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

Résumé des conférences et travaux

116 | 2009

Annuaire de l'EPHE, section des Sciences religieuses (2007-2008)

Histoire et anthropologie du droit musulman

Mohammed Hocine Benkheira

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/asr/649>

DOI : 10.4000/asr.649

ISSN : 1969-6329

Éditeur

Publications de l'École Pratique des Hautes Études

Édition imprimée

Date de publication : 30 novembre 2009

Pagination : 141-142

ISBN : 978-2-909036-36-6

ISSN : 0183-7478

Référence électronique

Mohammed Hocine Benkheira, « Histoire et anthropologie du droit musulman », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses* [En ligne], 116 | 2009, mis en ligne le 27 novembre 2009, consulté le 08 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/asr/649> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/asr.649>

Tous droits réservés : EPHE

Histoire et anthropologie du droit musulman

Deux thèmes principaux nous ont occupé cette année : les unions mixtes entre libres et esclaves et l'impureté d'origine sexuelle.

Les unions mixtes entre libres et esclaves

Il est frappant de remarquer, alors même que le droit islamique affirme que l'enfant a la condition juridique de sa mère, qu'il est permis au libre d'épouser une esclave, à condition qu'elle appartienne à autrui. On sait par ailleurs que les juristes valorisent le statut de libre. Fait plus troublant encore : il est permis de marier une libre à un esclave, alors que ce type d'union est en contradiction évidente avec la règle de la parité, particulièrement stricte au sujet du mariage envisagé du point de vue féminin (une femme ne peut jamais épouser un homme de condition inférieure). Notre objectif n'étant pas d'étudier la condition juridique de l'esclave, nous ne nous sommes guère attardé sur le droit de l'esclavage en général, ni même sur le mariage de l'esclave. Dans la mesure où l'union entre *une* libre et un esclave ne donne pas lieu à une controverse, nous avons été amené à nous concentrer sur un seul et unique casus : un libre peut-il épouser une esclave ?

Les écoles juridiques classiques, y compris chiïtes et ibâdhîtes, se scindent en deux partis. Le parti « majoritaire », qui comprend shâfiïtes, mâlikites, hanbalites, fâtimides (ismaéliens), zaydites et ibâdhîtes, défend la doctrine selon laquelle un libre ne peut épouser une esclave que si deux conditions sont réunies : s'il n'est pas marié à une libre (ou s'il n'a pas de concubine) ou s'il n'a pas les moyens d'épouser une libre (condition économique) et s'il a peur qu'un célibat forcé le conduise à la débauche. Il s'agit donc d'une prohibition conditionnelle. Les tenants de cette doctrine soutiennent qu'elle coïncide avec l'énoncé même du verset 4, 25. Face à eux, il y a le parti « minoritaire », qui comprend seulement les hanafîtes et les imâmîtes (avec quelques nuances pour ces derniers). La doctrine défendue par ceux-là est qu'un libre, déjà marié à une libre, ne peut en aucun cas épouser une esclave, mais que celui qui est célibataire ou n'est pas marié à une libre peut épouser autant d'esclaves qu'il le souhaite, dans la limite de quatre épouses, bien sûr. Avec plus de difficultés que leurs adversaires, les tenants de cette seconde doctrine arrivent à la justifier tout de même en lui trouvant des fondements scripturaires. Nous sommes ainsi en présence d'un cas classique de divergence juridique. Nous nous sommes attaché à reconstruire

l'histoire de cette divergence. C'est ainsi que nous avons pu mettre en évidence que la doctrine « minoritaire », qui était déjà celle d'Abû Hanîfa, était plus ancienne que la doctrine « majoritaire » qui a été formulée *la première fois* par Shâfi'î (m. 204/820) dans son *Kitâb al-umm*. Il est vrai que selon quelques rares traditions, elle est mise sur le compte d'Ibn 'Abbâs, dès la fin du I^{er} siècle. Shâfi'î lui-même la prête à quelques autorités du début du II^e siècle, mais non à Ibn 'Abbâs. Sur la base d'une relecture systématique des sources, nous avons pu établir que deux autres doctrines ont été défendues par des autorités du II^e siècle. Selon la première, en cas de pauvreté, un libre peut épouser une esclave. Les traditions à ce sujet sont assez claires : les personnages auxquels on attribue cette doctrine n'énoncent *aucune* autre condition. Quant à la seconde doctrine, qui est mise sur le compte d'un nombre plus grand d'autorités, ses adeptes estiment que *la passion* constitue un motif légitime pour épouser une esclave. Or Shâfi'î précisément s'insurge explicitement contre une telle dispense. Nous aboutissons ainsi à plusieurs résultats importants, dont certains ne se limitent pas au casus discuté. Shâfi'î est intervenu dans un débat ancien mais sa doctrine ne doit rien ou presque rien au Coran ; l'originalité de la solution qu'il défend tient à sa conception du mariage et de manière plus générale du sujet. Alors qu'avant lui, on considérait que l'amour était une maladie qui pouvait être dangereuse pour celui qui en était la victime, allant jusqu'à la folie ou même la mort, c'est pour cela que l'on admettait le mariage avec une esclave en raison de l'amour, lui tient que le croyant doit maîtriser ses passions. En même temps, il voit d'un très mauvais œil les unions mixtes entre libres et esclaves, car il s'agit de mésalliances qui menacent le clan familial. Le mariage doit être exclusivement motivé par les intérêts de ce dernier : d'où l'insistance de Shâfi'î sur la tutelle matrimoniale comme condition de validité du mariage¹.

L'impureté d'origine sexuelle

Le second thème abordé avait trait à un casus célèbre : se toucher ou toucher autrui annule-t-il les ablutions et à quelles conditions ? Nous avons pu établir que deux partis s'opposent à ce sujet : d'un côté, ceux qui, avec les hanafites, tiennent que se toucher ou toucher son épouse n'impose pas d'ablutions, de l'autre ceux qui soutiennent que se toucher ou toucher son épouse rend nécessaire des ablutions sous certaines conditions².

1. Les résultats détaillés de cette recherche sont exposés dans « Un libre peut-il épouser une esclave ? Esquisse d'histoire d'un débat, des origines à Shâfi'î », *Der Islam*, 2007 [2008], vol. LXXXIV, n° 2, p. 246-355.

2. Il s'agit d'une communication qui doit paraître dans les actes du colloque qui s'est tenu à Gênes en mai 2007.