cellules (ḥalāyā) ou du sang (damā'), telle la cornée (kurniyya), qu'elle soit attachée ou séparée.*

2 – *Le bénéfice qui est le coeur de la recherche implique la nécessité (ḍarūra) pour le bénéficiaire (mustafīd) de faire perdurer l'essentiel (aṣl) de la vie, ou de sauvegarder (muḥāfaẓa) la fonction (wazīfa) vitale ou les fonctions corporelles, à l'exemple de la vision (baṣar) etc., sous réserve que le bénéficiaire jouisse d'une existence décente (muḥtarama), d'un point de vue légal.*

3 – *la catégorie du bénéfice de la transplantation (intifā') se divise comme suit :*

- *La transplantation d'organe d'une personne vivante*

<sup>70</sup> Cette étape, biologiquement, s'étend de la phase cellulaire du zygote au stade de blastocyste. Parallèlement à l'organisation génétique qui associe la fusion des gamètes maternels et paternels, l'embryon précoce constitue un organisme autonome, fort de la « *régulation épigénétique* ».

<sup>71</sup> « *Ḥukm naql al-a'ḍā' al-insān li-insān aḥar* », *Ibid.*, p.175-181



- La transplantation d'organe d'une personne sur une personne décédée.

- La transplantation d'organe depuis les embryons

**La première catégorie inclut les conditions suivantes :**

1- la transplantation d'organe d'une zone (makān) vers une zone autre d'un même corps, à l'exemple de la peau (ġild), de cartilages (ġaḍārīf), d'os (ġiżām), de sang (damm), etc.

2 - la transplantation d'organe du corps d'une personne vivante au bénéfice d'une personne autre, se divise en deux branches dont dépend l'existence ou non.

L'organe, dont la survie humaine individuelle dépend, est unique : le cœur, le foi (kabd), ou double, à l'instar des reins (kuliya), du poumon.

Quant aux organes dont dépend la survie, on compte ceux qui assurent une fonction essentielle. Nombre d'entre eux se régénèrent spontanément (tilqā' iyyan), tel le sang et d'autre pas. Certains peuvent influencer sur les descendants (insāb), les gènes (muwarriṭāt), la personnalité (šaḥṣīyya) générale, ainsi le testicule (asiyya), l'ovaire (mubayḍ) et les cellules du système nerveux (ġihāz 'aṣabī) et d'autres qui n'ont aucune influence en la matière.

**La deuxième catégorie : Transplanter un organe d'une personne décédée répond à deux cas :**

- Le premier cas est que la mort cérébrale (mawṭ al-dimā') suspend définitivement les fonctions, d'un point de vue irrévocable, médicalement.

- Le second cas est la suspension complète des fonctions respiratoire et cardiaque. Ce qui a suscité de la part de l'académie une résolution, lors de la troisième session.

**La troisième catégorie : la transplantation des organes depuis les embryons est bénéfique (istifāda min) à trois titres :**

- le statut du fœtus lors d'un avortement spontané (tilqā' iyyān)

- le statut du fœtus avorté pour raison médicale (ṭibbī) et criminelle (ġinā'ī).

- le statut des zygotes implantés (mustanbita) en dehors de l'utérus (raḥim)

**Du point de vue de la Loi et de ses statuts**

1- Est autorisé (yaġġūzu) la transplantation d'un organe sur une zone autre d'un même corps en étant convaincu que l'avantage potentiel (mutawaqqa') de cette opération ('amaliyya) prévaut sur le dommage (ḍarar) qui en résulterait. Elle est conditionnée par le fait de remplacer un organe absent (mafqūd), restituer sa configuration (ṣakl) ou ses fonctions habituelles (ma'hūda), réparer (iṣlāḥ) une imperfection, voire supprimer (izāla) une difformité (damāma) qui cause une souffrance (aḍā) psychique et physique.

2- Est autorisé le prélèvement d'un organe du corps pour être transplanté sur le corps d'une personne autre, que l'organe se régénère spontanément (talqā' iyyān), comme le sang et la peau, en tenant compte de l'état du donneur (bādil), du caractère complet de ses aptitudes (ahliyya) et de la réalisation (taḥaqquq) de la Loi suprême.

3- Tirer avantage d'un organe qui a été prélevé du corps d'autrui pour cause de maladie est autorisé, à l'instar de la

cornée d'une personne dont l'œil a été excisé (isti'sāl) pour raison pathologique.

4 – Prélever un organe qui interrompt la vie comme le cœur pour le transplanter sur autrui est interdit (yuharrimu).

5 – Prélever sur une personne vivante un organe qui interrompt (zawāl) ses fonctions vitales, même s'il ne met pas fin à l'intégrité (salāma) fondamentale de son existence, à l'exemple du prélèvement cornéen sur les deux yeux est interdit. Quant au prélèvement qui met un terme à une partie de la fonction vitale, il requiert une recherche approfondie, ainsi qu'il sera observé au paragraphe huit.

6 – Autorisation est donnée à la transplantation d'un organe d'une personne décédée sur une personne vivante si sa vie, ou si l'intégrité de ses fonctions vitales en dépendent, à la condition que la personne décédée, avant sa mort, ou ses héritiers après sa mort, ont donné leur permission (yā'duni), ou que le gouverneur des musulmans agréé que l'identité de la personne décédée est inconnue et qu'il n'a pas d'héritiers.

7 – Il convient de noter que l'accord (itifāq), qui permet de transplanter relativement aux situations sus-mentionnées, stipule qu'il ne pourrait s'opérer par l'entremise de la vente (bay'). Il n'est pas autorisé de soumettre (iḥḍā') l'être humain à la cession, quelque soit le contexte.

Quant au fait pour le bénéficiaire de rétribuer en vue de recevoir l'organe par nécessité ou rétribution (mukāfā'a) ou libéralité (takrīm), relève de la réflexion (iḡtihād) ou de l'appréciation (nazar) personnelles.

8 – Excepté pour les cas cités ci-dessus, les thèmes relevant du présent sujet mais requérant un traitement spécial seront étudiés dans une autre session, à la lumière des données médicales et des statuts de la Loi. [...]

[...]

9 – Concernant le nouveau-né anencéphale (al-lādimāḡī), il n'est pas autorisé, s'il est né vivant, à l'exposer (ta'arruḡ) au prélèvement d'un de ses organes, lorsque l'on est assuré de la mort du tronc cérébral (ḡaḡr dimāḡī). Il n'y a aucune différence (farq) de traitement avec celui d'un nouveau né de constitution normale. Lorsqu'il meurt, le prélèvement de ses organes est soumis aux statuts et conditions valant pour le prélèvement des organes d'une personne décédée : l'autorisation morale (idn mu'taba'a), l'absence d'alternative (badīl), le constat de la nécessité (ḡarūra), etc., et ce qu'inclue la décision n°26 (4/1) de la quatrième session de cette académie. Il n'est pas légalement prohibé de laisser le nouveau-né sous appareil de réanimation (in'āš), suite à l'arrêt du tronc cérébral, - qui peut-être diagnostiqué -, afin de maintenir l'activité des organes sains (šāliḡa) est un préalable en vue d'une transplantation sur une personne autre, relativement aux conditions mentionnées ci-dessus.

10 – De la limite faite au bénéficiaire (muntafi') à retirer des organes et du moyen (wasīla) mis en jeu.

Après discussion, le Conseil européen de la fatwā et des recherches, a ajouté un complément aux questions préalables, relatives au don d'organes.

a – Si le donneur ou ses héritiers désignent une personne spécifique pour bénéficier d'un don d'organe, ou qu'ils autorisent une frange de personnes à désigner la personne bénéficiaire, cette décision devra s'imposer dans la mesure du possible. Si ce n'est possible, pour une raison personnelle ou médicale, la décision revient aux successeurs de la personne décédée. En leur absence, la décision revient à une frange particulière, en vertu des intérêts (*maṣāliḥ*) musulmans dans les pays non islamiques.

b – Si une personne mentionne dans un document testamentaire la donation d'un de ses organes de manière posthume, les héritiers et autres personnes ne sont pas autorisés à modifier le testament.

c – Au cas où une loi n'explique pas le désir (*raḡba*) d'une personne de faire don de ses organes, après son décès, le don est considéré comme conforme (*muwāfiq*). En cas d'absence de déclaration de refus (*rafḍ*) le don est considéré comme un accord tacite (*muwāfaqa ḍimniyya*) »<sup>72</sup>.

La direction générale qui organise la résolution du Conseil européen de la *fatwā*, à la suite des décisions émises par l'instance éthique de la Mekke s'articule autour de la question de l'avantage à retirer du don d'organe. Le cas de transplantation d'organe d'une personne décédée (*mayt*) qui est conditionnée par la mort cérébrale, montre que la dignité d'un mort importe moins que le bénéfice retiré en sauvegardant une vie.

Quant à la transplantation d'un organe interne prélevé sur une personne vivante, il est conditionné par l'accord du donneur et la garantie de l'absence de dommage. Concrètement, la gratuité est requise<sup>73</sup> et le donneur doit être adulte. L'expertise scientifique et morale du corps médical doit être également exprimée, afin de mener à bien les opérations de transplantation. Les clauses ajoutées en complément par le Conseil européen de la *fatwā* posent le problème de la condition juridique du corps et du droit particulier sur le corps, après la mort.

La première clause ajoutée par le Conseil européen de la *fatwā*, donne la préférence à une désignation du bénéficiaire du don par le donneur ou les tiers, membres de l'*Umma*. Outre un souhait dont on peut penser qu'il ne sera pas suivi d'effets pratiques, ce positionnement est manifeste d'une protection du donneur et de son droit. Traduit en termes identitaires que la confession recouvre, il fait émerger une tension culturelle, en regard avec le principe institué en Europe de l'anonymat et des règles strictes de cloisonnement, entre le donneur décédé et le receveur. Deux types de représentation philosophique sont en jeu, au nom d'un objectif similaire : l'altruisme/*ṭāṭār*.

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.175-181.

<sup>73</sup> L'idée de non rétribution du donneur n'est pas partagée par tous les juristes ; une indemnisation peut-être versée à titre de récompense. En revanche, ce qui est exclu c'est l'intention lucrative et la recherche du bénéfice de la part du donneur. Ainsi Sa'īd Ramaḍān al-Būṭī et son avis consultatif émis le mensuel libanais, *Tabībuka. Maḡalla siḥḥiyya 'ilmiyya iḡtimā'iyya* (Ton Médecin, la revue scientifique et sociale de la santé), mars 1990.

Au caractère impersonnel et objectif d'une pratique de l'anonymat répond celui, personnel et symboliquement chargé d'une proximité affective. Quant au statut du cadavre et des débats qui s'organisent à son sujet, ils outrepassent le champ juridique islamique. Une oscillation de sa qualification est à observer, entre élévation au rang du sacré, propriété de Dieu, et déclasserement au niveau d'une chose. Relativement au « *dépôt* (amāna) » gratifié par Dieu à l'homme, le corps n'appartient pas légalement à l'homme : inviolable et sacré, il doit être restitué au premier.

Le testament qui prouve que le donneur fait don de son corps n'a logiquement aucune légitimité ; et l'on ne peut léguer ce qui ne nous appartient pas légalement ! De même que les organes humains, contrairement aux choses, ont une valeur avant tout morale, car elles ne sont « *pas évaluables pécuniairement* (māl ġayr muttaqawwam) »<sup>74</sup>. Pour contourner la difficulté, les jurisconsultes rattachent le corps à la catégorie des « *droits moraux* (huqūq ma'nawiyya) »<sup>75</sup>, les seuls à pouvoir être légués. Le consentement des héritiers (*idn al-warāta*), à cet égard, est primordial.

Préconisé par l'académie de jurisprudence de Jedda<sup>76</sup>, ce positionnement est à distinguer de la deuxième clause émise par le Conseil européen de la *fatwā*. L'accent qui est mis sur le thème consentement présumé au travers du testament. Ce dernier a ainsi vocation à mettre l'accent sur un document attestant l'expression d'une volonté subjective. Les dispositions testamentaires ne sauraient être modifiées par les héritiers ou des tiers. Le droit réel du testateur est, nonobstant, relativisé dans la dernière clause ; elle fait écho au droit positif, et notamment français qui, depuis 1976 autorise le prélèvement sur le cadavre d'une personne qui n'a pas manifesté son refus de prélèvement.

Cette disposition qui est fondée sur la volonté du défunt contribue, ainsi, à une désacralisation au profit d'une logique du « *bien commun* (maṣlaḥa) » et des situations de « *nécessités* (ḍarūrāt) » qu'elle implique. Concernant la question du don d'organe, le Conseil européen de la *fatwā* gratifie ainsi à la société un droit de disposition sur le corps des individus.

## Conclusion

Le croisement des deux sources réflexives que sont l'émission d'avis consultatifs et les développements plus théoriques des « *Recherches* » souligne une volonté d'établir une

---

<sup>74</sup>Mohsin Ibrahim, *Greffe d'organes, eutanasie et clonage. Le point de vue de l'islam et expérimentations animales*, trad. de l'anglais par Younès Dassili, 2003, Lyon : Tawhid, p.109-110.

<sup>75</sup> « Ḥukm intifā' al-insān bi-a'tā' ġism insān aḥar (*Du statut du bénéficiaire des organes prélevés sur autrui*) », *Mağma' al-fiqh al-islāmī al-duwalī* (L'Académie Internationale de Jurisprudence), Jedda : *Munaẓẓama al-mū'tamar al-islāmī* (L'Organisation de la conférence islamique), quatrième session, du 6 au 11 février 1988, vol.1, p.208.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p.190-211.

relation de réciprocité entre le champ théorique et l'évaluation pratique ; l'un nourrissant l'autre. Le premier n'a pas valeur de système de principes qu'il conviendrait d'appliquer dans l'émission des avis consultatifs. Il a bien plutôt une fonction programmatique qui aurait valeur de laboratoire pour réfléchir à des procédures qui tiennent compte du contexte européen.

Le questionnement bioéthique, à l'instar de la question minoritaire, constitue un terrain expérimental qui interpelle le *fiqh* islamique à sa marge. Opérant dans le cadre de la réflexion personnelle (*iğtihād*), l'une et l'autre approche requièrent une nécessaire construction adaptative pour traiter de situations inédites. Le thème des « *banques de lait* » a montré, à cet égard, le dépassement d'invariants, les chahutant. Répondant aux nécessités vécues dans un milieu exogène, le droit qui en est déduit peut être assimilé à une autonomisation.

C'est bien moins à l'espace européen, proprement dit, qu'au caractère inédit des situations qu'il abrite que le « *droit des minorités* » est pensé par les jurisconsultes du Conseil européen de la *fatwā* et des recherches. S'il s'exerce à l'endroit d'un droit, considéré à tort comme univoque, élaboré en contexte européen, il n'en reste pas moins attaché à un univers de référence jurisprudentiel commun, ainsi qu'en témoigne le recours aux résolutions d'instances éthiques islamiques.

Envisagé à l'aune de la réflexion bioéthique, l'enjeu de la « *jurisprudence de minorités* » est d'être interpellé par l'innovation biomédical laquelle, à son tour, nourrit la réflexion jurisprudentielle qui, loin d'être fixée univoquement, a capacité à s'adapter à des réalités nouvelles. C'est bien plutôt à la profondeur réflexive que convie la jurisprudence islamique élaborée en situation exogène. Ceci dans la mesure où si l'altérité culturelle ne conduit pas à la clôture identitaire, elle est un préalable au questionnement éthique dont les moyens pour le penser empruntent à la souplesse jurisprudentielle islamique. Ses fondements (*uṣūl*) juridiques et à une méthodologie créatifs, à l'instar des *maqāṣid* (finalités) ou de la *maṣlaḥa* (bien commun), en témoignent.