Histoire et anthropologie du droit musulman

Formation des doctrines juridiques et du rituel en islam (du VII^e au XV^e siècle)

Conférences de l'année 2014-2015

Mohammed Hocine Benkheira

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/asr/1459>

DOI : 10.4000/asr.1459

ISSN : 1969-6329

Éditeur

Publications de l'École Pratique des Hautes Études

Édition imprimée

Date de publication : 1 septembre 2016

Pagination : 293-298

ISSN : 0183-7478

Référence électronique

Mohammed Hocine Benkheira, « Formation des doctrines juridiques et du rituel en islam (du VII^e au XV^e siècle) », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses* [En ligne], 123 | 2016, mis en ligne le 19 juillet 2016, consulté le 15 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/asr/1459> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/asr.1459>

***Formation des doctrines juridiques et du rituel en islam
(du VII^e au XV^e siècle)***

Au cours de cette année, nous avons commencé par examiner une des principales thèses défendues par Joseph Schacht, qui est indéniablement le fondateur des études modernes sur l'histoire de ce qu'il appelait la « jurisprudence muhammadienne ». Il n'a jamais eu de cesse d'insister sur le caractère central de la Loi en islam. Dans son *Introduction to Islamic Law*, parue la première fois en 1964, il écrivait : « La loi islamique est le résumé de la pensée islamique, la manifestation la plus typique du genre de vie islamique, le cœur et le noyau de l'islam lui-même ». Il ajoutait plus loin : « Il est impossible de comprendre l'islam si l'on ne comprend pas la loi islamique »¹. Ces propos sont d'une grande justesse ; toutefois, il est devenu nécessaire de les nuancer. En effet, la thèse du grand islamologue n'est vraie que pour la période qui commence grossièrement au III^e/IX^e siècle et seulement pour l'aire sunnite dans un premier temps. En effet, les chiites comme les ibāḍites ne suivront cette voie que plus tard, à l'exception de courants ultra-minoritaires comme les Druzes, les Nuṣayrī-s et les Nizārītes, chez lesquels la Loi occupe une place secondaire, voire insignifiante. S'il est exact de définir l'islam comme « une religion de la Loi », on ne peut soutenir que cela est vrai de l'islam depuis ses commencements. Si l'idée de loi révélée est bien présente dans le Coran, on ne peut pas dire que ce dernier met la Loi au centre du message religieux. Cette rectification implique qu'il y a une rupture entre la fin du II^e/VIII^e siècle et le milieu du III^e/IX^e siècle, qui a donné naissance à une nouvelle forme d'islam, centrée sur la Loi comme moyen d'obtenir le salut.

Nous avons poursuivi, cette année encore, l'étude de la doctrine du jeûne, en examinant le cas de la compatibilité entre l'état d'impureté majeure (*ḡanāba*) et l'observance du jeûne. Pendant le jeûne, que ce soit au cours du Ramaḍān ou à un autre moment, si les rapports charnels diurnes sont défendus, durant la nuit, entre le crépuscule et l'aube, ils sont permis : on invoque à ce sujet le verset 2, 187. Or l'état d'impureté majeure (*ḡanāba*), qui en résulte, est habituellement considéré comme incompatible avec les actes cultuels. Aussi, pour pouvoir observer leurs obligations cultuelles, les fidèles sont tenus de procéder préalablement, à un bain rituel (*ḡusl*). Dans le cas du jeûne, si de tels rapports ont lieu au cours de la nuit, les fidèles sont tenus de se baigner *avant* l'aurore (*faḡr*), puisque le jeûne débute immédiatement après cet instant. Or la doctrine rituelle sunnite, dans son état définitif, statue qu'il n'y a pas incompatibilité entre l'état d'impureté majeure et le jeûne, alors qu'elle

1. *Introduction au droit musulman*, traduction française de Paul Kempf et de Abdel Magid Turki, Maisonneuve et Larose, Paris 1983, p. 11.

n'admet pas de prière sans ablutions préalables. La menstruation (*ḥayḍ*) et le retour de couches (*nifās*) ont été traités analogiquement de la même façon, si les fidèles ont retrouvé leur pureté physique au cours de la nuit. Dans tous ces cas, on a permis de se baigner *après* le lever du jour. On relève que les sunnites ont adopté à l'unanimité cette doctrine. Afin de la justifier, ils ont invoqué, outre le verset 2, 187, une série de traditions prophétiques dans lesquelles le Prophète édicte lui-même la règle suivie ou bien la met en pratique². Toutefois, on ne peut parler d'unanimité des musulmans puisque les imāmites comme les ismaéliens ou les ibādites défendent des doctrines différentes.

On voit ainsi que l'islam n'est pas aussi attaché qu'il y paraît à la pureté physique. Nous nous sommes ensuite interrogé sur les origines ainsi que la portée de cette « entorse ». Après l'examen des différentes sources, nous avons mis en évidence que la doctrine de l'incompatibilité entre impureté majeure et jeûne, qui est la plus ancienne, a été contestée dès l'époque de Ibrāhīm al-Naḥā'ī (m. 96/715), qui tout en continuant à la défendre, introduit la distinction entre acte intentionnel et acte manqué : si le jeûneur a oublié de se baigner ou s'est endormi avant de pouvoir le faire, son jeûne sera malgré tout valide. Il ressort que ce qui a commencé à préoccuper les *Tābi'ūn*, c'est tout en évitant la profanation du jeûne de Ramaḍān de faire en sorte que tous les fidèles observent le jeûne, en particulier en réduisant les exceptions qui rendent impossible le jeûne ou les dispenses qui donnent la permission de ne pas l'observer. C'est vraisemblablement pour cela qu'on a admis que le fidèle en état d'impureté majeure pouvait prendre part au jeûne collectif de Ramaḍān à condition de se soumettre à un bain rituel dans la matinée. On n'a pas défendu immédiatement une telle doctrine, mais on s'y est acheminé progressivement : c'est ainsi que dans un premier temps, comme c'est le cas de Ibrāhīm al-Naḥā'ī, on a exigé de celui qui ne pouvait jeûner en raison d'un état d'impureté majeure qu'il devait s'abstenir de manger ou boire tout en compensant le jour de jeûne une autre fois. Seuls les sunnites, au nom de la Tradition prophétique (*Sunna*), ont abandonné cette doctrine restrictive. Grâce à cette « réforme », *il y a eu un déplacement du sacré de la pureté physique vers le caractère collectif du jeûne*. Ce qui devenait ainsi sacré c'était non que les fidèles soient dans un état de pureté stricte, mais qu'ils soient de plus en plus nombreux à observer le jeûne de Ramaḍān effectivement : en défendant la compatibilité entre impureté majeure et jeûne, on levait un obstacle important vers la réalisation d'une observance plus massive. On observe qu'on a également commencé à réviser le système des dispenses. De même on a exigé de celui et celle qui ne pouvaient jeûner (sauf pour la femme indisposée ou la parturiente) de s'abstenir de manger ou boire. C'est ainsi qu'on a également interprété de manière restrictive la dispense donnée par le Coran au voyageur. Nous reviendrons sur ce dernier cas l'an prochain³.

2. Le verset 2, 187 à lui seul ne suffit pas à fonder une telle règle, car il ne l'énonce pas : les juristes-exégètes l'en déduisent à la suite d'un raisonnement. C'est pour cela que la référence à la Tradition prophétique a un poids considérable.

3. Nous nous proposons de publier les résultats détaillés de cette recherche dans un ouvrage sur « l'invention du jeûne de Ramaḍān ».

Enfin, nous nous sommes penché le reste de l'année sur un petit traité sur le *kasb*, attribué à al-Šaybānī (m. 189/805). La question à laquelle tente de répondre l'auteur est : faut-il exercer une activité économique ou se consacrer à l'adoration de Dieu ? Cette interrogation est assez analogue à celle qui porte sur le mariage : faut-il se marier ou se consacrer à Dieu ? Or cette dernière interrogation est tardive et n'apparaît jamais chez al-Šāfi'ī auquel on la prête⁴. L'étude du traité attribué à al-Šaybānī nous a paru intéressante afin d'entamer l'étude de l'éthique économique de l'islam, qui devrait compléter notre étude de son éthique sexuelle entamée depuis de nombreuses années.

Ce petit traité a été déjà édité plusieurs fois⁵. Les manuscrits de ce texte sont tous très tardifs (XIX^e siècle) et l'origine du texte est dans tous les cas la somme juridique du ḥanafite de Transoxiane al-Saraḥsī (m. 490/1096). Nous l'avons examiné dans l'édition qu'en a donné récemment 'Abd al-Fattāḥ Abū Ġudda : al-Šaybānī, *Kitāb al-kasb*, avec Ibn Taymiyya, *Risālat al-ḥalāl wa-l-ḥarām*, Alep, Maktab al-maṭbū'āt al-islāmiyya et Beyrouth, Dār al-Bašā'ir al-islāmiyya, 1997. L'ouvrage est précédé d'une introduction (p. 5-27) ainsi que d'une notice sur al-Šaybānī (p. 28-58) et une très brève présentation de al-Saraḥsī (p. 59-60).

L'ouvrage est-il authentique ? Le texte n'a été transmis que par al-Saraḥsī dans *al-Mabsūṭ* (tome XXX). L'éditeur avoue n'avoir consulté aucun manuscrit. Par ailleurs, autre difficulté, le texte tel qu'il apparaît chez al-Saraḥsī est difficile à séparer de son commentaire. D'après al-Saraḥsī, l'ouvrage a été transmis par Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Samā'a (m. 233/847), un ḥanafite de Kūfa et qui fut juge à Baġdād. Mais comme l'affirme l'éditeur contemporain lui-même, il est très difficile de distinguer entre le texte de al-Šaybānī et le commentaire de al-Saraḥsī. En fait, il est possible que plusieurs commentaires se soient confondus. Car Saraḥsī déclare dans son préambule : *ra'aytu an ulḥiqa bihi⁶ imlā^{an} šarḥ kitāb al-kasb al-laḡī yarwīhi Muḥammad b. Samā'a 'an Muḥammad b. al-Ḥasan raḥimahu Allāh ta'ālā⁷*.

Cet ouvrage est-il réellement de al-Šaybānī ? Contrairement à M. Bonner⁸, nous avons tendance à pencher pour une réponse négative et cela pour plusieurs raisons.

Premièrement, les ouvrages attribués par ailleurs au même juriste, se caractérisent par des différences nettes avec celui-ci. Alors que dans celui-ci, le Coran et la tradition prophétique occupent une place éminente, dans ses autres ouvrages il n'y a soit aucune référence à ces textes sacrés, soit une référence marginale. Dans

4. Nous nous permettons de renvoyer à notre livre *La maîtrise de la concupiscence : mariage, sexualité et célibat, des origines au XVI^e siècle*, Vrin, coll. Études musulmanes, à paraître en 2016.

5. Au sujet de ce traité voir Michael Bonner, « The *Kitāb al-kasb* attributed to al-Shaybānī : poverty, surplus, and the circulation of wealth », *Journal of the American Oriental Society*, CXXI, n° 3 (2001) 410-427 (pour la discussion sur l'authenticité et la transmission du texte, voir p. 412-415).

6. Le pronom *hi* fait référence ici au *Muḥtaṣar* d'al-Ḥākim al-Šahīd et qui est présenté comme le résumé des œuvres de al-Šaybānī et que al-Saraḥsī commente dans sa somme intitulée *al-Mabsūṭ*.

7. « J'ai jugé [utile] de joindre [à ce commentaire] celui du *Kitāb al-kasb*, qui a été transmis par Muḥammad b. Samā'a sous l'autorité de Muḥammad b. al-Ḥasan que Dieu le Très-Haut soit compensant avec lui », *Kitāb al-kasb*, p. 65.

8. Il écrit dans l'article cité plus haut : « there is reason to believe that Shaybānī really was the author of the statements that the *Kasb* [...] expressly attributes to him » (p. 413^b).

l'ouvrage intitulé *al-Ġāmi' al-kabīr*, qui se présente comme un ouvrage de pure casuistique juridique, on ne relève ni citation coranique ni hadith. Dans cet ouvrage, les problèmes juridiques sont traités sous un angle exclusivement technique. Dans son autre ouvrage, intitulé *Kitāb al-ḥuġga 'alā ahl al-madīna*, qui est consacré à la controverse avec les Médinois et plus particulièrement avec Mālik, il y a des hadiths, mais pas de citations coraniques. Il en est différemment du *Kitāb al-aṣl*, qui est le plus volumineux des ouvrages attribués à Ṣaybānī et où l'on trouve à la fois des hadiths et des citations du Coran.

Deuxièmement, si al-Ṣaybānī a composé un *Kitāb al-kasb*, que al-Saraḥsī a inclus dans l'organisation de son propre traité, est-il possible de trouver d'autres ouvrages portant le même titre ? Est-il possible également que d'autres compilations comprennent une section portant un tel titre ? Dans les ouvrages déjà cités de al-Ṣaybānī, on trouve bien un *Kitāb al-buyū'*, mais non un *Kitāb al-kasb*. On ne trouve pas non plus un tel intitulé dans d'autres compilations (Mālik, Buḥārī, Muslim...). Les contemporains de al-Ṣaybānī n'ont pas compilé l'équivalent de son traité, ni même ceux qui ont vécu peu de temps après. D'ailleurs, on doit se demander : d'où vient le concept de *kasb* ? Il ne semble pas trouver ses origines dans la casuistique juridique. On sait qu'il a un contenu théologique, avec la discussion sur les actes humains : c'est Aṣ'arī (m. 324/935) qui choisit ce concept pour résoudre l'aporie (responsabilité humaine vs création divine). Il est plus probable que le concept de *kasb* vient de la pensée soufie. En effet, on observe que al-Ḥārīt al-Muhāsibī (m. 243/857) a composé un *Kitāb al-makāsib*.

Troisièmement, la question centrale posée par l'ouvrage en cause ne relève pas de la casuistique juridique technique, mais plutôt de la casuistique morale. Or ce type de préoccupations (par ex., la question du célibat) n'apparaît guère au cours des deux premiers siècles, mais on en rencontre la manifestation seulement à la fin du second siècle ou au début du troisième siècle. C'est sans doute en raison du poids grandissant des renonçants et du soufisme naissant que la casuistique morale pénètre dans la littérature juridique, car les juristes cessent de se prononcer seulement sur les questions techniques, mais prétendent à une autorité plus étendue, couvrant l'ensemble des questions religieuses. Les anciens juristes ne se prononçaient pas sur la question de savoir s'il est préférable d'exercer une activité économique ou de vivre de mendicité, ou si la richesse est préférable à la pauvreté, etc., mais seulement sur la validité d'actes économiques déterminés ainsi que sur leur structure, de même que sur les litiges entre partenaires (entre vendeurs et acheteurs, entre employeurs et employés, etc.).

Quatrièmement, parmi les ouvrages qu'Ibn al-Nadīm (*Kitāb al-fihrist*, éd. Taġaddud, Téhéran, 1972, p. 257-259) attribue à Ṣaybānī, il ne signale aucun qui porte le titre de *Kitāb al-kasb*. Fuat Sezgin le signale, mais en s'appuyant sur Saraḥsī⁹.

Cinquièmement, Saraḥsī lui-même avoue qu'aucun des deux grands transmetteurs¹⁰ des ouvrages de Ṣaybānī ne l'a reçu du maître ni donc transmis, et c'est pour cela

9. Voir *Geschichte des Arabischen Schrifttums*, I, Leyde 1967, p. 422-433.

10. Il s'agit de Abū Ḥafṣ Aḥmad b. Ḥafṣ b. al-Zibriqān al-Buḥārī (m. 217/832) et de Abū Sulaymān Mūsā b. Sulaymān al-Ġuzaġānī (m. vers 200/815).

que al-Hākim¹¹ n'en a pas tenu compte dans son *Muḥtaṣar*¹² N'est-ce pas là l'aveu qu'il s'agit d'un apocryphe ?

Pour toutes ces raisons, on peut affirmer que dans son état actuel, l'ouvrage n'est pas de al-Šaybānī. Il se peut qu'il ait composé un opuscule sur le sujet et que celui-ci ait subi des transformations, dues à ceux qui l'ont transmis aux générations ultérieures. Mais même cette hypothèse *a minima* est difficile à soutenir, pour la raison qu'à l'époque de Šaybānī l'éthique religieuse n'avait pas encore pénétré le *fiqh*, notamment pour ce qui concerne le domaine économique.

Un seul argument plaide en faveur d'une authenticité partielle de l'ouvrage : certains passages, peu nombreux, sont introduits par *qāla Muḥammad*. On peut penser qu'il s'agit de citations directes de l'ouvrage de Šaybānī, qui se nommait Muhammad. Mais cela est seulement une conjecture puisque le transmetteur de l'ouvrage s'appelait également Muhammad (b. Samā'a).

Si l'ouvrage date effectivement du III^e/IX^e siècle, quel que soit son auteur, il constitue un témoignage non négligeable pour l'étude de l'histoire de l'éthique économique de l'islam. Nous nous proposons dans les années qui viennent de nous pencher sur cette question.

11. Il s'agit de Abū al-Faḍl Muhammad b. Muḥammad b. Aḥmad al-Marwazī (m. 334/945).

12. *Kitāb al-kasb*, p. 65-68.