
Histoire et anthropologie du droit musulman

Mohammed Hocine Benkheira



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/asr/813>

DOI : 10.4000/asr.813

ISSN : 1969-6329

Éditeur

Publications de l'École Pratique des Hautes Études

Édition imprimée

Date de publication : 1 octobre 2010

Pagination : 157-159

ISBN : 978-2-909036-37-3

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], 117 | 2010, mis en ligne le 25 janvier 2011, consulté le 11 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/asr/813> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/asr.813>

Histoire et anthropologie du droit musulman

L'enseignement de cette année a porté sur trois questions distinctes. Durant le premier trimestre, nous avons étudié le mariage chez les premiers musulmans d'après plusieurs notices du *Kitāb al-Ṭabaqāt* d'Ibn Sa'd, en nous aidant du *Ansāb al-ašraf* de Balādurī et du *Kitāb al-ma'ārif* d'Ibn Qutayba. Nous avons ainsi examiné les unions contractées par plusieurs Compagnons (Abū Bakr, 'Utmān, 'Alī, 'Umar, Zubayr, etc.). Nos sources ne donnent pas d'informations précises sur ces mariages : par exemple, on ignore s'il y a eu ou non négociation avec un tuteur matrimonial de même que, quand un individu a contracté plusieurs mariages, dans quel ordre ils l'ont été et éventuellement combien d'épouses il a eu en même temps (polygynie). Nous avons examiné, parce que les données sont plus nombreuses, de manière plus détaillée les mariages de Muḥammad, y compris ceux qui n'ont pu aboutir. Une des questions qui nous animaient était d'apprécier le poids de l'endogamie de lignée (mariages entre cousins patrilatéraux). Il nous est apparu que généralement, s'agissant en tout cas des Mecquois, le premier mariage relevait de ce type : le cas exemplaire est de ce point de vue le mariage entre 'Alī et sa cousine Fāṭima. Nous avons également observé dans ce domaine qu'il y avait souvent un écart générationnel entre les deux conjoints : un homme n'épouse pas toujours la fille de son oncle paternel, mais plutôt la fille de son cousin paternel. Parmi les nombreux mariages contractés par un homme, il n'épouse généralement qu'une seule cousine patrilatérale. Nous avons relevé également que de nombreuses unions ne duraient pas longtemps, même après avoir donné lieu à une descendance. Les individus des deux sexes contractent de nombreux mariages ; l'interdiction de la polyandrie pour les femmes ne les empêche pas d'être polygames : toutes les épouses de Muḥammad, à l'exception d'une seule, avaient été mariées au moins une fois. Une observation mérite d'être faite : une femme ayant été déjà mariée ne devient pas de ce fait difficile à marier. Beaucoup d'hommes épousent des femmes qui ont été déjà mariées, la seule exception étant le premier mariage, qui semble être souvent un mariage avec une pucelle. Seul Muḥammad déroge à cette dernière règle puisque sa première femme avait été déjà mariée. On remarque aussi que plusieurs femmes ont épousé au cours de leur vie des frères ou parfois un oncle et son neveu. On relève aussi des cas de sororat : Muḥammad a donné en mariage à 'Utmān, membre important de la Maison des umayyades et futur troisième calife, deux de ses filles. Les mariages de Muḥammad, qui sont les mieux connus, méritent

d'être réexaminés à la lumière de ce type de considérations, car par exemple on cesserait de traiter son mariage avec Ḥadīja comme un pis-aller. En effet, quand on examine les sources, on se rend compte que non seulement elle est une cousine très éloignée, mais encore qu'elle appartient à une maison qui a des échanges matrimoniaux avec la maison des Hāšim à laquelle appartient Muḥammad. Ainsi Zubayr b. al-'Awāmm, qui est le neveu de Ḥadīja, est également le cousin de Muḥammad, car fils d'une de ses tantes paternelles.

Le reste de l'année a été consacrée à l'étude de la doctrine de la tutelle matrimoniale (*wilāya*). On sait qu'il existe deux doctrines différentes en relation avec cette question. Il y a d'une part la doctrine selon laquelle une femme pubère a la capacité de se marier sans recourir à un tuteur matrimonial, doctrine à laquelle on rattache principalement le nom d'Abū Ḥanīfa. La seconde doctrine, qui pose qu'une femme ne peut jamais contracter un mariage, pour elle-même ou pour autrui, réunit les autres écoles sunnites, de même que les ibādītes et Ibn Ḥazm. Notre objectif durant cette première année était d'examiner les conceptions défendues pendant les deux premiers siècles et jusqu'au début du III^e siècle. Il ressort de l'examen des compilations de traditions qu'il n'existe pas une doctrine unique que l'on puisse attribuer au fondateur de l'islām. On lui attribue de nombreuses décisions d'annulation de mariages forcés, de même que des propos hostiles à tout mariage conclu sans l'intervention d'un tuteur matrimonial. Cependant, parmi ces propos, beaucoup insistent également sur la nécessité de consulter la jeune fille avant de contracter pour elle. Aussi les propos qui soulignent le rôle du tuteur matrimonial ne peuvent-ils pas être interprétés comme autorisant le mariage forcé. Nous avons ensuite examiné les traditions mettant en cause les Compagnons ainsi que les autorités du I^{er} siècle. Là aussi, l'absence d'une doctrine unique est attestée. Quand on examine les propos et décisions des autorités du II^e siècle, dont l'historicité est plus certaine, on s'aperçoit que les plus importantes d'entre elles, comme Abū Ḥanīfa, Zuhri, Mālik, Ṣaybānī et Abū Yūsuf, défendent la doctrine de « la nullité conditionnelle » du mariage, à savoir qu'un mariage conclu sans tuteur matrimonial peut être annulé sous certaines conditions (absence de parité, etc.), mais jamais pour la seule absence du tuteur matrimonial. C'est cette seconde doctrine, défendue par plusieurs juges irakiens comme Ibn Abī Laylā, Ibn Šubruma et 'Ubayd Allāh b. al-Ḥasan, qui a été adoptée par Šāfi'ī. C'est seulement à sa suite qu'elle se diffusera parmi les autres courants sunnites. Les mālikites réviseront ainsi la doctrine de Mālik. Cette observation confirme une de nos hypothèses, exposée les années précédentes, selon laquelle il y a eu *une rupture* dans l'histoire du droit islamique au tournant du III^e/IX^e siècle : le meilleur témoignage à ce sujet est la somme de Šāfi'ī. Il en ressort que dans de nombreux domaines, pour ne pas dire dans tous, il innove. Il serait prématuré de définir *a priori* le sens de sa démarche. C'est pour cette raison que les nombreuses divergences en matière de droit positif qui opposent hanafites et šāfi'ītes sont loin d'être exégétiques mais sont plutôt historiques : ces deux écoles s'opposent parce qu'elles appartiennent à deux strates différentes de l'histoire du droit islamique.

Une ultime séance a été consacrée au rôle possible de l'encratisme dans la naissance de l'islām. En effet, notre attention a été attirée par le fait que les courants encratistes se caractérisent par trois attitudes rituelles : abstinence sexuelle, refus du régime carné et prohibition du vin. Or l'on sait qu'un des interdits rituels islamiques les plus connus a trait au vin. Ce fait à lui seul ne suffit pas comme témoignage d'un lien entre l'islām naissant et les courants encratistes. D'autres faits doivent être invoqués. Selon de nombreuses traditions, sur lesquelles Ignace Goldziher avait déjà attiré l'attention dans un bref article de la *Revue de l'histoire des religions*, plusieurs disciples très proches de Muḥammad ont adopté ou voulu adopter des comportements ascétiques. Sur leur identité et leur nombre, les sources ne sont pas d'accord. Cet événement est mis en relation avec un verset coranique. À cette occasion, Ṭabarī rapporte plusieurs traditions exégétiques (genre *asbāb al-nuzūl*). Un personnage apparaît dans toutes les listes : il s'agit de 'Uṭmān b. Maẓ'ūn, qui fut un des musulmans émigrés en Abyssinie (selon certains récits, il était le chef de cette petite communauté d'émigrés). À son sujet, on rapporte que bien avant que Muḥammad n'édicte la prohibition de la consommation de boissons alcoolisées, ce dernier s'en abstenait et réprouvait cet usage. On rapporte également qu'il fit aussi vœu d'abstinence sexuelle et qu'il projeta d'abandonner le régime carné. Un autre compagnon reçut le surnom de Abā al-Laḥm, « Celui qui refuse la viande » parce qu'il prôna le végétarisme. 'Uṭmān est un parent du côté maternel de 'Umar I^{er}. On peut réexaminer à la lumière de ce fait plusieurs éléments concernant la famille étendue de ce dernier. Il apparaît que plusieurs de ses parents avaient des convictions religieuses qui les distinguaient de leurs contemporains.