

# Presses universitaires d'Aix- Marseille

---

Droit musulman | Hervé Bleuchot

---

## Chapitre I. Formation des sources du droit musulman

## I<sup>er</sup>/VII<sup>e</sup> siècle

p. 37-74

### Texte intégral

- 1 **16—** *Génération (tabaqât)*. Les auteurs musulmans anciens périodisaient l'histoire du droit en se fiant à la succession des générations. Ils distinguaient ainsi quatre générations : celles des Compagnons du Prophète (as-saḥâba) qui comporte deux générations, les grands Compagnons (kibâr as-saḥâba) et les petits (sighâr as-saḥâba). Puis ils distinguaient les générations des Suivants (tâbi'ûn), avec la même subdivision entre les kibâr at-tâbi'un et les sighâr at-tâbi'ûn. Au total, quatre générations. La première génération correspond à celle des califes Râchidûn (les "bien conduits", les quatre premiers, de 632 à 661). Les deux générations suivantes correspondent à la majeure partie de l'époque umayyade (de 661 à 730 environ, les Umayyades d'Orient disparaissent en 750). La quatrième génération correspond à la fin de l'époque umayyade (à partir de 720-730) et au début de l'époque abbasside (jusqu'à la mort d'Harûn ar-Rachîd). Les auteurs modernes (cf. Khudârî, Zaydân, Al-Qattân) ou les orientalistes (Schacht...) s'écartent peu de cette périodisation : l'unanimité semble s'être faite sur cette date de 720-730 qui correspond pour Schacht au début de l'influence des hommes pieux, à la fin de l'époque umayyade, avant la constitution des rites.
- 2 **17—** *Un sujet de controverses*. L'histoire de la formation du droit musulman est un sujet de controverses. La raison principale tient aux caractéristiques de la documentation. Les documents du premier siècle de l'hégire sont rares et il n'existe qu'un seul grand texte assurément daté de cette époque, le Coran. Les traditions du Prophète, c'est-à-dire sa biographie (sîra) et ses dires (ḥadîth) qui forment ensemble la Sunna (tradition), sont tardives et contestées comme sources fiables par les orientalistes, mais aussi souvent, et dès cette époque, par les musulmans eux-mêmes. Elles véhiculent certainement des souvenirs authentiques, mais dans une mesure fort difficile à déterminer. Les premiers ouvrages juridiques ou

historiques sont aussi tardifs et datent au mieux du 2<sup>e</sup>/VIII<sup>e</sup> siècle, en majorité du 3<sup>e</sup>/VIII<sup>e</sup> siècle ou plus tard encore. Un énorme travail critique a été fait par les orientalistes et se poursuit encore, puisqu'il est en plein renouvellement.

3 On a donc, en simplifiant<sup>1</sup>, deux visions de la formation du droit musulman. D'une part celle, que l'on peut appeler classique musulmane, et que l'on trouve dans la plupart des ouvrages arabes. Cette doctrine reste proche de celle établie au 2<sup>e</sup>-3<sup>e</sup>/VII<sup>e</sup>-VIII<sup>e</sup> siècle. Pour elle les musulmans n'innovent pas et suivent fidèlement les sources du droit, dont ils connaîtraient dès le début la hiérarchie : d'abord le Coran, puis en cas de manque la Sunna, puis les dires des Compagnons du Prophète, puis le raisonnement analogique, etc. Nous évoquerons des ouvrages actuellement répandus comme celui d'al-Khudarî, ou d'autres le cas échéant. A cette vision musulmane s'oppose celle des orientalistes (principalement Goldziher, Tyan et Schacht). Pour eux, le fiqh a puisé sa matière dans un "substrat" socio-juridique, constitué antérieurement et qui comporte, à côté des sources prophétiques, le droit préislamique, diverses innovations introduites par les califes et d'autres, des influences étrangères, etc., cela pendant tout le 1<sup>er</sup> / VII<sup>e</sup> siècle.

4 **18** — *Plan du chapitre*. Pour cette histoire de la formation des sources du fiqh, on devra donc explorer trois ensembles : le premier, originel, est celui des coutumes<sup>2</sup> de la société préislamique (section 1). Le prophète Muḥammad en approuva, corrigea ou abolit les règles et pratiques. Son œuvre constitue le deuxième ensemble, le mieux connu, grâce au Coran (section 2). Le troisième ensemble est plus disparate. Il s'étale dans le temps jusqu'à la fin du premier siècle de l'hégire c'est-à-dire jusque vers 720-730. Il comprend à la fois l'œuvre des califes successeurs du Prophète, les apports des droits des pays occupés par la conquête islamique, la pratique des juges du premier siècle de l'hégire. C'est surtout à propos de l'existence de cet ensemble, comme source réelle du droit musulman que se situent les controverses entre les auteurs musulmans traditionalistes et les orientalistes, et entre

orientalistes eux-mêmes. Nous le traiterons en deux paragraphes, le droit sous les premiers califes (section 3) et le droit sous les Umayyades jusque vers 720 (section 4).

## SECTION I - LA SOCIÉTÉ ET LE DROIT PRÉISLAMIQUE

- 5 L'étude de la société préislamique est indispensable à l'étude du droit musulman. Elle est en effet le "berceau de l'islam" (Lammens) et de l'État islamique (certains auteurs contestent qu'on puisse parler d'État à cette époque). Du fait des conquêtes ultérieures, la société préislamique bédouine va avoir une influence considérable, inattendue, sur des sociétés plus riches et plus évoluées. Elle servira souvent de référence plus ou moins mythique que ce soit pour le commentaire du Coran, le droit ou la poésie. Nous étudierons la société arabe préislamique en même temps que ses coutumes (§ 1), puis son mode coutumier de solution des conflits, son système judiciaire si l'on préfère (§ 2).

### § 1 - La société arabe préislamique et ses coutumes

- 6 **19** — *Le contexte historique. Les religions d'Arabie centrale.* L'Arabie au début du VII<sup>e</sup> siècle était un monde marginal, mais ni clos, ni isolé. L'Arabie du Sud, ou "l'Arabie heureuse" (c'est-à-dire le Yémen actuel) constituait le lieu principal de la civilisation arabe originaire. L'Arabie centrale n'en formait qu'une marge de ce point de vue, tandis que les parties septentrionales de l'Arabie se trouvaient sous l'influence des Empires byzantin et perse.
- 7 L'Arabie heureuse, arrosée par les moussons, était un pays agricole (céréales, fruits, légumes, vigne, encens, myrrhe...), urbain, pratiquant le grand commerce avec l'Inde, le Golfe persique, l'Éthiopie, l'Afrique et surtout avec l'Empire romain. Sa civilisation peut être dite hellénistique, mais elle avait incorporé des influences indiennes. On y parlait une langue sémitique, le sud-arabique, différente de l'arabe. Sa religion était polythéiste et on la rattache au groupe des religions

sémitiques du Sud (Caquot in Puech, t. 1, p. 307 sq.). Ses pratiques sociales, ses coutumes, son droit, sont mal connus en raison surtout des difficultés d'interprétation des termes techniques. Les cinq États (Saba, Ma'în, Qatabân, Hadramaout, Awsân) qui la composaient étaient toujours en guerre. C'étaient des monarchies où dominait un groupe ethnique mais où fonctionnaient des sortes de conseils consultatifs.

- 8 Les Arabes du Centre et du Nord y étaient employés comme mercenaires. Ce sont les "arabes de la tente" (en grec : sarakênos, mot d'où vient notre "sarrasin"). Ils vivaient en marge de cette civilisation mais étaient aussi captés, attirés par les Romano-Grecs, par les Perses au Nord qui les employaient comme mercenaires. Les Arabes d'Arabie centrale nourrissaient donc l'émigration vers le Nord et le Sud. Deux royaumes arabes vassaux des Empires existaient au Nord : le royaume de Hîra, ou des Lakhmides, au Nord Est, chrétien nestorien, et allié des Perses. Au Nord-Ouest, celui des Ghassanides, chrétien monophysite, et allié des Byzantins. Mais les Ghassanides s'entendaient mal avec leurs maîtres (qui étaient orthodoxes) et souvent se retournaient contre eux.
- 9 A la fin du VI<sup>e</sup> siècle et au début du VII<sup>e</sup> une série de guerres ravagea l'Arabie du Sud et affaiblit Perses et Byzantins. Par contrecoup la position des fournisseurs d'hommes, les Arabes du Centre et du Nord, autant que la position des petites places commerciales comme La Mecque se trouvèrent renforcée.
- 10 En Arabie centrale se trouvait donc un peuple pauvre, vivant dans le désert, grâce à l'élevage de chameaux et de petit bétail. Ces bédouins nomades vivaient en dominant les sédentaires des oasis : ils les protégeaient, ils les exploitaient (tribut), ils attaquaient et pillaient ceux qu'ils ne protégeaient pas. Les guerres entre nomades y étaient incessantes, mais ces razzias étaient peu meurtrières : on cherchait à voler, pas à exterminer. Les bédouins pratiquaient aussi un commerce international ou plutôt servaient de guides, ou d'escorte, à ce commerce. Ils prélevaient des droits de passage et pillaient toutes les caravanes mal défendues. On a pu soutenir que le

rapport des bédouins aux sédentaires était à l'inverse : les nomades auraient été soumis aux sédentaires qui contrôlaient les échanges autant que les centres de pèlerinage et disposaient de forces mercenaires. C'est probablement vrai de la Mecque.

- 11 Dans le désert on adorait des pierres, des météorites, des arbres, des sources... Chaque tribu se référait à un de ces objets sacrés qu'il entourait d'un *ḥaram*, lieu de culte, donc zone réglementée d'interdits religieux et qui avait son desservant (*sâdin*). La divination et la magie étaient fort pratiquées. Une tendance à la personnalisation des dieux et à leur représentation sous forme d'idoles se faisait jour. Les rapports mythologiques entre les dieux et leur présence dans les lieux sacrés suivaient de manière complexe les rapports intertribaux, leurs alliances, leurs généalogies.
- 12 La Mecque (et d'autres villes) constituait déjà une société urbaine dont le type évoluait vers le type de civilisation du Sud. C'était un *ḥaram*, où se tenaient plusieurs dieux et déesses. On y adorait des idoles comme Houbal, idole de cornaline rouge. On y invoquait peu Allah, le créateur, et beaucoup ses trois filles Al-Lât (Vénus, l'étoile ?), Al-Uzzâ (Vénus aussi ?) et Manât (déesse du sort ?). Plusieurs groupes tribaux, s'y référaient, signe qu'une recomposition de la religion arabe était en cours. Par exemple Al-Uzzâ était aussi adorée à Hîra, Manât à Yathrib (Médine), mais le scepticisme envers les problèmes religieux, qui était assez répandu, signalait encore cette crise religieuse. Les Arabes vivants sous l'influence de la Mecque y effectuaient un pèlerinage pendant lequel on respectait une trêve de quatre mois (*dhû l-ḥijja*, *dhû l-qa'da*, *rajab*, *muḥaram*). Le pèlerinage comportait peut-être des séances de circumambulation (*tawwâf*) autour d'un temple cubique, la Ka'ba, et des sacrifices de bétail. Il était associé à des foires commerciales.
- 13 Enfin on trouvait en Arabie des communautés arabes juives (surtout au Yémen et dans les marges byzantines et perses, mais aussi dans les oasis, comme à Yathrib), le plus souvent sédentaires. Les communautés chrétiennes (Najrân, Yémen)

étaient plus dispersées, car le plus souvent nomades. Des convertis isolés se rencontraient un peu partout. En restaurant la prééminence d'Allah, en proclamant son unicité, le prophète Muḥammad opéra une adaptation révolutionnaire de la religion de ses ancêtres face aux religions universelles.

14 **20** — *La société bédouine*. La société bédouine n'était pas centralisée ni vraiment organisée. Le bédouin est une sorte d'individualiste qui se méfie de tout pouvoir et est toujours prêt à empêcher la montée en puissance de ses frères, quitte à s'allier avec eux contre ses cousins ou ses voisins, mais avec lesquels il peut s'allier pour lutter contre une autre tribu. On a donc affaire à une société traditionnelle de type segmentaire. L'individualisme auquel on a fait allusion n'avait rien de commun avec l'individualisme occidental : il procédait d'une morale de la chevalerie, exaltant l'exploit sur le champ de bataille autant que l'exploit de générosité<sup>3</sup>, mais il restait lié à la solidarité familiale et tribale. La société bédouine était (et est encore) pyramidale et fondée sur les liens de parenté. On distingue trois divisions fondamentales : la famille, le clan qui est un regroupement de familles, et la tribu (avec parfois des sous-tribus). Les tribus, surtout les plus petites, pouvaient se regrouper et former des alliances ou des confédérations.

15 Une tribu joua un rôle important dans l'histoire musulmane, celle de Quraych. C'était une sous-tribu, exactement les Quraych de l'intérieur (Quraych al Batâ'ih). Elle dominait la Mecque. Elle se subdivisait en clans ou sous-clans dont les Hachémites (Banû Hichâm) et les Umayyads (Banû 'Umayya). Du clan hachémite sont issus le prophète Muḥammad ; son cousin 'Alî Bn Abî Tâlib, qui sera le quatrième calife ; ainsi que al-'Abbâs Bn 'Abd al-Muttalib, oncle du Prophète, dont les descendants fonderont la dynastie abbasside en 750. Du clan umayyade sont issus 'Uthmân Bn 'Affân, qui sera le troisième calife ; Abû Sufyân, le principal personnage de La Mecque dans les années 620-630 et dont le fils Mu'âwiya fondera la dynastie umayyade. Abû Bakr, le premier calife, appartenait au clan des Taym, tribu des Quraych, et 'Umar Bn al-Khattâb, le deuxième calife,

- appartenait au clan des Banû 'Adi Bn Ka'b, un clan rattache à la sous-tribu des Quraych de l'extérieur (Quraych az-zawâhir).
- 16 Le lien essentiel était celui du sang, de la parenté. La généalogie (al-nasab), réelle ou légendaire, jouait un rôle important. On le constate dans la composition du nom propre arabe : la descendance (par ex. Abû Bakr, père de Bakr) précède le nom personnel (par ex. Muḥammad) et ce dernier est suivi de la filiation (par ex. Bnu 'Affân, fils de 'Affân). On ajoute encore divers déterminatifs soit de lieu (par ex. Al-Baghdâdî, le Baghdadien) soit un surnom (par ex. Al-Muqaffa', le manchot)<sup>4</sup>.
- 17 Dans la famille bédouine, le père exerçait une autorité absolue sur ses femmes, ses filles, ses fils, ses belles-filles, les enfants, les domestiques, les clients, les esclaves... L'adoption (tabannî) était fréquente. On adoptait des enfants trouvés, des esclaves, des orphelins. Les clients (mawlâ, pl. mawâlî) étaient des esclaves affranchis, des étrangers protégés. On passait parfois une sorte de contrat de clientèle par serment : la tribu s'engageait à protéger le client, à le venger, à payer ses dettes. Il devenait membre de la tribu et devait se battre pour elle. Cette solidarité tribale est appelée 'asabiya, esprit de corps. A l'inverse, un homme pouvait être expulsé de la tribu. Il était alors sans défense et voué à une mort rapide si une autre tribu ne le recueillait pas. Les esclaves étaient souvent des Arabes, pris au cours des guerres, ou bien des enfants d'esclaves. Par le droit du voisin (jîwâr) un individu pouvait recevoir dans une autre tribu une protection temporaire (le protecteur : mûjîr, le protégé : jâr, voisin). Le contrat pouvait se faire en dépit de l'absence de consentement : en accrochant son seau à côté de celui du mûjîr par exemple, en partageant le même repas, par ruse...
- 18 La fille était une sorte de bien de famille que le père cédait contre une compensation matrimoniale<sup>5</sup>. Le mari qui en faisait l'acquisition pouvait la répudier. Elle pouvait s'échapper chez son père qui restituait la compensation. La polygamie existait, mais elle était rare semble-t-il. Les divorces étaient fréquents. Le concubinage avec les esclaves-femmes était considéré



comme normal. Des indices laissent penser que la prostitution était aussi chose courante. La veuve restait dans la famille de son mari. Elle devait passer au beau-frère, (comme dans le lévirat juif) ou au fils, mais ils pouvaient la marier à d'autres.

19 L'endogamie était favorisée : le meilleur mariage était celui qui avait lieu avec la cousine (bint al-'amm). La raison en était que les biens collectifs de la famille devaient demeurer sa propriété. L'héritage d'un homme passait à son fils adulte (le père était exclu), ou au père (s'il n'y avait pas de fils), ou aux frères, jamais aux femmes. Le jeune garçon ne pouvait hériter car il était considéré comme incapable de défendre le bien collectif de la famille. L'individu en général ne possédait que quelques objets en propre : quelques armes, sa selle, ses vêtements et quelques ustensiles.

20 **21** — *La tribu, organisation interne.* La tribu avait d'abord un chef : le sayyid ou chaykh. Le choix du chef ne se faisait ni par élection, ni par filiation, mais par le consensus qu'entraînait le prestige du candidat, souvent le paterfamilias du clan dominant, le plus nombreux, le plus riche de la tribu. C'était, la plupart du temps, le fils aîné du chef défunt qui était choisi, le successeur à la tête du clan dominant devenant le successeur à la tête de la tribu. On ne lui prêtait pas serment ni hommage. Aucune cérémonie d'intronisation ou d'investiture n'avait lieu, on n'a donc pas affaire à une société féodale. Les pouvoirs du chef étaient limités et la tribu pouvait ne pas suivre ses avis (ra'y). Son pouvoir était surtout celui de son clan (le clan dominant), donc en fin de compte il était toujours sous la surveillance des autres chefs de clans. Il n'avait pas non plus de pouvoir législatif ni judiciaire.

21 Gravitant autour du chef, divers personnages de la tribu avaient une certaine importance. On doit citer le porte-parole (khâtib), le devin (kâhin), le desservant du haram (sâdin), le poète (châ'ir). Ces fonctions n'étaient nullement institutionnalisées et fixes, il s'agit plutôt de rôles, et le chef pouvait jouer le rôle de kâhin, s'il en avait la compétence, le châ'ir celui de khâtib, etc.

22 Dans la tribu il existait aussi une assemblée tribale. Elle recevait des noms divers : al-nâdi, al-adwa, al-mala' (surtout dans le Coran), al-maqâma, al-majlîs, etc. Elle comprenait les notables de la tribu ou du clan. Elle s'occupait surtout de travaux agricoles, d'aide sociale, du respect des coutumes, et elle arbitrait les joutes oratoires (al-mufâkhara). Elle prenait ses décisions par consensus<sup>6</sup>, mais elle n'avait pas non plus à elle seule le pouvoir de décision, ni de contrainte. Il lui fallait aussi l'accord du chef et de la tribu, ou du moins leur non-résistance, il lui fallait persuader. C'est là que réside le véritable sens de la consultation (ach-chûra) à laquelle fait allusion le Coran (3, 159 ; 42, 38) : dans ce type d'assemblée, on discute des heures jusqu'à ce qu'on tombe sur un accord, car l'opposition d'un seul suffit à relancer la discussion. La décision est collégiale. Elle s'exécute par la bonne volonté de tous. Il en résulte, parce que l'argument le plus convaincant est l'évocation d'un précédent, que cette sorte d'assemblée est très conservatrice, très attachée à la coutume, aux usages admis par tous de tout temps.

23 **22** — *Relations entre tribus*. Mais en temps de guerre, le chef avait beaucoup plus de pouvoir comme qâ'id, chef de guerre. Il avait notamment droit au quart du butin en raison de ses lourdes charges. C'était d'abord l'hôte de la tribu, celui qui recevait les invités au nom de tous. Mais surtout il devait payer le prix du sang d'un contributeur assassin : c'est pourquoi on l'appelle aussi le "porteur de diya", "porteur de centaines" (de chameaux, car 100 chameaux est le prix de base pour compenser la mort d'un homme). Malgré l'importance de la généalogie, de l'attachement à la lignée, il ne s'est pas développé une autorité stable et héréditaire de type monarchique en Arabie. C'est surtout parce que le nomadisme semble assez hostile à l'autorité et que les guerres tribales visaient à voler, à piller, pas à soumettre ni à conquérir, jeux de sédentaires avides de terres.

24 La razzia (al-ghazw) avait un but économique. Elle ne pouvait se produire pendant la trêve (religieuse) des quatre mois. Le ghazw ne devait causer de mal à la victime que dans la mesure

nécessaire au pillage. On évitait donc le meurtre qui ouvrait droit à la vengeance. Les mutilations (muthla) étaient condamnées par la coutume et réprochées même pendant la bataille. La bataille était affaire de ruse, de surprise. Après la victoire, une fois prélevé le quart du chef, on se partageait le butin entre tous les combattants. Les captifs étaient échangés contre rançon ou gardés comme esclaves.

- 25 Le rétablissement de la paix, comme tous les rapports intertribaux, se négociait par délégations (wufûd), chacune conduite par le porte-parole (khâtib). Outre les affaires de meurtre et de compensation, on négociait des droits de passage, des accords commerciaux (îlâf), des pactes de non-agression (muwâda'a).
- 26 Quand les tribus se rassemblaient ensuite pour un marché ou pour un pèlerinage, la bataille était magnifiée par les poètes de la tribu. La poésie donnait même lieu à des concours, très sérieusement jugés. L'art de la parole, de l'insulte, de la propagande était très prisé chez les Arabes de cette époque. Outre la vendetta, on chantait les amours, la murûwa (virilité), l'hospitalité, etc., car, même quelque peu indifférents sur le plan religieux, les Arabes avaient des valeurs, bien centrées sur la chevalerie (futuwwa, de fatâ, jeune guerrier).
- 27 **23** — *La Mecque. Le commerce.* Du côté sédentaire, on se procurait des revenus d'une tout autre manière. Par le travail de la terre, bien sûr, mais aussi par le grand commerce. La Mecque était la plus importante des villes commerciales.
- 28 Elle possédait un grand conseil, al-mala', qui dirigeait par persuasion plus que par force. C'était une "république de marchands" (Lammens), comparable à Palmyre ou à Venise. Une sorte d'aristocratie de riches personnages avait développé un commerce important, mené par de grandes caravanes (certaines de 2500 chameaux), transportant l'or et l'ivoire de l'Afrique, la soie de Chine, les armes de Perse, les vêtements d'Egypte, les épices d'Arabie... Tout le monde pouvait participer, même avec un apport dérisoire, et espérer un profit régulier de 100 % (*SEI : Shorter Encycl. of Islam*).

- 29 Pour ce commerce il existait bien sûr un droit ou des usages commerciaux. On ne le connaît surtout qu'à travers le Coran et les *ḥadīth*, ce qui pose des problèmes complexes, car on risque de projeter le droit musulman sur le droit préislamique (Schacht, *Introduction*, p. 18). A côté de différentes formes de ventes, et de prêts à intérêt (souvent usuraire), la ville connaissait diverses formes d'associations commerciales (par exemple la *commandite*, *muḍāraḥa*) et de contrats (en particulier agricoles). L'usage de l'écrit était courant. Ce droit comprenait aussi nombre de traits archaïques : il existait des ventes aléatoires curieuses, comme la vente au toucher, ou la vente au jeté de caillou, ou au jeté de vêtement (*bay' bi-l-mulāmasa*, *bay' bi-l-ḥasā*, *bay' bi-l-munābadha*), mais on n'en connaît pas exactement le fonctionnement. Les flèches divinatoires pouvaient aussi être utilisées pour les partages. Ces aspects furent éliminés du droit musulman.
- 30 Il est probable que l'extension de ce capitalisme marchand provoqua des tensions sociales. On a souvent présenté la naissance de l'islam comme une révolution sociale : les agriculteurs, les bédouins et les déclassés de toutes sortes se seraient révoltés contre le capitalisme mecquois. Les choses sont évidemment bien plus complexes, mais il est certain que des liens existent entre l'économique, le social et le religieux à la naissance de l'islam (cf. Décobert).

## § 2 - Le règlement des conflits

- 31 **24**— *La sunna des Arabes. L'arbitre*. On a dit que la coutume<sup>7</sup> jouait un rôle très important. Elle faisait référence à la *sunna*<sup>8</sup>, au précédent, à la tradition. La mentalité bédouine était très conservatrice, hostile à l'innovation, comme dans toutes les sociétés traditionnelles. L'assemblée tribale ne pouvait modifier la coutume : elle n'était pas un organe législatif, capable d'imposer des vues nouvelles. En revanche on a soutenu que le *ḥakam*, l'arbitre, avait une certaine influence et pouvait pousser à une modification de la coutume.
- 32 Le *ḥakam*, qui pouvait être aussi un devin, un prêtre (*kāhin*), un évêque chrétien, un poète, un lettré, un ascète, etc. (Tyan

p. 41-48), jouait effectivement un rôle important. Des hommes prestigieux ont-ils pu initier une coutume ? D'après l'historien al-Ya'qubî, 'Abd al-Muttalib (le grand-père du Prophète) aurait porté la diya (prix du sang) à 100 chameaux au lieu de 10 ce qui aurait diminué la criminalité. Buhl met en doute cette tradition (*SEI*, p. 7). D'après Al-Bakri un hâkim tenta de faire triompher la coutume d'interdiction de l'alcool.

33 Mais en général le hâkam est un individu, un particulier, pas un législateur. Lui aussi doit agir par persuasion, lui aussi se heurte à la force du précédent. Probablement devait-il présenter les nouveautés sous le masque de la coutume. Il est certain que toutes les coutumes évoluent (Balandier), de cette façon, ou par référence à des mythes contradictoires, et donc que les innovations sont difficilement repérables.

34 Pour la justice, il faut distinguer trois situations : les cas où l'appel au hâkam ne se faisait pas ; les cas où l'appel au hâkam était facultatif ; les cas où l'appel était obligatoire.

35 **25 — La vengeance.** Le cas d'une meurtre commis par un membre d'une tribu contre une personne d'une autre tribu donnait lieu à la justice privée, à la vengeance, alors que le meurtre entre personnes d'une même tribu donnait lieu à un arbitrage.

36 Entre groupes différents donc, on pratiquait la vengeance (tha'r). La vengeance sauvait l'honneur de la tribu et assurait le repos de l'âme de la victime. Le droit de vengeance appartenait à toute la tribu mais plus spécialement au proche parent. Le vengeur s'appelait le walî ad-dam (le responsable du sang). Il cherchait à tuer le meurtrier ou tout autre membre de sa tribu, parfois plusieurs membres, souvent des nobles de cette tribu, car naturellement il exagérait la valeur de son parent mort. Ces meurtres constituaient une obligation religieuse : tant que le vengeur n'avait pas tué, il ne buvait pas de vin, il ne mangeait pas de viande, il ne s'approchait pas des femmes, il ne se lavait plus...

37 Le tha'r était adouci par la diya, prix du sang, c'est-à-dire la composition volontaire, le prix versé par le meurtrier ou sa tribu pour empêcher l'autre tribu d'exercer la vengeance. Son

but n'était pas la justice, car on ne visait pas spécialement à faire payer le meurtrier, mais à arrêter les désordres. Malgré la poésie qui mettait en valeur le meurtre par vengeance, la composition était fort pratiquée.

38 Le montant de la compensation était fixée par la coutume. Il était de 100 chameaux pour un homme libre. Moins s'il s'agissait d'un mawlâ, d'une femme, d'un esclave, etc.. Parfois il fallait payer plus : selon le ḥadīth, le prophète Muḥammad, agissant comme un chef de tribu, a payé une fois 130 chameaux pour un meurtre commis par un musulman.

39 Pour les autres atteintes aux personnes (blessures), la coutume fixait la compensation pécuniaire. La coutume semble-t-il n'admettait plus le talion (qisâs) (oeil pour oeil, dent pour dent) et imposait la compensation (Tyan p. 34).

40 26 — *L'arbitrage*. Ce n'est qu'en cas de contestation dans les affaires de sang (meurtres, blessures), notamment sur le montant de la diya, qu'on avait recours à l'arbitre. Parfois aussi quand les négociations entre les deux tribus étaient trop dangereuses en raison de l'excitation des esprits.

41 Dans les autres matières juridiques (patrimoine, mariage, commerce, atteintes à l'honneur) l'arbitrage s'imposait, que l'affaire soit interne ou externe à la tribu. Les foires commerciales, les rencontres poétiques étaient contrôlées par des ḥakam, qui jouaient le rôle de contrôleur des marchés. Ils avaient souvent à cette occasion des charges administratives. Non seulement ils réglaient les conflits créés au cours de la manifestation même, mais on venait de loin pour leur soumettre des litiges de toutes sortes. Leur action fut très positive pour mettre fin aux vendettas incessantes (Tyan, p. 33-40).

42 La procédure commençait par l'accord des deux parties sur le choix du juge, accord indispensable, même quand l'arbitre fut le prophète Muḥammad. C'est dire qu'une partie seule ne pouvait obliger l'autre à comparaître par l'intermédiaire de l'arbitre : l'accord des deux parties était nécessaire pour la suite de la procédure. Souvent même les parties parvenaient à un accord à l'amiable sur le fond sans en appeler à l'arbitre. Le

ḥakam pouvait refuser de juger une affaire : les parties devaient alors en chercher un autre. Le ḥakam en effet pouvait craindre dans certains cas de se faire des ennemis ou que son autorité soit bafouée. Parfois il n'acceptait qu'après avoir contraint les parties par serment à accepter sa sentence future. Une autre garantie existait, celle du rahn (littéralement gage, garantie) : on remettait des otages à un tiers ou à l'arbitre : si le perdant n'exécutait pas la sentence, les otages de la partie perdante étaient vendus en esclavage.

43 Les parties établissaient en commun une formule, une question simple à soumettre au ḥakam : telle femme est-elle adultère ? La diya d'un mawlâ est-elle de 50 chameaux ? Telle tribu est-elle supérieure par ses exploits à telle autre ? (ce genre de conflit d'honneur était très fréquent). Elles faisaient aussi une sorte de pari : en cas de victoire d'une partie, elle remporterait tel objet (des chameaux). Ce pari ne constituait pas l'objet du litige mais une sorte de compensation supplémentaire, le "prix de la colère". Il n'excluait nullement le prononcé d'une véritable peine : l'exil pour telle personne ou telle autre, l'obligation de payer une diya de tant de chameaux à la tribu gagnante, etc. Le vainqueur faisait souvent alors le sacrifice des chameaux du pari au profit des assistants du procès qui mangeaient les bêtes en louant l'arbitre et le vainqueur.

44 Les procès se déroulaient en public, devant le domicile du ḥakam, avec un grand concours de foule : amis et parents des parties, beaucoup d'étrangers à l'affaire, curieux, poètes, etc... Le ḥakam, quand il s'agissait d'un kâhin (devin) était soumis à l'épreuve de la divination : il devait par exemple retrouver un objet caché. Cette cérémonie était souvent formelle, rituelle. Elle était là pour souligner le caractère religieux du juge, son pouvoir divinatoire, sa communion avec les puissances célestes et corrélativement l'importance de suivre la sentence. Les parties exposaient brièvement la situation. Il n'y avait pas une grande abondance de preuves, de témoignages, etc., car on se fiait surtout au pouvoir divinatoire du ḥakam. Dans les

conflits de prééminence (munâfara) on assistait à de véritables joutes poétiques en vers ou en saǰ' (prose rimée).

- 45 La sentence aussi était en saǰ'. Précédée d'une invocation à la divinité ou à la nature (dont on a des exemples dans le Coran, sourates de la fin), elle consistait en quelques phrases brèves. Parfois le ḥakam rappelait la coutume ou proposait une législation. Le juge pouvait donner de simples avis, ou un conseil, ou soumettre la question à une autre question ce qui était une manière de ne pas résoudre le fond. La sentence du juge n'était pas exécutoire, mais le prestige du juge, la qualité de la sentence, la remise d'otage jouaient en faveur de son exécution. Mais la non-exécution était fréquente si le ḥakam manquait de prestige, si l'opinion ne suivait pas ou si le clan du vaincu était très puissant et cela pouvait dégénérer en conflit armé.
- 46 On voit donc que la justice dans cette société bédouine, comme le pouvoir, reposait en grande partie sur le prestige et l'autorité morale de ceux qui l'exerçaient. L'opinion publique qui s'exprimait à travers la coutume, ou par la voix des hommes éminents, ou dans la poésie, était en fin de compte le frein essentiel de l'individualisme familial ou ethnique.

## SECTION II - DROIT ET JUSTICE À L'ÉPOQUE DU PROPHÈTE

- 47 La source quasi unique du droit, tel qu'il a été modifié par le prophète Muḥammad, est le Coran. Les autres sources, la vie du Prophète (sīrat an-nabī) et ses dires (ḥadīth) qui constituent la tradition islamique (Sunna) sont postérieures et marquées par le souci de conformer l'histoire à des vues théologiques et politiques qui sont celles de l'époque abbasside, c'est-à-dire postérieure à 750. Toutefois on ne peut en faire totalement abstraction : sans la Sunna le Coran serait incompréhensible, ne serait-ce que parce qu'elle éclaire maints passages par la vie du Prophète. Du point de vue de l'histoire du droit, il nous faut examiner trois questions, la révélation islamique (§ 1), le rôle judiciaire et législatif du Prophète (§ 2), enfin les grandes lignes de la législation coranique (§ 3).



## § 1 - La révélation islamique

- 48 **27** — *Une révélation dans le temps* On divise la vie du Prophète en deux périodes principales : la période mecquoise, de sa naissance à son émigration (570 à 622) ; la période médinoise, de son émigration à sa mort (622 à 632).
- 49 Pendant la première période, même après le début de son inspiration ou de sa prédication, on ne peut parler d'une histoire du droit. Le but du Prophète était principalement d'implanter une foi nouvelle, monothéiste, face au polythéisme ou à l'indifférence de ses contemporains. Certes cette foi nouvelle avait des incidences pratiques du fait de ses multiples recommandations morales, mais, du point de vue juridique, on ne peut y distinguer que des indications très générales. Le lecteur vérifiera dans l'annexe 1, consacrée aux citations juridiques du Coran, que les sourates mecquoises ont fourni très peu de prescriptions.
- 50 Après son émigration à Médine (622) la situation changea complètement. Le simple particulier qu'était le Prophète à la Mecque devint un chef d'État, celui du premier État musulman<sup>9</sup>. Le persécuté de la Mecque, l'immigré de Médine, décidait désormais de la justice, donc de la vie et de la mort, comme de la paix et de la guerre, en se référant sans cesse au texte qui lui parvenait, le Coran. Cette "descente" (nuzûl) du livre sacré des musulmans se faisait à la suite d'incidents divers ou de questions, ce que les fuqahâ' appelleront par la suite asbâb an-nuzûl, les causes de la descente, et dont la connaissance, fournie par la Sunna, leur sera très précieuse pour l'interprétation du texte sacré. Certaines parties du Coran ne possèdent pas de ce type de contexte : les fuqahâ' disent alors que Dieu avait jugé que les temps étaient mûrs pour une nouvelle révélation ou législation.
- 51 Un autre trait de la révélation coranique a été souligné depuis longtemps : son caractère progressif. Il ne s'agit pas seulement du fait que la révélation s'effectue par découverts successifs, en sorte qu'une même question (la répudiation par exemple) se trouve traitée dans plusieurs sourates (dans l'exemple sourates 2 et 65 surtout), mais qu'elle change de

nature au fur et à mesure de son dévoilement. Ainsi pour le jihād, la lutte contre la mécréance, le Coran le restreint d'abord à la patience (73, 10-11), puis il le met sous le signe de la permission (22, 41), enfin de l'obligation (2, 216). Un autre exemple classique est celui du vin, décrit d'abord comme un bien et un mal (2, 219), puis interdit avant la prière (4, 43), enfin interdit absolument (5, 90).

52 **28** — *Interprétations actuelles*. Les auteurs contemporains (Zaydân p. 112 sq., Al-Khudarî p. 15 sq.) aiment à souligner aussi l'existence de principes dans le Coran et en particulier celui du raf' al-ḥaraj, l'élimination de la gêne. Par ce concept, ces auteurs visent tout ce qui concerne les excuses dispensant de l'obéissance à la loi (maladie, voyage, contrainte, erreur, oubli), le souci d'alléger le nombre des prescriptions, et de manière plus générale encore la prise en compte de l'intérêt de la communauté et des buts généraux de la loi. On est bien sûr déjà dans une lecture interprétative du Coran.

53 Le caractère progressif de la révélation conduit nos auteurs à examiner la question de l'abrogé et de l'abrogeant, qui est, comme la question précédente, un problème qui ressort des usûl al-fiqh. L'existence de versets qui en abrogent d'autres semble pour certains une conséquence nécessaire de la progressivité de la révélation. Zaydân par exemple s'appuie sur divers exemples comme celui du changement de qibla (2, 144), ou celui de l'abrogation de l'obligation du testament (2, 180), par les versets sur les parts (4, 7-12). Il évoque aussi un ḥadîth abrogeant un autre ḥadîth à propos de la visite des tombeaux. L'exemple du passage de la 'idda (période de viduité, voir n° 36) d'un an à 4 mois (2, 240 abrogé par un verset antérieur 2, 234) pose de toute évidence le problème de la chronologie des versets. Al-Khudarî pense qu'il n'existe pas d'abrogation à proprement parler, mais de précisions successives ou d'effets de style (p 19-24).

54 Zaydân examine aussi la question de l'ijtihād (recherche de la loi divine) du Prophète et de ses Compagnons et il conclut à son existence, quoique n'étant pas source de législation en tant que tel. En effet ou bien l'ijtihād du Prophète n'était pas

abrogé par une révélation coranique et alors il était révélation, ou bien il était abrogé et il n'était ni source de législation, ni révélation. Son utilité n'était de ce fait qu'exemplaire (p 114 sq.). L'exemple classique est celui du traitement des prisonniers après la bataille de Badr : après consultation des Compagnons, le Prophète se décida à les rançonner tout de suite. Une révélation postérieure vint lui donner tort, en lui signifiant que la mise en rançon des prisonniers ne doit être faite qu'après la fin de la guerre (8, 67).

- 55 Abû Zahra (*Tarîkh*, p. 238-240) souligne que le Prophète peut se tromper dans les affaires sans rapport avec la religion ou la loi islamique, mais aussi en matière de jugement. Muhammad aurait affirmé : "Il est possible que l'un d'entre vous soit plus habile à prouver sa cause qu'un autre, mais ce que je lui aurais accordé contre son frère ne sera qu'une part d'enfer." Pour Abû Zahra, on n'a pas d'exemple d'erreur du Prophète en la matière, mais il demeure nécessaire de distinguer les actes législatifs du Prophète, qui sont révélation, de ses actes d'application de la législation, qui peuvent être erronés. Un autre *hadîth* du Prophète affirme (à propos de la pollinisation des palmiers) : "Vous êtes les plus experts (*adrâ*) pour les choses de ce monde." Ce dire départagerait le domaine religieux du domaine profane, et certains modernistes s'en servent pour écarter la loi islamique, ce que Abû Zahra dénonce, tout en admettant la distinction des deux domaines.
- 56 On voit que pour les modernes l'histoire de la révélation coranique tend à se confondre avec le chapitre des *usûl* consacré au Coran ou à la Sunna. Logiquement, pour être une véritable histoire, elle devrait traiter du classement chronologique des sourates et en proposer une vision claire, certainement en relation avec les pratiques sociales de la première communauté. Quant à la discussion, pour être véritablement historique, elle devrait se placer dans la problématique de l'époque. Mais pourra-t-on jamais la connaître ?

## § 2 - Le rôle judiciaire et législatif du Prophète

- 57 La question de savoir si le Prophète était mujtahid se pose bien évidemment dans le cadre de la foi islamique, car il s'agit, pour le croyant, de savoir si le Prophète a eu un rôle propre dans les intervalles de la révélation, ce qui a des incidences sur la nature de l'ijtihâd. Tout autre est la façon qu'ont les historiens, généralement orientalistes, de traiter la question, puisqu'ils ne s'appuient pas sur la foi en la révélation coranique<sup>10</sup>. Deux questions sont soulevées, celle du rôle judiciaire et celle du rôle législatif du Prophète.
- 58 **29** — *Le rôle judiciaire du Prophète*. Selon l'opinion admise par les orientalistes, le Prophète n'a pas institué de système judiciaire nouveau, il est entré dans le rôle du hakam (arbitre), le Coran distinguant bien par ailleurs qu'il n'est pas un devin (kâhin, cf. \*59, 29 ; \*69, 42 ; \*81, 22<sup>11</sup>). E. Tyan fait remarquer que tous les textes du Coran parlent de *hakam*, *hakama*, *tahkîm*. La racine q-d-y qui donne *qadâ* (juger), *qadî* (juge), *qadâ'* (judicature) n'est employée qu'à propos de Dieu, juge des bonnes et mauvaises actions, ou des prophètes en général (Cor. 10, 47).
- 59 Pour Muhammad, le Coran énonce : "Arbitre entre eux ("fahkum baynahum") ou bien détourne-toi d'eux s'ils viennent à toi. Si tu te détournes d'eux, ils ne te nuiront en rien. Si tu les arbitres, arbitre-les avec équité, Dieu aime les équitables..." (5, 42). Il est clair que le Prophète est un *hakam* puisqu'il peut refuser de juger. Le Coran souhaite que les musulmans soumettent leurs litiges au Prophète : "Ils ne croiront pas tant qu'ils ne t'aient pas fait arbitre de leurs différends. Ils ne trouveront plus ensuite, en eux-mêmes, la possibilité d'échapper à ce que tu auras décidé (qadâ) et ils s'y soumettront totalement" (4, 65). C'est le seul exemple de l'usage de la racine *qadâ* à propos de Muhammad. J. Schacht y voit l'annonce d'une nouvelle conception de l'administration de la justice, mais on n'en saurait tirer que le système des cadis était déjà institué à cette époque.
- 60 Selon le Coran, cette soumission au Prophète-*hakam* est pour l'islam un moyen de se répandre. Inversement le recours aux autres *hakam* sera un frein à son expansion. Le recours au

Prophète est une preuve de loyalisme, mais il n'est pas obligatoire (5, 42, cité plus haut). Cependant le Prophète était mécontent quand les musulmans avaient recours à un *ḥakam* autre que lui : du fait que les parties reconnaissaient que le *ḥakam* était en communication avec l'au-delà, un musulman ne devait pas s'adresser ailleurs, et ceux qui s'adressaient à Muḥammad devaient logiquement se faire musulmans (4, 65). Toutefois les autres *ḥakam* pouvaient être reconnus justes s'ils arbitraient en fonction de la Tora (5, 43-48) ou de l'Évangile ou du Coran. Mais les *ḥakam* polythéistes arbitraient en fonction de l'ignorance, la *jāhilīya* (5, 50). Dans tous ces passages la racine *h-k-m* est seule employée.

61 E. Tyan cite le verset : “Les incrédules sont ceux qui ne jugent pas les hommes d'après ce que Dieu a révélé” (5, 44 et parallèle 5, 45) et pense que le verbe ne signifie pas juger mais appliquer les prescriptions, se conduire, ou encore gouverner. Mais c'est une exégèse inutile. Les versets 5, 44-50 (utilisant la même expression) montrent bien qu'il s'agit de juger à la manière préislamique et d'écarter les *ḥakam* de la *jāhilīya*, de leur enlever toute influence sur les musulmans. Le *ḥakam* Muhammad, lui, est réellement en communication avec l'au-delà ; c'est le vrai *kāhin*, la divinité lui conseille d'écarter ses sentiments personnels, etc. Ces versets n'infirmement en rien l'idée fondamentale de Tyan, que le Prophète est entré dans le rôle du *ḥakam*.

62 Les traditions islamiques postérieures montrent le Prophète nommant des juges. Mais elles sont contradictoires et 'Alī 'Abd ar-Rāziq l'a bien souligné un ouvrage célèbre *Al islām wa usūl al-ḥukm*, qui lui valut des démêlés avec l'université al-Azhar. De plus, la première (et classique) biographie du Prophète faite par Ibn Hisham, ainsi que le meilleur recueil de *ḥadīth*, celui d'al-Bukhārī, ne parlent jamais de *qādī*. Chez ce dernier, on trouve : “Le *ḥakam* ne doit pas juger entre deux personnes alors qu'il est en colère” (Bukhārī II, 502) : *ḥakam* et non *qādī*. Rien en outre ne révèle l'existence d'une procédure, avec contrainte à comparaître et modes de preuves fixés, etc. Dans tous les autres recueils on ne trouve jamais un juge qui prend

conseil auprès du Prophète, alors que ce type de demande fut fréquent sous les califes qui succédèrent à Muhammad.

63 **30** — *Son rôle législatif*. Pour Schacht, le Prophète a cherché primitivement une révolution morale, et il n'est entré dans le détail législatif, qu'en s'y résignant (*Introduction*, p. 22 sq.). Bien des signes tendent à prouver le caractère moralisateur et même non juridique des prescriptions coraniques. Ainsi l'insistance est mise sur la manière plus que sur le fond du droit, notamment à propos de la répudiation (2, 229, 231, 237...) et de l'aumône (2, 264 par ex.). Des précisions de techniques juridiques, souvent importantes, par exemple relativement aux conséquences juridiques de certains actes, ne sont pas évoquées. En matière pénale l'interdiction compte plus que le détail des peines et quatre infractions ne comportent aucune peine précise (apostasie, ribâ, jeu de hasard, consommation de vin, cf. chapitre IX). Souvent le Coran encourage le croyant à renoncer à ses droits (2, 237 ; 4, 92, 45...) et la renonciation aux droits sera traitée en détail dans le fiqh. Tout cela est incontestable, sauf que, pour un musulman, ce n'est pas la conception du Prophète, mais celle de Dieu...

64 En tout cas, il en résulte que le système préislamique constitue la base sous-entendue du droit coranique, et c'est bien ainsi que le comprit Mâlik B. Anas (le fondateur du malékisme) quand il pensait retrouver dans l'usage de Médine l'authentique tradition. On ne comprendrait pas non plus l'insistance sur la nécessité de la connaissance de la langue et du milieu arabe chez des auteurs comme ach-Chafi'î, s'ils n'avaient pas admis implicitement cette idée. Reste donc à savoir quelles ont été les innovations apportées par le Prophète par rapport au droit et aux usages préislamiques.

### § 3 - Les grandes lignes du droit coranique

65 **31** — *Source et conception fondamentale*. L'étude du droit coranique se fonde essentiellement sur le Coran. Selon la tradition, le Prophète lui-même avait commencé la recension du Livre, avec son secrétaire Zayd Bn Thâbit, et les futurs

califes ʿUthmân et ʿAlî (Zaydân, p. 117). Selon l'exégète andalou Ibn ʿAtīya, il aurait même eu le temps de réviser sept sourates (Berque, *Le Coran*, En relisant, p. 714), ce qui explique d'ailleurs que le Coran ne soit ni totalement ordonné, ni totalement désordonné. Pour ce qui concerne la recension de la Sunna les ḥadīth sont contradictoires : le Prophète aurait interdit de faire cette recension selon un texte rapporté dans le recueil de Muslim ou il l'aurait autorisé selon le recueil d'Ibn Hanbal (Zaydân, p. 117).

- 66 L'ensemble du droit coranique, mais surtout le droit public, est sous-tendu par une conception de la religion et de la prophétie. L'essentiel en est que le Prophète vient rappeler la religion originelle, naturelle (30, 30), pervertie par les hommes. L'islam est cette religion immuable qui triomphera des autres (61, 9). La communauté islamique, lieutenante du pouvoir de Dieu sur toute chose (24, 55), est spécialement chargée de cette mission par le jihād, la guerre contre la mécréance.
- 67 **32** — *Droit de la guerre*. Le jihād, conçu lors de la période mecquoise comme une sorte d'apostolat (25, 52) fut transformé à Médine en guerre effective (2, 190-194, etc.). Il se démarque du système ancien de la razzia par son objectif qui est avant tout religieux (8, 7-8), même si le butin n'est pas oublié (8, 41). Il devint alors une guerre sainte<sup>12</sup>. Le Coran y consacre de nombreux passages (voir index des citations coraniques), posant un droit relativement détaillé, presque autant que celui de la famille, mais comportant plus d'une ambiguïté (cf. Morabia).
- 68 **33** — *Droit constitutionnel*. Pour ce qui correspondrait au droit public constitutionnel, on trouve dans le Coran peu de dispositions. Un ensemble de versets, relatifs principalement au statut du Prophète, dessine de manière négative les pouvoirs que le Prophète (et a fortiori les califes) ne sauraient avoir : le Prophète n'est pas un innovateur, ni en religion ni en droit, puisqu'il restaure le monothéisme primitif, transmettant seulement la même parole de Dieu qui fut révélée antérieurement (7, 2 ; 46, 9). Le serment d'allégeance (bay'a)

qu'on lui a prêté n'est qu'un acte de soumission à Dieu (48, 10). Le Prophète est seulement le messager de Dieu ; il ne possède pas le pouvoir de contraindre à la foi (10, 99-100), il ne légifère pas, il doit avant tout appliquer la loi sacrée (4, 105 ; 33, 36). Dans le droit musulman postérieur, il en sera de même pour les califes.

- 69 Toutefois le Prophète semble posséder une certaine autonomie, et d'abord en matière religieuse, car il est un modèle (33, 21) et on doit lui obéir (24, 59). Il doit cependant pratiquer la consultation (3, 159). De qui ? On pense de ses Compagnons. Mais on peut y voir aussi une référence à la coutume du consensus des notables de la tribu. Les autorités que le Prophète délègue doivent aussi être obéies (24, 59), mais elles n'ont pas de pouvoir religieux ou législatif (22, 51). Elles doivent aussi consulter (42, 38) et obéir à la loi. Outre le devoir d'obéissance et de consultation, le Coran n'a fixé que la répartition des impôts (8, 41 ; 9, 60 ; 59, 7), et le partage du butin (8, 41).
- 70 **34** — *Droit pénal*. En matière pénale, le Coran montre bien que le système antérieur de la vengeance (tha'r) fut maintenu, mais modifié par la généralisation du principe du talion (qisâs). L'égalité entre l'acte coupable et son châtiment fut fortement posée (2, 178 ; 2, 194 ; 17, 33). Cela avait l'avantage que la vengeance ne devait plus frapper aveuglément, mais aussi l'inconvénient de rétablir la mutilation équivalente pour blessure. Toutefois le versement du prix du sang (diya) pour meurtre ou blessure était recommandé (5, 45 ; 16, 126) et il était obligatoire en cas d'homicide par erreur (4, 92). Ce dernier verset et le suivant (4, 92-93) posent aussi nettement le principe d'individualisation de la vengeance.
- 71 Des interdictions nouvelles, liées à la nouvelle foi, furent établies. Certaines ne recevaient d'autres peines que celles de l'au-delà, comme les interdictions de l'usure (par exemple 2, 275-76), de l'apostasie (16, 106) et de la consommation de vin. D'autres peines étaient fixées. Ce sont les *hudûd* (peines fixes, sg. *hadd*) : mutilations pour vol (*sariqa*, 5, 38), mort ou crucifixion ou mutilation ou bannissement pour brigandage



(ḥaraba, 5, 33), fustigation de 100 coups de fouet pour fornication (zinâ, 24, 2), fustigation de 80 coups pour la fausse accusation de fornication (qadhf, 24, 4).

72 **35** — *Procédure*. Le Coran parle peu des procédures. Il fixe celle de l'enregistrement des dettes, qui doivent se faire par écrit (2, 282), ce que le droit ultérieur ne suivra pas. Il exige quatre témoins pour prouver le crime de fornication (24, 4). Il pose la nécessité du témoignage (2, 283) sauf en matière de diffamation (4, 148). Il recommande surtout la justice aux juges et aux parties (2, 188 ; 4, 135) et fixe les lois divines comme lois de référence (4, 105 ; 5, 48-50 ; 24, 51 ; 33, 36). La substitution du juge musulman (qâdî), au ḥakim (arbitre) était impliquée par la nouvelle religion : le ḥakim était souvent un devin, ou un prêtre ou un rabbin, personnages que l'islam ne pouvait plus maintenir pour juger des musulmans. Néanmoins l'institution de l'arbitrage a subsisté pour certains conflits de famille (4, 35).

73 **36** — *Droit privé. La famille*. En droit privé de même, le Coran maintient et modifie. La famille semble avoir été son souci principal (avec le jihâd). Si la polygamie fut maintenue, elle fut limitée à quatre femmes. Dans le divorce, la durée de la 'idda, période de viduité<sup>13</sup>, qui était uniformément de un an en Arabie préislamique, fut raccourcie et modulée en fonction des cas (cf. index des citations). La compensation matrimoniale qui devait désormais être versée à la femme, et non à sa parenté, devenait un don nuptial. Cette nouvelle règle eut pour conséquence, tirée très logiquement par la tradition, l'interdiction du mariage par échange de femmes entre deux familles (nikâḥ ach-chighâr). En revanche l'adoption ne fut plus un empêchement au mariage, puisqu'elle fut abolie (33, 4-5, 37). La femme eut désormais vocation à hériter (4,7 ; 4, 12), elle ne fut plus objet d'héritage, ce qui empêcha les formes de mariage proches du lévirat (4, 22). La répudiation fut rendue plus difficile, notamment en faisant jouer l'observation des périodes de viduité (65, 1). Surtout le droit de vie et de mort du père sur ses enfants qui jouait surtout à l'encontre des filles fut aboli (16, 59 ; 17, 31).

- 74 **37** — *Droit privé. Les biens.* Pour le reste du droit civil, le Coran approuva le respect préislamique des contrats, interdit l'usure (Cor 3,130 ; 2, 275-79 ; 4,161 ; 30,39), incita au respect du bien des orphelins, à l'équité des poids et mesures, à la vertu de la renonciation aux dettes, etc. (voir à l'index).
- 75 **38** — Les auteurs arabes admettent le plus souvent que le droit préislamique a constitué le soubassement de la loi islamique et que la révélation prophétique a tantôt maintenu, tantôt modifié et tantôt aboli ses diverses dispositions (par ex. Zaydân, p. 16-37). Ils soulignent que c'est surtout la 'asabîya, l'esprit de corps tribal, fondement important des pratiques sociales préislamiques, qui fut contrecarré. C'est notable à propos de la vengeance : la solidarité tribale ne doit jouer qu'envers le bien et non en faveur du mal (5, 2), d'où l'interdiction des razzias et des vendettas. Mais les liens charnels ont conservé la priorité en matière de statut personnel et d'héritage (33, 6). Ces auteurs soulignent souvent que le Coran améliora notablement le statut de la femme et rapportent en détail ce que nous avons vu.
- 76 Savoir dans quelle mesure ce droit modifié a été connu et appliqué est plus délicat. On peut faire l'hypothèse minimale qu'il l'a été à Médine, en même temps que le Prophète établissait sa domination. Des études de sociologie historique sur la première communauté sont-elles possibles ? A la mort du Prophète, on ne peut supposer que l'application du droit coranique ait été générale à la Mecque et en Arabie. D'abord parce que le Coran n'avait été véhiculé qu'oralement et par un petit nombre de musulmans. Ensuite et surtout parce le temps leur avait manqué pour enseigner ou pour apprendre. Le Prophète termina sa carrière dès 632 et l'islamisation en profondeur de l'Arabie fut l'œuvre des califes.

### **SECTION III - LE DROIT MUSULMAN SOUS LES RACHÎDÛN (632-661)**

- 77 L'époque des califes dits Râchidûn (les "bien conduits") est celle des Compagnons du Prophète (as-sahâba). On présentera d'abord une vue chronologique de l'histoire du droit de la

période à travers une histoire classique de ces califes (§ 1). Puis on fera ressortir les caractéristiques du droit de cette époque (§ 2).

## § 1 - Les quatre califes

- 78 **39** — *Abû Bakr As-Siddîq (632-634)*. Le Prophète était à peine mort que se trouva posée une grave question qui n'avait pas de solution, ni dans le Coran, ni dans aucun précédent : quel serait son successeur à la tête des musulmans ? Les ansâr, c'est-à-dire les gens de Médine, s'apprêtèrent à désigner Sa'd bn 'Ubâda, un de leurs chefs. Mais les chefs muhâjirûn, c'est-à-dire les Mecquois qui émigrèrent en 622, nommément le "triumvirat" constitué par Abû Bakr as-Siddîq, 'Umar Bn l-Khattâb et 'Ubayda Bn al-Jarrâh, se hâtèrent de les rencontrer. Après une chaude discussion, c'est Abû Bakr qui l'emporta grâce à l'appui de 'Umar. Croyant de la première heure, Abû Bakr avait toujours soutenu Muhammad dans les moments difficiles à la Mecque comme à Médine. Le titre le plus solide qu'il avait à sa succession était que le Prophète, pendant sa maladie, l'avait désigné pour conduire la prière à sa place.
- 79 Une fois calife, il eut à faire face à une révolte des tribus d'Arabie. Certaines s'étaient attachées à des prophètes (dont une prophétesse) rivaux de Muḥammad, d'autres voulaient rester musulmanes et ne pas payer l'impôt de purification (zakât). C'était encore un problème grave dont la solution n'était pas dans le Coran, ni dans l'exemple du Prophète. Abû Bakr, conscient du danger mortel que courait l'islam, les traita toutes en apostates, malgré les réticences de 'Umar. Il envoya Khâlid Bn l-Wâlid à la tête de l'armée musulmane et ce dernier écrasa les rebelles en plusieurs batailles sanglantes. Selon les orientalistes, Abû Bakr introduisit la règle, inconnue dans le Coran, que l'apostat devait être mis à mort<sup>14</sup>, mais les exécutions furent peu nombreuses (*SEI*). L'armée musulmane fut ensuite envoyée à l'Est et à l'Ouest et elle commença la série de ses étonnantes victoires en s'emparant de Hîra et d'une partie de la Palestine.

- 80 Selon un *ḥadīth* rapporté par al-Bukhârî (Al-Khudarî, p. 88-89), sur le conseil insistant de ‘Umar, le Calife donna ordre à Zayd Bn Thâbit de compiler le Coran. ‘Umar s’inquiétait de la mort sur le champ de bataille de nombreux porteurs du Coran (*qurra’*, c’est-à-dire de ceux qui le connaissaient par cœur). En tout cas, il était temps, car la tradition dit que deux versets (les deux derniers de la sourate 9) n’eurent qu’un seul rapporteur (Al-Khudarî, p. 89). L’exemplaire compilé aurait été confié à Hafsa, une des femmes du Prophète, ce qui est pour le moins étrange comme le souligne F. Buhl (*SEI*, p. 278). Ce qui semble certain c’est qu’Abû Bakr, comme ‘Umar par la suite, manifesta une grande antipathie envers le *ḥadīth* (Al-Khudarî, p. 90 sq.).
- 81 **40** — *‘Umar Bn l-Khattâb (634-644)*. Abû Bakr désigna comme successeur ‘Umar Bn l-Khattâb. Ce dernier fut un organisateur intelligent et il sut notamment tenir en mains ses généraux qui conquièrent la Perse, la Syrie-Palestine et l’Égypte. Se posa alors un nouveau problème grave. Selon le Coran (8, 41), les quatre cinquièmes du butin doivent être partagées entre les combattants. Fallait-il donc partager aussi les terres conquises ? Après avoir consulté les Compagnons, ‘Umar refusa le partage des terres, préférant laisser au travail agricole les anciens propriétaires non-musulmans moyennant le paiement d’un impôt spécial, le *kharâj*, outre la *jizya*, l’impôt de capitation. Les soldats pourtant recevraient le produit de cette terre sous forme de dons (*aṭâ’*) dont on tiendrait registre (*diwân*). Sa décision ne fit pas l’unanimité. Mais il emporta la partie en arguant du verset 59, 7 : la prise de guerre (*fay’*) était distinguée du butin (*ghanîma*) et devait revenir à l’État.
- 82 La tradition rapporte aussi que, contrairement à ce qu’avait l’habitude de faire Abû Bakr, qui distribuait les dons sur une base égalitaire, ‘Umar établit une sorte d’échelle des mérites islamiques : les combattants de la première heure, ceux qui luttèrent aux côtés du Prophète à Badr, reçurent 5000 dirhams, ceux qui vinrent après Badr 4000, et ainsi de suite. Les femmes du Prophète n’héritèrent pas et touchèrent une

pension annuelle de 12000 dirhams. Les gens dans le besoin ne furent pas oubliés (Al-Qattân p. 198-200).

- 83 ‘Umar mit aussi en place des gouverneurs. Selon la tradition, ‘Umar aurait nommé les premiers juges et leur aurait écrit une *Épître sur la justice*. Mais cette lettre semble bien être apocryphe, comme l’ont démontré les orientalistes (Tyan, p. 78-82). Elle est en effet inconnue des recueils de traditions les plus sûrs : Mâlik, Ibn Hanbal, ach-Châfi‘î, Bukhârî, Muslim, Ibn Hichâm... Surtout, elle contient une vision de la hiérarchie des sources du droit qui est postérieure. Ce qui est probable c’est que les gouverneurs nommés avaient des fonctions judiciaires : c’était d’ailleurs le plus souvent des Compagnons du Prophète. A tort ou à raison, on rapporte au calife ‘Umar surtout, pour ce qui concerne l’histoire du droit, l’origine de nombreuses décisions en matière jurisprudentielle, comme nous le verrons.
- 84 Mortellement blessé en pleine mosquée, il aurait, avant de mourir, désigné un petit comité qui choisit ‘Uthmân Bn Affân comme son successeur.
- 85 **41** — *‘Uthmân Bn ‘Affân (644-656)*. Sous son règne, les conquêtes furent poursuivies avec succès en direction de l’Azerbaïdjan et de l’Arménie. Selon la tradition, ‘Uthmân, ayant été informé que les divergences sur le Coran commençaient à prendre de l’ampleur, fit récupérer tous les exemplaires et feuillets du Coran existants, dont l’exemplaire de Hafsa, et nomma une commission de révision de quatre membres, dont Zayd Bn Thâbit, les trois autres ayant expressément la mission de faire dominer la langue de Quraych (Al-Khudarî, p. 90). En 647, la version réalisée fut recopiée et envoyée aux gouverneurs de Kûfa, Basra et Damas (d’autres sources rajoutent La Mecque, Yémen et Bahrayn), avec l’ordre de faire brûler toutes les versions divergentes. Cette édition ne suscita pas de résistances notables sur le coup. Par la suite les chiites accusèrent ‘Uthmân d’avoir supprimé les passages à la gloire de ‘Alî Bn Abî Tâlib, cousin et gendre du Prophète, mais ils ne parvinrent pas à en produire une version acceptable. La réalité de l’élimination par le feu des

versions divergentes a été mise en doute par les orientalistes qui montrent que les autres versions furent conservées (notamment celle d'Ibn Mas'ûd), et qu'elles sont à l'origine des différentes lectures autorisées (*SEI*, art. Kur'ân). La ponctuation et la vocalisation du texte furent réalisées plus tard, sous les Umayyades, mais même réduit à seize lettres et sans voyelles, le texte n'offrait que des possibilités d'interprétations divergentes tout à fait mineures.

- 86 Sous 'Uthmân, un mécontentement se fit jour. Deux conceptions de l'État, semble-t-il, s'affrontaient déjà : celle des partisans de 'Alî qui voulaient une imitation stricte de la conduite de Muḥammad, et celle des premiers califes, soucieux de créer un État, même au prix d'innovations (Sourdél, p. 135). La tradition chiite postérieure accusa 'Uthmân de népotisme, de détournement de fonds, de ne pas avoir appliqué strictement le droit, de même que son prédécesseur 'Umar. Le fait est que 'Uthmân continua la politique de 'Umar. Savoir dans quelle mesure cette politique est innovatrice est l'objet de controverses.
- 87 En 656 des Égyptiens mécontents assiégèrent la demeure du calife à Médine. C'est ce même 'Alî qui servit d'intermédiaire entre eux et le calife. Les assiégeants, rassurés par des promesses, partirent pour l'Égypte, mais ils saisirent en route un courrier du calife demandant au gouverneur d'Égypte de les exécuter. Les insurgés revinrent à Médine et assassinèrent 'Uthmân.
- 88 **42** — *'Alî Bn Abî Tâlib (656-661)*. Le règne du quatrième successeur, qui prit le pouvoir après quelques jours d'hésitation, fut à l'origine de la division de la communauté musulmane en chiites, kharidjites et sunnites. Le gouverneur de Syrie, Mu'âwiya, parent de 'Umar, cria vengeance contre le nouveau calife, soupçonné de ne pas vouloir faire justice contre les meurtriers. Nombreux furent les Compagnons qui refusèrent de prêter serment à 'Alî. Parmi eux, Talha et Zubayr, bientôt rejoints par 'A'icha, prirent les armes. 'Alî marcha contre eux et les écrasa près de Basra. La bataille fut appelée bataille du chameau parce que le fort de la mêlée eut

lieu près du chameau de ‘A’icha. Talha et Zubayr y périrent (656). Pour la première fois, des musulmans s’entretuaient.

89 ‘Alî se tourna ensuite contre Mu’âwiya. Il allait le vaincre à Siffîn, en Irak, quand les combattants syriens placèrent des feuillets du Coran au bout de leur lances, demandant ainsi le jugement de la parole de Dieu. La ruse avait été inventée par ‘Amr Bn al-‘Âs, gouverneur d’Égypte. ‘Alî décida d’accepter la négociation offerte. Chacun des deux partis désigna un arbitre. La rencontre des arbitres décida la destitution de ‘Alî. ‘Amr Bn al-‘Âs, l’arbitre de Mu’âwiya proclama alors Mu’âwiya calife. ‘Alî refusa de se retirer, s’estimant trahi par son arbitre, Abû Mûsâ al-Ansârî. Certains des partisans de ‘Alî, environ 4000 hommes, l’avaient déjà abandonné pour former un tiers parti fort turbulent, terroriste même, celui des kharidjites.

90 ‘Ali dut se tourner contre eux. Ils avaient ravagé Ctésiphon et commis toutes sortes d’atrocités. La bataille eut lieu à Nahrawân en 658. Les kharidjites présents à la bataille périrent tous à l’exception de dix d’entre eux. Pendant ce temps, Mu’âwiya ralliait à lui le reste du monde musulman. ‘Alî, qui ne tenait que l’Irak, comme ‘Uthmân, comme ‘Umar, périt assassiné, mais sous le fer empoisonné d’un kharidjite (661). Les effets de son malheureux règne sur le droit ne seront sensibles que dans la période suivante.

## § 2 - Caractéristiques du droit de l’époque

91 **43** — *Sources du droit.* On a déjà vu que les califes avaient procédé à la recension du Coran. Pour la Sunna, ils manifestèrent une évidente hostilité à sa mise par écrit. Ils craignaient d’embrouiller le Coran. Abû Hurayra aurait dit, qu’à l’époque d’Abû Bakr et de ‘Umar, il se gardait bien de raconter des ḥadîth par crainte du fouet. ‘Umar aurait même fait emprisonner trois personnes pour cette raison. ‘Alî aurait maudit les rapporteurs de ḥadîth. Mais d’autres ḥadîth, exprimant peut-être le souci que la Sunna ne se détruise pas elle-même en niant sa propre légitimité, rapportent que ‘Umar faisait contrôler les ḥadîth par plusieurs rapporteurs et que ‘Alî

leur faisait prêter serment (Al-Khudarî, p. 90-92)(Al-Qattân, p. 229-230).

- 92 Pour les autres sources, selon la vision musulmane classique, les Râchidûn, devant des problèmes dont la solution ne se trouvait ni dans le Coran, ni dans la Sunna, avaient recours au ra'y (avis personnel), mais à travers la consultation des plus savants en matière de traditions. L'ijtihâd individuel aurait été rare comparé à l'ijtihâd par consultation, le plus important, puisqu'il concernait les questions d'intérêt collectif. Dans ces cas, il pouvait y avoir unanimité ou pas. Quand il y avait unanimité de points de vue à l'issue de la consultation, les califes parlaient d'ijmâ' (consensus, unanimité). De plus, 'Umar, selon la *Lettre sur la justice* à Mûsâ al-Ach'arî, aurait dit : "Sache les ressemblances et les exemples, et règle les affaires par analogie (wa qis al-umûr 'inda dhâlika)". Les quatre sources à cette époque auraient donc été le Coran, la Sunna, l'ijmâ' et l'analogie (ou le ra'y selon d'autres traditions).
- 93 Cette vision des origines des usûl al-fiqh est critiquée par Schacht en particulier dans son ouvrage *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*<sup>15</sup>. Selon Schacht, la hiérarchie des sources, telle que la décrivent un certain nombre de ḥadîth et en particulier l'apocryphe *Lettre sur la justice*, exprime une théorie tardive qui remonte pour l'essentiel à ach-Châfi'î, c'est-à-dire au milieu du 2e/VIII<sup>e</sup> siècle. Le succès de la théorie du fondateur du chaféisme a retenti sur la vision de l'histoire du droit en sorte que le caractère innovateur des règnes des Râchidûn et des Umayyades a été occulté par la tradition ultérieure.
- 94 Les interprétations des auteurs contemporains ne sont pas inintéressantes. Selon Zaydân, par exemple, la réticence des califes envers le ra'y (avis personnel) ne visait que le ra'y allant à l'encontre d'un texte, ou produit par un incapable, ou posé en vue de nuire à la communauté, car le recours à l'idée d'intérêt général existait à cette époque (Zaydân, p. 121). Les Râchidûn auraient été partisans d'un ijthihâd à l'imitation de celui du Prophète et de ses Compagnons. Ils seraient d'autant



moins à blâmer que, si l'on en croit Ibn Qayyim dans son *I'lâm al-muwaqqa'în* (t 1, p. 55), que Zaydân cite, le sens du mot ra'y n'était pas aussi spécialisé qu'il le sera par la suite et qu'il englobait l'analogie, la considération de l'intérêt général, l'élimination des conséquences dommageables (sadd adh-dharâ'i' al-mufsida). Zaydân passe alors en revue quelques décisions des califes pour montrer combien elles sont conformes aux principes posés par les usûl al-fiqh. Ainsi le recours au 'awl (réduction proportionnelle) dans les héritages, est autorisé par analogie avec la règle "au marc le franc" qui est utilisé dans le règlement des dettes. De même l'interdiction de la vente de toute marchandise dont on n'a pas pris possession est une simple extension analogique de la même règle posée par la Sunna à propos des aliments. Ou encore l'admission de la femme répudiée à l'héritage fut ainsi décidée sur la base de l'élimination des conséquences dommageables. La non-application de l'amputation pour vol dépendait de l'application de l'adage que nécessité fait loi. Etc., etc. Sans compter les décisions qui ont fait l'unanimité, comme la recension du Coran, évidemment issue de la considération de l'intérêt de l'islam. Toute l'activité des califes est pour Zaydân inspirée par les principes d'usûl al-fiqh les plus orthodoxes, ce qui permet à la fois d'écarter des Râchidûn l'accusation d'avoir violé la loi et aussi la thèse des orientalistes selon laquelle une vision aussi claire des usûl al-fiqh était impossible à cette époque.

95 **44** — *Les divergences*. Les califes auraient été conscients et soucieux de bien séparer leurs opinions de leurs certitudes. On rapporte le mot d'Abû Bakr qui aurait dit : "Ceci est mon opinion, si elle est exacte, elle vient de Dieu, sinon elle vient de moi, et j'en demande pardon à Dieu" (Zaydân, p. 119).

96 Les divergences étaient rares, car les demandes de consultation ou les procès à trancher étaient rares. Selon la vision classique c'était dû à la continuation de la vie simple et pieuse qui existait du temps du Prophète tout au long du règne d'Abû Bakr, de 'Umar, et sous une bonne partie du règne de 'Uthmân. De plus la consultation des Compagnons était facile, ils n'étaient pas trop éloignés de Médine, les souvenirs étaient

frais. Sans compter qu'on ne se posait pas de problèmes théoriques, mais seulement de rares cas concrets.

- 97 Mais plusieurs faits rendaient les divergences inévitables, ce que soulignent bien les ouvrages musulmans. D'abord, du fait que la recension des ḥadīth n'était pas faite, certains connaissaient tel ḥadīth et d'autres non : la connaissance de la tradition était dispersée. Souvent, dès que la connaissance d'un ḥadīth parvenait aux intéressés, ils abandonnaient leur point de vue (Zaydân, p. 128, à propos de 'Umar), ou étaient ravis de n'avoir pas à le changer car il coïncidait avec l'information nouvelle (Al-Khudarî, p. 98, à propos d'Ibn Mas'ûd). Mais il arrivait que l'intéressé n'avait pas confiance dans le rapporteur, ce qui entraînait la coexistence d'un ḥadīth et d'un ra'y : ainsi 'Umar rejeta un ḥadīth de Faṭīma qui affirmait qu'elle n'avait eu droit ni au logement ni à pension au moment de sa répudiation et pendant sa 'idda. Enfin l'interprétation des textes amenait fatalement des divergences, et l'exemple classique est celui du mot qurû' qui signifie à la fois temps de la menstruation et temps de pureté entre deux menstruations.
- 98 D'autres cas célèbres de divergence se laissent pas facilement expliquer, comme celui de la femme qui s'était remariée alors qu'elle n'avait pas terminé sa 'idda, nécessaire après son divorce d'avec son premier mari. 'Umar cassa le second mariage, punit le second mari de quelques coups de fouet et lui interdit définitivement de reprendre cette femme. 'Alî jugea différemment : il fit cesser seulement le second mariage, ce qui permettait au second mari, après la 'idda réglementaire de reprendre la femme. Dans un autre exemple, un esclave avait répudié deux fois une femme libre, son épouse. Cette rupture était-elle définitive (avec la nécessité d'un muḥallil) ou fallait-il une troisième rupture ? 'Uthmân et Zayd Bn Thâbit jugèrent que la rupture était définitive au motif (analogique) que les droits de l'esclave sont, en général, réduits de moitié. 'Alî jugea autrement : il faut trois répudiations, parce que la femme est libre et que ses droits n'ont pas à être réduits. Mais il signifia que s'il s'était agi d'un homme libre marié avec une esclave,

une double répudiation aurait suffi, la réduction de moitié des droits de l'esclave n'étant pas mise en cause. La divergence portait donc sur le fait que 'Uthmân et Zayd alignaient la répudiation sur le statut du mari et que 'Alî l'alignait sur le statut de la femme.

- 99 Une quinzaine d'exemples existent en tout (voir Al-Khudarî p. 98-104 ; Al-Qattân, p. 200-218). Nous avons vu celui qui concerne le partage des terres. Le reste concerne surtout le divorce et les successions. Nous en évoquerons certains dans la partie systématique (t. II).
- 100 **45** — *Grands traditionnistes*. En sus de 'Umar et de 'Alî que nous avons vus, ce sont 'Abd Allâh Bn Mas'ûd et Zayd Bn Thâbit qui sont considérés comme les grands traditionnistes de l'époque. On peut y rattacher Abû Hurayra, 'Abd Allâh Bn 'Umar et 'A'icha qui appartiennent aussi à la période suivante. Moins importants sont Abû Mûsâ al-Ach'arî et les deux autres califes dont on rapporte peu de traditions. On a donné quelques indications sur ces personnages, dans l'annexe 2. Leurs dires pourront être repérés facilement grâce au *Musnad* d'Ibn Hanbal qui classe sa matière en fonction du rapporteur.

## **SECTION IV - LE DROIT MUSULMAN SOUS LES Umayyades (DE 40/661 À 99/717)**

- 101 Le règne de 'Alî introduisit une profonde rupture dans la communauté islamique, et elle ne s'en est jamais vraiment remise. Les conquêtes changèrent aussi complètement sa situation politique, économique et sociale. On cherchera d'abord à décrire les nouvelles conditions du droit à travers une histoire sommaire des Umayyades et des schismes (§ 1), puis les traits fondamentaux du droit de cette période (§ 2).

### **§ 1 - Les Umayyades et les divisions de l'umma**

- 102 **46** — *Les Umayyades jusqu'en 717*. La dynastie umayyade (661-750) commença donc avec ce Mu'âwiya (661-680) qui s'était révolté contre 'Alî. La majorité des musulmans se rallia à lui, plus par fidélité à 'Uthmân qu'en considération de la

légitimité de son pouvoir. Installé à Damas, Mu'âwiya fut un calife habile : il obtint que le fils de 'Alî, Hasan Bn 'Alî, renonce à ses prétentions et se retire à Médine (41/662, "année de la réconciliation"). Ainsi maître de l'Irak, il sut y assurer la paix en dépit de l'agitation permanente des chiites et des kharidjites. Il jeta les bases d'un nouvel État bien administré en s'entourant de chrétiens, faute de trouver des compétences assez nombreuses chez les Arabes. Il sut tenir ces derniers, divisés par des rivalités diverses, et en particulier les chefs, avides de posséder les postes lucratifs de gouverneurs ou de généraux. Il les consulta fréquemment à travers des conseils centraux et provinciaux. Enfin, il désigna son fils Yazîd comme successeur et imposa aux notables de lui prêter serment. Ce n'était pas vraiment une nouveauté que de transformer le califat en institution héréditaire : le séniorat existait chez les Arabes et les Alides n'en récusèrent pas le principe, mais seulement le choix de la lignée. Il n'empêche que cette institution nouvelle fut mal acceptée.

103 Sous le règne de Yazîd (60-64/680-683) commença une longue série de troubles. La révolte qui eut le plus d'importance religieuse est celle de Husayn, fils du quatrième calife et qui se termina par sa mort à Karbala (680). La plus importante politiquement fut celle de 'Abdallâh Bn Zubayr, fils d'Abû Bakr (voir annexe 2) qui débuta sous le règne de Yazid et rallia la tendance des pieux médinois autant que des notables mécontents. Elle fut appuyée au début par les kharidjites najadât du Yamâma. Elle se conjugua sous les règnes de Mu'âwiya II (683-684) et de Marwân (684-685) avec une révolte des Arabes Qaysites en Syrie et des chiites "pénitents" dans la Djéziré (Haut Irak). Marwân, puis son fils 'Abd al-Malik (685-705), rétablirent le pouvoir umayyade d'abord en Syrie. La révolte du chiite Mukhtâr dans la Djéziré ne fut pas appuyée par le troisième fils de 'Alî, Muḥammad Bn al-Hanafîya, réticent devant son caractère social, et elle fut écrasée (687). La Mecque fut prise d'assaut par les troupes umayyades d'al-Hajjâj en 693 et Ibn Zubayr fut tué. Si la défaite de Mukhtâr amena cinquante ans de calme chiite, en

revanche les kharidjites, qui se divisaient sans cesse comme les chiites, continuèrent les révoltes : sufriya du Khuzistan (680-682) ; azariqa extrémistes (ou Azraqites) de Basra qui durent être combattus de 684 jusqu'en 700 ; chabîbiya des environs de Kûfa, puis du Khuzistan (695-697). La répression sanglante d'al-Hajjâj (en poste en Irak de 694 à 714) détermina nombre de kharidjites à essaimer dans tout le monde arabe et en particulier en Afrique du Nord, ce qui amena un certain calme en Irak. A cette époque fut aussi réprimée la révolte d'un gouverneur qui rallia beaucoup de mécontents, Al-Achḥath (699-702). Un certain Ma'bad al-Juhanî s'y associa : c'était le fondateur du courant théologique des qadarîya, partisans du libre-arbitre de l'homme.

- 104 Sous le règne de 'Abd al-Malik l'administration s'arabisa et s'islamisa. Le calife nomma des gouverneurs qui nommaient à leur tour des juges parmi les gens versés dans l'étude du Coran ou de la tradition, ou qui, du moins, se faisaient assister d'un qasas (lecteur de ḥadîth), c'est-à-dire d'un traditionniste. A cette époque l'existence d'une police régulière (churtâ) et des muḥtasib (surveillants de marché) ne fait plus de doute. Pour enrayer la baisse des revenus, le calife contraignit les convertis (les mawlâ, les clients) à payer la jizya, impôt qui ne devait être levé, en principe, que sur des non-musulmans (700). Ces mêmes mawlâ ne recevaient pas de solde dans l'armée. S'ils possédaient une terre ils devaient depuis quelque temps déjà continuer à payer le kharâj, impôt sur les terres conquises. Cet impôt, les arabes musulmans qui achetaient leurs terres devaient aussi le payer.
- 105 La haine des Umayyades ne cessa de grandir à partir de là aussi bien chez les Arabes de pure race que chez les mawlâ, pour des raisons aussi bien matérielles que religieuses. En effet, il devenait certain pour l'opinion que les califes ne suivaient pas la voie musulmane, ce que les chiites ou kharidjites ne cessaient de ressasser.
- 106 La paix intérieure fut pourtant la dominante des règnes des califes suivants. Walîd (705-715) en profita pour déclencher un second mouvement d'expansion extérieure qui se solda à

l'Ouest par la mainmise sur l'Afrique du Nord et par la conquête de l'Espagne, et à l'Est par celle du Sind (sur l'Indus) et de la Transoxiane. Le Ferghana fut conquis sur les Chinois (il sera perdu et repris). Sulaymân (715-717) échoua en revanche devant Constantinople (715-717), comme Mu'âwiya en 669 et en 677. Mais une révolte kharidjite à Basra signala que les difficultés intérieures recommençaient.

107 'Umar II 'Abd al-'Azîz (99-102/717-720) est considéré comme un modèle de piété. Il fut suggéré à Sulaymân mourant par Rajâ Bn Haywa, du parti des pieux. Pour l'histoire du droit, c'est son règne qui marque la coupure avec la période suivante.

108 **47** — *Les schismes, vue d'ensemble*. Les divergences qui sont à l'origine des grands courants théologico-politiques en islam sont plus faciles à comprendre si l'on part de la question théologique qu'elles tentent de résoudre. En effet, toute la lutte se polarisa sur la question du statut du musulman qui a commis une faute grave, ce qui avait d'importantes conséquences sur le califat.

109 Les kharidjites pensaient que le musulman pécheur (fâsiq) ne se distinguait pas du mécréant (kâfir) et devait être mis à mort, lui et toute sa famille, même s'il s'agissait du calife. Pour eux, le califat devait revenir, par élection, au plus pieux, et à la limite il n'était pas nécessaire.

110 Les chiites, les partisans de 'Alî, pensaient au contraire que le califat devait revenir au plus proche parent du Prophète, 'Alî en l'occurrence, et à ses descendants désignés, qui, plus tard, furent considérés comme impeccables (sans péché) et devant compléter la révélation prophétique. Pour eux les trois premiers califes étaient des usurpateurs.

111 Les partisans de Mu'âwiya, dont la doctrine est à l'origine du sunnisme, pensaient qu'il fallait remettre (à Dieu) tout jugement à l'encontre d'un musulman pécheur, Dieu seul pouvant savoir s'il était ou non mécréant. C'est l'attitude des murjites, d'un mot arabe signifiant ajournement (irjâ'). Pour le califat, il fallait qu'il reste dans la tribu des Quraych (celle du Prophète et des quatre premiers califes, autant que celle de

Mu'âwiya) et que somme toute celui qui obtenait le califat l'avait obtenu avec l'aide de Dieu.

- 112 Il faut bien sûr considérer que ces théories, celles des kharidjites autant que celles des chiites et des sunnites, sont postérieures à la pratique et qu'elles sont établies pour la justifier, quoiqu'elles se présentent toujours comme antérieures et guidant l'action. Il nous faudra donc rester très près des événements historiques pour bien comprendre (dans la partie systématique, tome II) les logiques des différents groupes sur le califat surtout et parfois sur d'autres points de droit, par exemple les successions pour les chiites, toutes conçues pour mettre en valeur les droits de 'Alî.
- 113 **48** — *Les kharidjites*. Le mécontentement qu'exprimaient les kharidjites remontait loin : certains, de la tribu des Tamîm, faisaient partie de la bande qui assassina 'Uthmân. Ils furent de ceux qui approuvèrent ce crime et, ayant rallié 'Alî, ils se révoltèrent contre lui après Siffîn (craignaient-ils que l'arbitrage se fasse contre eux ?), semèrent la dévastation en Irak avant d'être massacrés à Nahrawân (658). Mais beaucoup d'entre eux n'avaient pas rejoint leur imâm 'Abd Allâh Bn Wahb ar-Râsibî au moment de la bataille et continuèrent leur propagande et leurs vengeances, en assassinant notamment 'Alî (661).
- 114 Du fait que les kharidjites restèrent attachés à la lettre du Coran, et qu'ils rejetaient la majeure partie de la Sunna (sauf ce qui venait d'Abû Bakr et de 'Umar), on a pu dire que leur interprétation de l'islam était "un possible de l'islam", peut-être "le plus logique" dans sa relation avec le Coran seul (Décobert, p. 119-121). Les kharidjites se sont divisées en de nombreuses sectes. Les plus importantes sont les suivantes, dans l'ordre de leur apparition (cf. Laoust, *Schismes*, p. 36 sq., et passim).
- 115 Les azraqites se rattachant à l'action de Nâfi' Bn Azraq. Ils considèrent les musulmans pécheurs et tous ceux qui ne se soulèvent pas comme eux comme des incroyants sans excuses. Ils s'autorisent le massacre des femmes et des enfants (isti'râd) des impies. Ils récuse la taqîya (ou le kitmân), c'est-à-dire le

fait de cacher ses opinions religieuses dans le but de sauver sa vie : c'est pour eux la lâcheté même. Seuls ceux qui combattaient et étaient capables de tuer étaient des leurs, et il fallait le prouver par une épreuve, imtiḥân, l'exécution d'un prisonnier. Les azraqites furent combattus par l'anti-calife Ibn Zubayr et Nâfi' Bn Azraq fut tué (685). Ils se révoltèrent à Basra en 684, mais ne purent s'y maintenir et se répandirent alors dans l'Iran du Sud (Khuzistan, Fars, Kirmân) et du Nord (Tabaristan). Ils durent être longuement et durement combattus jusqu'à leur défaite en 700.

116 On ne pouvait être plus extrémiste, et le kharidjisme ne pouvait évoluer que vers la modération. Les najadât suivirent la pensée et l'action de Najda Bn Âmir. Il interdit de verser le sang des musulmans et même de piller leurs biens. L'impiété totale, pour être imputée à quelqu'un, devait consister en un refus des dogmes islamiques, et à condition qu'ils aient été présentés au présumé impie avec des preuves suffisantes. Les najadât admettaient la taqîya (ou kitmân, la dissimulation). Ils se sont établis au Yamâma en 682, ont été les alliés d'Ibn Zubayr à ses débuts, puis ils ont attaqué le Yémen, le 'Umân, le Hedjaz et le Bahrayn dont ils firent leur centre principal. Najda fut assassiné par des extrémistes en 692. Les najadât furent battus par les troupes umayyades en 693. Ils ne réussirent à se maintenir que dans le Bahrayn jusqu'à l'arrivée des Qarmates.

117 Les sufrîya (se réclamant de Ziyâd Bn 1-Asfar ?) suivirent Abû Bilâl Mirdâs Bn Udayya at-Tamîmî qui quitta Basra pour créer un centre indépendant (un dâr hijra) dans le Khuzistan. Pour eux les incroyants ne sont que ceux qui ont transgressé un ḥadd déterminé par le Coran (voir chapitre pénal dans le t. II) et donc ils s'interdisent de tuer les enfants n'ayant pas atteints l'âge de la responsabilité pénale. Il existe plusieurs variantes de la doctrine. Ils sont à l'origine de la révolte de Mossoul (dans la Djéziré) en 680. Ils furent battus par les troupes du calife en 682 et Abû Bilâl fut alors tué. Les survivants rallièrent les 'ibâdiya. Le poète et juriste 'Imran Bn Hittân, mort en 704, aurait appartenu à cette secte.



- 118 Le groupe des ibadites ('ibâdiyya) est le plus modéré et le mieux connu parce que le seul qui survit à l'heure actuelle. Les ibadites ne se considèrent pas comme kharidjites. Ils se réclament de 'Abd Allâh Bn 'Ibâd al-Murrî at-Tamîmî qui s'était effectivement séparé en 684 des extrémistes kharidjites. Ce dernier entretint l'espoir d'un accord avec les Umayyades et correspondit avec le calife 'Abd al-Malik. Il aurait attaqué les extrémistes dans ses écrits. Il admettait que des non-ibadites puissent être dits musulmans. Il interdisait le meurtre des femmes et des enfants et permettait la taqîya ou le kitmân. Le successeur de 'Abd Allâh Bn 'Ibâd à la tête de la secte, le savant Abû ch-Cha'thâ' Jâbir Bn Zayd al-Azdî, organisa les 'ibâdiyya et fixa leur doctrine. Il chercha lui aussi un accord avec les Umayyades, et il maintint les ibadites en état de kitmân, en dépit d'une période de persécution sous al-Hajjâj. C'est seulement en 747 que les ibadites décidèrent de faire passer la secte à l'état de zûhûr (manifestation ouverte).
- 119 Il existe encore d'autres versions du kharidjisme qui ont engendré bien des révoltes. C'est la toile de fond de l'histoire umayyade. Tout aussi importante est l'histoire des schismes et révoltes chiites.
- 120 **49** — *Les chiïtes (chî'ûn, chiïte, ach-chî'a, chiïsme)*. A la mort de 'Alî, Hasan fut proclamé calife à Kûfa. Mais il se rendit vite compte qu'il était trahi de toutes parts et que ses troupes (impayées) se débandaient : elles pillèrent même sa maison et le blessèrent. Il finit par s'entendre avec Mu'âwiya. En échange d'une confortable pension pour lui et son frère, il renonça au califat et se retira à Médine (662). Mais 'Alî continua à être maudit en chaire, contrairement à l'accord. Hasan mourut en 670, empoisonné, disent certains récits des partisans de la dynastie de 'Alî, les chiïtes. Son frère, Husayn Bn 'Alî, retiré à Médine lui aussi, refusa de reconnaître Yazîd (680-683) et chercha à rejoindre ses partisans en Irak. Encerclé par une troupe du calife à Karbala (près de Bagdad), il fut tué probablement parce qu'il cherchait à s'échapper (680). Ce drame fondateur fut sans cesse évoqué par les chiïtes, et jusqu'à nos jours.

- 121 Husayn ne laissant qu'un jeune fils, certains des partisans des Alides se tournèrent vers le troisième fils de 'Alî, Muhammad Bn al-Hanafîya, qui, contrairement à Hasan et Husayn n'avait pas pour mère Faîma, la fille du Prophète. D'autres, pris de remords d'avoir mal soutenu les premiers Alides se lancèrent dans une révolte désordonnée dans la Djéziré. Mais ces "pénitents" furent massacrés par les troupes umayyades (685). Un rescapé, Mukhtâr, réussit en revanche à Kûfa et la révolte s'étendit jusqu'à Mossoul. Elle se réclamait de Muhammad Bn al-Hanafîya. Mais le mouvement prenait l'allure d'une révolte servile et Mukhtâr se présentait comme une incarnation de la divinité. Aussi Muḥammad Bn al-Hanafîya le désavoua et, après la défaite de Mukhtâr (687), il reconnut le calife umayyade 'Abd al-Malik, et se retira à Médine où il mourut en 701. Les partisans de Mukhtâr se divisèrent en plusieurs sectes dont certaines furent extrémistes (voir Laoust, *Schismes*, p. 30 sq.).
- 122 Les cinquante ans de calme chiite furent dus en grande partie à la volonté de paix de l'imâm suivant, le jeune fils de Husayn, qui s'appelait 'Alî. Ce fut un homme pieux et un savant traditionniste. Son surnom fut Zayn al-'Abidîn, la "parure des dévots". Selon la liste des imâms du chiisme imamite (ou duodécimain, religion officielle de l'Iran), c'est le quatrième imâm, les trois premiers étant 'Alî, Hasan et Husayn. Mais il eut deux fils, Muhammad dit al-Bâqir et Zayd. Le premier est considéré comme le cinquième imâm des duodécimains. Ce fut aussi un homme pieux et un savant traditionniste. Le second déclencha la révolte de Kûfa en 740 où il laissa la vie. Il est à l'origine d'une voie chiite très différente, le zaydisme, sur lequel nous reviendrons au n° 69.
- 123 Pour l'histoire du droit il faut observer que le chiisme constitue, comme le kharidjisme, une sorte de repoussoir, qui fit prendre conscience à la masse des musulmans du danger des thèses extrémistes. Abû Zahra exprime bien ce sentiment (*Tarîkh*, p. 273-81). Certains chiites ne disaient-ils pas que Muhammad n'était pas le sceau des Prophètes ? D'autres disaient que le jeu, le vin le porc étaient permis (Laoust p. 32-

33) ! Cette prise de conscience est à l'origine du sunnisme et de la formation du sentiment pieux moyen cherchant à sauvegarder les dogmes et préceptes de l'islam et à couvrir d'un voile pudique les dissensions entre coreligionnaires, sentiment qui dominera à la période suivante.

## § 2 - Caractéristiques du droit umayyade

124 Les divisions doctrinales que nous avons vues constituent certes la donnée fondamentale de l'époque. Mais les habitudes arabes dans l'exercice de la justice vont se heurter à des conditions nouvelles, comme l'extension territoriale du pouvoir arabo-musulman ou l'apparition de faux hadith. Il en résultera la formation de traditions juridiques locales, influencées sinon par les droits antérieurs, du moins par les circonstances socio-économiques particulières à chaque région.

125 **50** — *Des cavaliers à l'esprit pratique.* Il faut mettre d'abord en relief les conditions pratiques dans lesquelles les gouverneurs et les juges de l'époque umayyade rendaient la justice. Les Arabes étaient avant tout des cavaliers, mus par la foi certes, mais plus encore par "l'esprit de corps" des tribus, surtout à l'époque umayyade ; c'étaient des guerriers et non des intellectuels érudits, mus par des scrupules dogmatiques. Pratiques, les Arabes maintinrent intacts les institutions des pays conquis, avec leur personnel. Ces fonctionnaires continuaient leur tâche dans leur langue habituelle (le grec, le persan). C'est le cas notamment des juges des populations chrétiennes ou zoroastriennes. Les gouverneurs musulmans et arabes se bornèrent à ne juger au début que les affaires où les Arabes étaient impliqués. Selon Schacht, la sunna, d'après laquelle ils jugeaient, incluait en un même ensemble la tradition préislamique, celle du Prophète dans la mesure où ils la connaissaient, et les ordres et conseils antérieurs des premiers califes. Puis ils délèguèrent leur tâche pour ce qui concernait les affaires (civiles surtout) à des officiers de l'armée, les premiers juges (qâdî), qui se décidaient en

fonction de ce qu'ils savaient de la sunna et souvent d'après ce qui leur semblait juste, d'après le bon sens (ra'y).

126 On a des renseignements précis sur les juges d'Égypte, qui jugeaient bravement avec surtout du bon sens (Coulson, *History*, donne des exemples d'après al-Kindî, p. 31). Ils consultaient fréquemment leurs supérieurs sur des points particuliers : c'est l'istifta', demande de consultation sur un point de droit, qui donna lieu plus tard à la nomination auprès du calife d'un fonctionnaire spécialisé, le muftî. La justice n'était pas l'occupation essentielle des qâdî, elle n'était qu'une de leurs tâches administratives. Les affaires pénales (qui ont toujours, dans la société de l'époque, un aspect politique) restaient du ressort du gouverneur et de certains corps d'élite de l'armée qui firent fonction de police (churtâ). On établit dans l'armée une comptabilité des paiements de la diya, du prix du sang, et elle était retirée de la solde. Cette police contrôlait l'ordre public, tâche importante en cette période troublée, recherchait les coupables dès qu'elle avait connaissance d'un crime ou d'un délit, et les jugeait en fonction des ordres. Pour certains historiens arabes (Maqriẓî, as-Suyûtî et at-Ṭabarî), la création de ces corps de police remonte aux Râchidûn (Tyan, p. 577).

127 Ces officiers-juges obéissaient sans hésitation à leur gouverneur et celui-ci au calife. Selon Schacht, personne ne mettait en doute le droit du souverain à contrôler le fond même du droit. Par exemple pour la succession sans héritiers, la quotité disponible fut limitée à 1/3 de l'actif. Mais les califes ne firent aucun effort pour en uniformiser les règles. On cite la réponse de 'Umar II à un juge : "Rien ne m'est parvenu sur ce sujet ; je te laisse donc prononcer un verdict conforme à ton opinion" (Sourdel, *La civilisation*, p. 141). Le pluralisme juridique ne leur semblait mettre en péril ni l'islam, ni l'État. Ils intervinrent surtout en matière fiscale et pénale, mais aussi dans les autres matières.

128 **51** — *Les faux ḥadîth et leur vérification*. Les divisions de la communauté avaient surexcité la demande des traditions du Prophète, et, par suite du mouvement de piété des années 720,

la soif de ḥadīth ne fit que se renforcer. Elle favorisa l'apparition de faux. Les gens favorables ou hostiles à telle ou telle faction, les ignorants avides d'auditoire, les gens pieux qui ne reculaient pas devant le mensonge, aussi bien que les authentiques traditionnistes, répondirent à cette demande. Certains affirmaient connaître 5000 ou 13000 ḥadīth. Le travail du juriste devint difficile, car en sus de la recherche des transmetteurs, il leur fallait vérifier la qualité des dires.

129 L'apparition des faux autant que les divergences doctrinales renforçèrent la méfiance envers les traditionnistes. Les gens d'Irak multiplièrent les conditions pour qu'un ḥadīth soit recevable, en particulier en vérifiant l'isnād, c'est-à-dire la chaîne des transmetteurs de celui qui parlait du Prophète. S'ils trouvaient dans cette chaîne un chiite ou un kharidjite ou un personnage au comportement douteux, ils rejetaient le ḥadīth. Ce travail de vérification ne devint systématique qu'au siècle suivant, mais il semble incontestable que les Kufiens ('Abd Allāh Bn 'Abbās), dès cette époque, se méfiaient et vérifiaient. Mais ils se fondèrent surtout sur la cohérence doctrinale de la loi divine et se mirent à refuser les ḥadīth qui leur paraissaient en contredire d'autres plus sûrs. A Médine on était plus méfiant envers les constructions rationnelles, mais l'esprit critique envers la multiplication des ḥadīth n'en existait pas moins. C'est pourquoi, dès cette époque on peut dire que tout ce qui est en dehors de la lettre du Coran (la Sunna autant que le tafsīr, le commentaire coranique) est "un construit" très étroitement lié à la formation du fiqh. Mais en même temps, les divergences devinrent un aspect essentiel du droit musulman. Elles s'enracinaient dans des traditions juridiques différentes selon le lieu ou l'esprit de leur doctrine.

130 **52** — *Les traditionnistes et leur répartition géographique.* Les qādī se consultaient ou consultaient les mêmes traditionnistes, et cela ne pouvait se faire que dans un espace restreint, ville ou région. A côté des traditions, ils maintinrent aussi les règles arabes présumées par elles ou appliquèrent les coutumes locales selon les circonstances, ce que la tradition admettait aussi. Il s'ensuivit une diversité géographique. Par

exemple l'institution du wâlî, faisant partie de la coutume de Médine, centre plutôt rural, fut conservée plus tard dans l'école malékite : les femmes ne pouvaient se marier que par l'intermédiaire d'un homme de la famille, le wâlî (le père le plus souvent). A Kûfa, ville conquise, ville de vieille civilisation, où les convertis de fraîche date étaient nombreux, la coutume bédouine n'était pas de mise : la femme adulte put contracter seule son mariage et la règle demeura dans l'école hanéfite. Plus les centres urbains étaient éloignés, plus les divergences s'accroissaient.

- 131 Dans l'annexe 2, on a dressé la liste des principaux traditionnistes répartis en fonction de leur centre d'activité de muftî, établie principalement d'après al-Khudarî (p 124 sq.) et complétée. Dans chaque ville ils sont classés par ordre chronologique de leur décès. Khudarî a retenu les personnages morts avant 136/753-754. Il est probable que, parmi les plus récents personnages de ces listes, certains peuvent être rattachés à la génération des "hommes pieux", celle des fondateurs d'école (ceux de la période suivante) : ils furent en tout cas souvent leurs maîtres ou leurs contemporains. Selon Schacht la doctrine de tous ces personnages a été "recomposée" par les générations suivantes et n'est pas sûre historiquement.
- 132 **53** — *Les doctrines principales des traditionnistes.* Du point de vue doctrinal on a distingué surtout les "gens de la tradition" (ahl as-sunna) qui s'opposeraient aux "gens du raisonnement" (ahl ar-ra'y). C'est à Médine que la tradition aurait été à l'honneur alors qu'à Kûfa, c'était plutôt le raisonnement. Zaydân fait observer que cette division ne coïncide pas exactement avec la division géographique Kûfa contre Médine, car il existe les contre-exemples d'un partisan de la Sunna à Kûfa ('Âmir Acharâhîl dit ach-Cha'abî) et d'un partisan du ra'y à Médine (Rabî'a Bn 'Abd ar-Rahmân). La tendance des Kufiens fut d'envisager les cas théoriques et de multiplier les hypothèses d'école. À Médine on se refusait à trancher les cas d'école, car non prévus par la tradition, mais la

multitude des ḥadīth qui circulaient à Médine permettait tout de même de répondre aux besoins.

133 Pour Abû Zahra, cette distinction est malvenue. La tradition autant que le raisonnement (ra'y) étaient à l'honneur dans les deux contrées. La différence vient de ce qu'à Médine, il y avait beaucoup de traditions, ce qui limitait le recours au ra'y et qu'en matière de ra'y on préfèrait se fier à la considération de l'intérêt. En Irak, il y avait moins de traditions et le ra'y se fondait surtout sur l'analogie. De plus à Médine, on faisait confiance aux traditions populaires locales et aux juristes tardifs, médinois le plus souvent. En Irak, on ne se fiait qu'aux ḥadīth attestés par des chaînes de transmetteurs et on discutait les opinions des penseurs tardifs (Abû Zahra, *Tarikh*, p. 266, 271, 399, etc.). Ce point de vue nous semble le plus juste, car sans cela on ne comprendrait pas la résistance des Irakiens au mutazilisme, s'ils n'avaient pas révééré la tradition, ni le respect des chaféites envers Mâlik, s'il n'avait pas eu un raisonnement juridique solide.

134 Il y avait toutefois une inquiétude sur la légitimité du ra'y, mot qu'on a traduit jusqu'ici tantôt par avis personnel tantôt par raisonnement, mais qui, à l'époque avait un sens plus large encore, car le ra'y était aussi bien l'analogie (donc appuyée sur un texte) qu'un raisonnement ou une opinion personnelle. L'inquiétude portait encore sur la cohérence de la tradition. Un hadith résume bien cette double difficulté, c'est le dialogue entre al-Musayyib et Rabi'a ar-Ra'y. Aux questions de ce dernier, le premier répondit que le prix du sang pour l'ablation du doigt d'une femme était de 10 chameaux, de 20 chameaux pour deux doigts, de 30 chameaux pour trois doigts et de 20 chameaux pour quatre doigts. Rabi'a dit alors : "Donc si sa blessure est plus grave et son malheur plus grand, on abaisse le prix du sang !". Et Musayyib de faire cette magnifique réponse : "Es-tu irakien, toi ?" — Non dit l'autre, un savant qui se confirme... ou un ignorant qui apprend ! — Ô mon neveu, ma réponse vient de la Sunna" (*al-Muwatta'*, t. 2, p. 185). En effet, dans la doctrine ancienne, on donnait à la femme pour les dommages inférieurs à un tiers du prix du sang la même

compensation qu'à un homme, mais on ne lui donnait que la moitié si le dommage dépassait ce tiers. Tel était le résultat auquel aboutissait ce ḥadīth (*ibid.*, p. 183). Mais Mâlik d'ajouter que la doctrine suivie à Médine était d'accorder 40 et 50 chameaux pour les quatrième et cinquième doigts, 50 chameaux étant le prix d'une partie double du corps. Le raisonnement et la discussion ont ainsi fixé la doctrine malékite. En Irak, il en fut de même : *a priori*, pour eux, comme pour Mâlik, la loi devait être rationnelle.

- 135 **54** — *Discussions*. L'exemple qu'on a donné est bien sûr relevé par J. Schacht (*Origins*, p. 117) à côté de bien d'autres pour toutes les écoles. Pour lui il n'existe pas de loi islamique au premier siècle de l'hégire (622-718) car la loi n'appartenait pas encore à la sphère de la religion (*Esquisse* p. 27). C'est le mouvement de piété qui se produit à partir de 720 environ qui fit entrer le droit dans la sphère religieuse, par le moyen de ḥadīth plus ou moins authentiques. N. J. Coulson pense que certains ḥadīth doivent être considérés comme authentiques, ceux qui cadrent bien avec la société bédouine, qui posent des problèmes très courants (par exemple en matière de successions) et qui ont dû être abordés sans doute du vivant même du Prophète. Mais l'essentiel de la thèse de Schacht lui semble incontestable (p. 64-69).
- 136 Selon Schacht, les influences romaines et perses se firent sentir durant cette période : le statut des dhimmî (les protégés) imita les règles du droit romain envers les juifs ; le waqf imita l'institutions des *piae causae* (fondations pieuses), etc. Dans le domaine du droit personnel on retrouve certains adages romains comme "pater est quem nuptiae demonstrant" (le père est celui que désigne le mariage) ; ou encore l'idée que l'adultère crée un empêchement au mariage qui vient du droit canon des églises orientales et passa dans le droit chiite et ibadite.
- 137 Évoquer la possibilité d'une influence du droit romain sur le droit musulman est parfaitement irritant pour la plupart des juristes musulmans. Certains refusent l'hypothèse en arguant simplement du fait qu'un droit révélé ne saurait venir que de



Dieu (az-Zuhaylî, *Usûl*, t 2, p. 927). Bien sûr, mais l'argument d'autorité ne compte pas. Pour Abû Zahra, il existe un tel écart entre le contenu et l'esprit des deux droits, le droit romain étant dur envers le non-Romain, la femme, l'enfant, l'esclave, l'endetté, etc. que l'on peut écarter l'hypothèse des orientalistes (Abû Zahra, *Usûl*, p. 79-81). La solution donnée par al-'Içhmâwî (*Ach-Charî'a al-islâmîya wa l-qanûn al-misrî*, p. 31-37) est toute simple et pourrait bien être la seule valable : il existait dans l'antiquité, depuis l'Égypte pharaonique en passant par la Mésopotamie, la Grèce et Rome, un fond de connaissances juridiques, plus ou moins commun, et tout le monde y a puisé. Sans compter que le bon sens est la chose du monde la mieux partagée. Pour notre part nous soutenons que l'on n'emprunte que ce qu'on est sur le point de découvrir, que ce dont on voit l'intérêt. L'emprunt est le signe d'un faible décalage de niveau (voir n° 258).

## Notes

1. En simplifiant, parce que nombre de musulmans, à toutes les époques, ont contesté la fiabilité des traditions. Il nous est apparu de bonne méthode pédagogique de donner aux étudiants d'abord un bagage cohérent, voire scolaire, en délaissant quelque peu les discussions les plus récentes (Crone, Wansbrough. Décobert...). Ils pourront facilement remettre en question ces bases, par la suite, quand ils entreront dans les discussions actuelles.
2. On s'est rallié à des conceptions terminologiques simples : la coutume, pour nous, inclut le droit, mais comprend plus que le droit, elle comprend aussi les pratiques et usages sociaux pas ou faiblement sanctionnés ; le droit est donc la partie de la coutume obligatoire et sanctionnée (peu importe par qui) ; la coutume comprend moins que la tradition, car elle n'est ni croyance, ni technologie ; enfin pour nous, la tradition englobe la coutume (et donc le droit). Les expressions droit coutumier, droit traditionnel sont donc équivalentes. Pour la justification de cette position cf. Bleuchot, *Les cultures*, p. 107-113. Toutefois ces emplois sont à distinguer des emplois islamiques où tradition signifie Sunna, c'est-à-dire vie (sirâ) et dires (ḥadîth) du Prophète.
3. Exploit de générosité que celui-ci, souvent rapporté, où un bédouin tue son dernier chameau, sa monture préférée, pour donner à manger à son hôte.

4. Dans la pratique, pour abrégé, un de ces éléments finit par être préféré. En arabe, on écrit “Ibn” si le nom abrégé commence par la filiation, “Bnu” si le nom personnel le précède.
5. Le mot “dot” ne convient pas, ni non plus “douaire”, pour désigner un bien qui passe du patrimoine du fiancé à celui du père de la fiancée.
6. Le consensus dans les sociétés traditionnelles ne doit pas donner lieu à une idéalisation : c’est surtout le résultat d’un rapport de force entre chefs de clans, rapport de force dont on prend conscience à l’issue de longues “palabres”, à fleurets mouchetés. Toutefois le concept de “proto-démocratie” (Chelhod) nous semble tout à fait valable, puisque les chefs de clans représentent plus qu’eux-mêmes et que la parole a remplacé la force.
7. Rappelons que pour nous la coutume inclut et déborde le droit.
8. Sans majuscule, pour distinguer la sunna des Arabes de la Sunna du Prophète.
9. Les modernistes contestent qu’on puisse parler légitimement d’un État musulman. Ce qu’on veut dire c’est qu’il s’agit d’une entité indépendante politiquement, qui s’organise elle-même et dispose d’une force militaire.
10. Et donc ce que le croyant attribue à Dieu, les orientalistes l’attribuent au Prophète, qui devient l’acteur principal. Comme on ne voit pas l’intérêt de choquer les uns ou les autres, on s’efforcera de faire du Coran l’acteur principal.
11. Les références au Coran marquées d’un astérisque (\*) ne figurent pas à l’annexe I.
12. La traduction du mot jihâd par “guerre sainte”, légitime en contexte juridique, suscite l’hostilité des réformistes et modernistes, pour des raisons qui tiennent à leur stratégie dans le contexte actuel (voir le chapitre du jihâd dans le tome II).
13. La période de viduité est celle pendant laquelle une femme ne peut se remarier après son veuvage ou son divorce, pour éviter les problèmes relatifs à l’attribution de la paternité.
14. Le Prophète avait fait mettre à mort plusieurs opposants politiques, et parfois des tribus entières (les juifs Banû Qurayza), mais il ne s’agissait pas d’apostats
15. En anglais “jurisprudence” a aussi le sens de philosophie du droit.

© Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2000

Conditions d’utilisation : <http://www.openedition.org/6540>

Cette publication numérique est issue d’un traitement automatique par reconnaissance optique de caractères.

### Référence électronique du chapitre

BLEUCHOT, Hervé. *Chapitre I. Formation des sources du droit musulman : I<sup>er</sup>/VI<sup>e</sup> siècle* In : *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte* [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000 (généré le 03 janvier 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/puam/987>>. ISBN : 9782821853324. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.puam.987>.

### Référence électronique du livre

BLEUCHOT, Hervé. *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000 (généré le 03 janvier 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/puam/979>>. ISBN : 9782821853324. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.puam.979>.

Compatible avec Zotero

## Droit musulman

### Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte

Hervé Bleuchot

#### *Ce livre est cité par*

Conermann, Stephan. (2016) *Das Rechtslexikon Qawā'id al-fiqh und sein Autor*. DOI: [10.14220/9783737003612.7](https://doi.org/10.14220/9783737003612.7)

N'Diaye, Marième. (2016) La réforme de la Moudawana. *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, 45. DOI: [10.1177/0008429816636082](https://doi.org/10.1177/0008429816636082)

Glenn, H. Patrick. (2009) Tradition in Religion and Law. *Journal of Law and Religion*, 25. DOI: [10.1017/S0748081400001235](https://doi.org/10.1017/S0748081400001235)