Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses

Résumé des conférences et travaux

115 | 2008

Annuaire de l'EPHE, section des Sciences religieuses (2006-2007)

Droit musulman

Des « origines » du droit musulman

Mohammed Hocine Benkheira

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/asr/318>

DOI : 10.4000/asr.318

ISSN : 1969-6329

Éditeur

Publications de l'École Pratique des Hautes Études

Édition imprimée

Date de publication : 1 octobre 2008

Pagination : 163-166

ISSN : 0183-7478

Référence électronique

Mohammed Hocine Benkheira, « Droit musulman », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses* [En ligne], 115 | 2008, mis en ligne le 22 octobre 2008, consulté le 08 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/asr/318> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/asr.318>

Tous droits réservés : EPHE

Conférences de M. Mohammed Hocine Benkheira

Maître de conférences

Droit musulman

Des « origines » du droit musulman

L'essentiel des conférences de cette année ont été consacrées à un premier examen de la question des « origines » du droit musulman. La plupart des séances ont porté sur l'ouvrage fondateur de Joseph Schacht (*The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1950 [1953]). Nous avons également présenté et discuté l'ouvrage plus récent de Harald Motzki (*The Origins of Islamic Jurisprudence*, Franz Steiner, Stuttgart 1991 et Brill, Leyde 2002) dont le titre principal est un clin d'œil à son illustre prédécesseur. À côté de ces deux principaux livres, nous avons également présenté et discuté deux importants articles : le premier de Zafar Ishaq Ansari (« Islamic juristic terminology before Shâfi'i : a semantic analysis with special reference to Kûfa », *Arabica* XIX [1972], p. 255-300), le second de Patricia Crone (« Two legal problems bearing on the early history of the Qur'ân », *Jerusalem Studies in Arabic and Islam* 18 [1994], p. 1-37). Nous comptons poursuivre cette lecture critique des travaux en rapport avec cette question au cours des années à venir.

En 1950, grâce à son maître-livre, Joseph Schacht a fondé les études modernes sur le droit et la loi islamiques. Sa démarche est principalement discontinuiste. Sans parti pris aucun, il s'est efforcé de rendre compréhensible la genèse du droit musulman. Selon la vision traditionnelle, ce dernier est né en même temps que l'islam, au cours de la prédication de Muḥammad dans l'Arabie centrale au VII^e siècle ; en d'autres mots, sa naissance serait étroitement associée au Coran, qui est le contenu de cette prédication. Mais comme la prédication de Muḥammad, ajoutent les oulémas, est loin de se réduire au Coran et comprend également ce qu'ils appellent la Sunna, celle-ci interviendrait ainsi également dans la formation du droit islamique dès cette époque. J. S. commence par séparer les deux sources scripturaires. S'il continue à admettre que le Coran est le texte prêché par Muḥammad tout le long de sa carrière prophétique, après avoir étudié les chaînes de transmission (*isnād*) des hadiths, qui constituent le corpus littéraire de la Sunna, il est parvenu à la conclusion que la plupart de ces derniers doivent plutôt être datés du second quart de la première moitié du second siècle de l'Hégire. Cela revient donc à soutenir que le hadith est *postérieur* au Coran ; cette conclusion fournit un excellent outil de lecture comparée du Coran, du hadith et des écrits juridiques. Si on retient cette hypothèse, on peut mettre en relation le Coran avec l'enseignement du Prophète,

tandis que le hadith constitue le moyen par lequel des autorités postérieures, diverses d'ailleurs, sont intervenues dans la fabrication de la loi islamique. On peut ainsi établir une chronologie fondée sur des faits textuels. Le second résultat auquel a abouti J. S. est que s'il y a des écarts, des divergences, voire des contradictions, entre ce que dit la loi islamique achevée et ce que prescrit le Coran, cela veut dire que ce dernier n'a pas constitué au départ l'origine de la loi islamique et que celle-ci plonge ses racines ailleurs. Si les juristes classiques, notamment après l'élaboration de la discipline des *uṣūl al-fiqh*, ont posé que le Coran constitue la première source du droit, et si après cela les spécialistes du droit positif (*furū*) ne manquent jamais de s'y référer, cela ne signifie pas qu'il en a été toujours ainsi. La thèse de J. S. est que le droit islamique prend sa source dans la pratique des gouvernants umayyades et que c'est seulement après cette phase, vers la fin de cette dynastie, que l'on a jugé nécessaire de lui donner comme base le Coran. La thèse d'ensemble de J. S., même si elle ne touche pas à plusieurs assertions de la vision traditionnelle (comme l'ancienneté de la vulgate ou le caractère central du Hijāz), est proprement révolutionnaire. On sait que c'est sur cette base que vingt ans plus tard plusieurs auteurs ont impulsé un mouvement de remise en question de l'ensemble de la vision traditionnelle jusqu'à parfois déboucher sur une impasse, comme dans le cas de la biographie de Muḥammad (voir Harald Motzki (éd.), *The Biography of Muḥammad*, Brill, Leyde 2000).

La thèse de Harald Motzki est à l'opposé de celle défendue par J. S. En effet, le chercheur néerlandais rejette le postulat hyper-criticiste de J. S. et de ses disciples, qui contestent en bloc l'authenticité de la tradition islamique. S'appuyant sur une étude minutieuse et approfondie d'une très vieille compilation, qui venait d'être éditée pour la première fois, le *Musannaf* de 'Abd al-Razzāq (m. 211/826), H. M. s'efforce de montrer que les sources islamiques anciennes peuvent être considérées comme fiables. Partant du matériau légal contenu dans cette vaste compilation et transmis par l'intermédiaire d'Ibn Jurayj, il veut montrer qu'il est authentique. Si on accepte sa conclusion, on est obligé de réviser la chronologie avancée par J. S. et faire naître le droit islamique quelques décennies plus tôt, à l'époque de la génération des Suivants (*tābi'ūn*). On relève d'emblée une différence méthodologique majeure entre les approches des deux savants : alors que J. S. met en œuvre une approche d'ensemble, H. M. se cantonne dans une approche monographique, doublement restreinte à un corpus unique et à une cité (La Mecque). Par d'autres travaux, H. M. a montré que s'il n'adhérait pas à la vision traditionnelle, il n'en était pas moins hostile à l'hyper-criticisme : il fait ainsi partie de ceux qui ont sévèrement critiqué la thèse défendue par Norman Calder dans ses *Studies in early muslim Jurisprudence* (Clarendon Press, Oxford 1993). De même que Wael Hallaq (*The origins and evolution of islamic law*, Cambridge University Press, 2005), Yasin Dutton (*The Origins of Islamic Law. The Qur'ān, the Muwatta' and Madinan 'Amal*, Routledge Curzon, 1999) et quelques autres chercheurs, il défend un continuisme restreint.

C'est dans cette même mouvance que s'inscrit Z. I. Ansari. Il s'efforce de montrer que dès le deuxième siècle de l'Hégire le vocabulaire technique des juristes classiques est déjà présent ; l'évolution n'aurait fait ainsi que l'affiner en le débarrassant de nombreuses scories et imperfections. Quant à P. Crone, elle aborde exclusivement un problème unique : non seulement la loi islamique dans sa formulation classique diffère sensiblement de ce qui est énoncé par le Coran, mais les exégètes sont incapables d'expliquer clairement certains termes coraniques. Après avoir donné plusieurs exemples étudiés avant elle par d'autres auteurs, elle donne à son tour un nouvel exemple, passé jusqu'à elle inaperçu : le mot *kitāb* dans le verset 24, 33. Tous les exégètes s'accordent pour estimer qu'il s'agit d'une référence au contrat d'affranchissement, par lequel un(e) esclave rachète sa liberté. Or P. C. estime que le contexte n'est pas en faveur de cette lecture et que le terme fait seulement référence à un contrat de mariage. Ainsi elle aboutit à un résultat important : les exégètes du Coran ont dû élaborer l'exégèse d'un texte dont ils ne comprenaient pas toujours les significations. C'est comme s'ils découvraient pour la première fois un écrit dont ils ignoraient tout ou presque. Ainsi hormis la question de l'histoire d'un texte canonique du Coran, qui a occupé beaucoup de chercheurs, une autre question demeure entière : pourquoi a-t-on jugé nécessaire d'en faire l'exégèse ? Les débats qui avaient lieu parmi les fidèles ont-ils suscité cet effort ? Cela ne semble pas être le cas puisque l'exégèse primitive se limitait la plupart du temps à une simple explication de mots, voire même à substituer à chaque terme problématique un synonyme, afin d'en éclairer la signification. On a récemment parlé d'exégèse « paraphrastique »¹. Quant on réexamine cette exégèse, ainsi que l'ont fait de nombreux auteurs dont P. C., on s'aperçoit que des choix ont été faits dès une époque primitive, qui n'excluent pas d'autres interprétations. De tels choix ont pu être délibérés – c'est ce que soutient David S. Powers au sujet du terme *kalāla* ² –, mais on doit admettre que dans la plupart des cas, ils sont souvent involontaires et résultent plutôt de quiproquos. Après avoir examiné plus longuement le problème du statut du patron de l'affranchi dans le droit successoral, P. C. suggère que c'est seulement à la fin du 1^{er} siècle que la vulgate a été établie. Mais le fait le plus important est que le Coran est dans cet ordre d'idées un texte face auquel les musulmans étaient désarmés, puisqu'ils ne disposaient pas d'autre moyen pour l'interpréter que leur connaissance de l'arabe. Or ce savoir linguistique n'a pas suffi dans de nombreux cas. C'est sans doute parce que le Coran fait référence à des institutions et des pratiques qui étaient (devenues ?) pour eux totalement incompréhensibles ; c'est pour cela qu'ils ne pouvaient comprendre ce que voulait dire le mot *kalāla* dans les versets 4, 12 et 176. Cela implique que soit aucun corpus exégétique ne leur a été transmis, contrairement à ce que soutient la vision traditionnelle, soit ce

1. Voir à ce sujet Claude Gilliot, « Les débuts de l'exégèse coranique », *REMMM* 58 (1990/4), p. 88 et surtout p. 91-92.

2. Voir *Studies in Qur'ān and Hadith : the Formation of the Islamic Law of Inheritance*, Berkeley/Los Angeles 1986.

corpus ne leur est parvenu que partiellement. Cette dernière éventualité est explicitement rejetée par P. C.

La question des « origines » est ainsi fort complexe. En tout cas, il n'est plus possible d'accréditer le dogme musulman qui voit dans le Coran la première source du droit : *primo*, parce que ce dernier contient tellement peu de versets législatifs (environ 600 sur plus de 6000) qu'il ne peut servir comme code juridique; *secundo*, parce que plusieurs versets se contredisent, comme au sujet du vin ou de l'adultère; *tertio*, parce que pendant plusieurs décennies, des prescriptions coraniques (comme la prohibition du vin) n'étaient pas observées; et enfin *quarto*, parce que souvent l'énoncé de la loi islamique diffère sensiblement de celui du Coran. Si nous retenons l'hypothèse que c'est seulement au cours du deuxième siècle que l'exégèse coranique a pénétré le droit, on ne peut manquer de s'interroger sur le statut que le Coran avait auparavant, dans la mesure où il existait déjà, et surtout quelle est sa société de référence. Depuis la constitution de l'islam classique, nous postulons implicitement et explicitement que le Coran renvoie à la société (ou aux sociétés) du Hijāz, principalement La Mecque et Médine. Cette prémisse ne peut plus être acceptée comme allant de soi.

Cette lecture critique nous a conduits à poser de nouvelles questions. Quelle est la nature du droit en usage avant l'élaboration du droit islamique? Pourquoi a-t-on décidé d'asseoir le droit islamique sur le Coran? Question subsidiaire, mais qui a son importance, peut-on encore tenir le Coran pour *un* livre et ne faut-il pas y voir la fusion de plusieurs traditions scripturaires, ce qui expliquerait les contradictions dans le texte lui-même? Par ailleurs, certaines catégories d'analyse héritées de la tradition musulmane comme l'opposition entre *ahl al-ra'y* et *ahl al-hadith* ou la notion de « juriste » doivent être radicalement révisées, de même qu'il faut se départir de la vision du monde que donne la prosopographie classique qui a ordonné le passé non pas dans le but de le comprendre, comme le font les historiens modernes, mais dans le but de retrouver l'image qu'elle cherchait à promouvoir. C'est dans ces différentes directions que nous comptons développer nos recherches futures.

Au cours de cette même année, nous avons abordé brièvement deux questions majeures de la casuistique juridique, qui avaient donné lieu à des communications présentées dans deux colloques. D'une part, la place et le rôle du tirage au sort (*qur'a*) dans la loi islamique, d'autre part, la discussion sur l'hermaphrodisme. Dans les années à venir, nous comptons revenir sur le problème du tirage du sort dans le cadre d'un examen systématique du statut des procédés « non rationnels » (notamment la physiognomonie, *qiyāfa*) pour l'établissement de la filiation.