

*Épître sur le sens  
de l'analogie*

« *Al-Qiyas* »

*Par Sheikh-al-Islam Ibn Taymiyya*



## Sommaire :

Introduction du traducteur.....	3
Source de l'erreur.....	3
Confusion des types de contrat.....	3
Catégories d'opérations.....	4
But de la discussion.....	17
Section 1: scarification (Al Hijamah).....	17
Section 2: Ablutions sèches.....	18
Section 3: Le Salam.....	19
Section 4: Contrat d'affranchissement.....	20
Section 5: Le louage.....	21
Section 6: Le louage est-il assimilable à la vente d'objets non existants ?.....	22
Section 7: Vente d'objets non existants.....	24
Section 8: Condamnation de l'analogie fautive par la Shari'ah.....	27
Section 9: La prise en charge du prix du sang par les agnats.....	34
Types des status contestés.....	36
Statut contesté 1: la muçarra.....	37
Statut contesté 2: la prière derrière les rangs.....	39
Statut contesté 3: l'usage d'un animal mis en gage.....	39
Statut contesté 4: l'esclave violentée par son maître.....	41
Statut contesté 5: l'achèvement du pèlerinage entâché de vice.....	45
Statut contesté 6: jeûne rompu par oubli.....	46
Statut contesté 7: Fatwah des disciples.....	49

## Introduction du traducteur

Voici la réponse d'Ibn Taymiyyah -*qu'Allah lui fasse Miséricorde*- à une question sur le fait de croire que le texte contredit parfois l'analogie [*Al-Qiyyas*] et ce qu'il en était réellement.

Extrait de « Rissalatun fi ma'na-l-qiyass » de Cheikh Al Islam.

Par Abu Ilyas Muhammad Diakho Tandjigora.

## Source de l'erreur

La base d'une telle affirmation (que le texte est contraire à l'analogie), chez eux, est que le mot 'al-Qiyas' est un terme équivoque qui s'applique indifféremment au raisonnement juste et au raisonnement faux. Le raisonnement juste est celui qui est donné par la Charî'a : il consiste à réunir deux choses semblables et à dissocier deux choses dissemblables. Le premier s'appelle syllogisme conjonctif (*Qiyâs at-tard*), le second syllogisme disjonctif (*Qiyâs al-'aks*). Il

participe de la justice qu'Allah ﷻ a chargé son Prophète ﷺ de transmettre. Le syllogisme juste est celui où la cause (*'illatu-l-hukm*), qui fonde le statut juridique des prémisses, se retrouve dans la conclusion, sans que l'on puisse déceler, dans celle-ci, une raison qui empêche que la même cause conditionne le même statut. La Chari'a ne contredit jamais un tel syllogisme. Il en est de même du syllogisme dont le but est de faire disparaître une différence apparente, et qui consiste à établir qu'entre deux cas déterminés, il n'existe pas de différence canoniquement valable; là aussi la Chari'a ne contredit pas un tel syllogisme. Si la loi assigne à certaines espèces de choses un statut déterminé qui les différencie de leurs semblables c'est parce que: ces choses présentent en effet certaines qualités qui motivent l'attribution de ce statut particulier et qui interdisent de les assimiler à d'autres. Ces qualités cependant peuvent apparaître à certains juristes, mais échapper à d'autres, il n'est pas des conditions d'un syllogisme juste, que chaque homme soit à même d'en saisir la rectitude. Quiconque croit trouver quelques termes de la Chari'a contraires à l'analogie, doit savoir que la contradiction n'a d'existence que subjective et ne correspond, nullement à l'analogie juste et vérifiée dans la réalité. Quand nous savons qu'un texte contredit un raisonnement, nous savons de science certaine qu'il s'agit d'une analogie erronée: c'est à dire que les cas envisagés diffèrent de ceux auxquels on croit les assimiler et présentent une qualité considérée par le législateur qui entraîne un statut juridique différent. Il n'y a aucun élément, dans la Chari'a, qui puisse être contraire à une analogie juste: on y trouvera, par contre, en dépit de certaines appréciations, les éléments qui contredisent la fausse analogie, bien qu'il y ait des gens qui n'en connaissent pas la fausseté.

## Confusion des types de contrat

Nous allons donc étudier certains des exemples énumérés par la question qui nous a été posée. Ceux qui croient que la mudhâra, la musâqa et la muzara'a sont contraires au raisonnement s'imaginent que ces contrats entrent dans le genre des contrats de louage: ce sont, disent-ils, des opérations qui comportent un échange d'équivalences; or, dans le louage, il est nécessaire de connaître les deux objets de l'échange. Constatant que, dans de semblables contrats, le travail à fournir ainsi que le bénéfice à réaliser ne sont pas connus, ils en concluent que de telles transactions sont contraires à l'analogie. C'est là une erreur de leur part. De telles

conventions, en réalité, doivent être rangées dans la catégorie des contrats d'association (*musharakat*), nullement dans celle des contrats d'échange (*mu'awadat*), encore moins dans la catégorie de ces contrats d'échange particuliers où l'on exige la connaissance des deux objets de l'échange. Les contrats d'association ne sont pas du genre des contrats d'échange, bien que l'on ait pu dire qu'ils ont, avec ces derniers, quelques éléments communs. De même, la contribution proportionnelle (*muqasama*) n'est pas du genre des contrats spéciaux d'échange, bien qu'elle offre, avec l'échange en général, quelque vague ressemblance, au point que certains juristes la considèrent comme une vente où l'on doit exiger les conditions de la vente proprement dite.

## **Catégories d'opérations**

L'explication de ces divergences apparaît en toute clarté, lorsque l'on songe que toutes les opérations qui ont pour objet l'acquisition de biens peuvent se répartir en trois grandes catégories:

### **Catégorie I** : Le louage [*Al Ijarah*]

1°- Dans la première, le travail, qui constitue le but du contrat, peut être évalué et effectivement fourni: tel le louage proprement dit, qui est irrévocable.

### **Catégorie II** :

*Type 1: L'enjeu [Al gi'ala]*

2°- Dans la seconde, le travail est toujours l'objet du contrat, mais ce travail est inconnu ou comporte un aléa.

**a-** Telle est la *gi'ala*: c'est un contrat révocable. En voici des exemples. On dit: "Celui qui ramènera mon esclave qui s'est enfui aura cent (dirhams)." On peut le lui ramener ou non, le lui ramener d'un endroit proche ou lointain. Un tel contrat ne saurait être considéré comme irrévocable; il peut au contraire être résilié. N'a droit au salaire convenu que celui qui a réussi à s'acquitter de cette tâche; ce salaire peut même n'avoir été évalué que proportionnellement et être indéterminé, mais d'une indétermination qui n'en empêchera pas la livraison; ainsi, lorsqu'un chef d'armée fait annoncer: "Quiconque fournira des renseignements sur telle forteresse recevra le tiers de ce qu'elle renferme", ou encore lorsqu'il dit aux soldats d'un détachement envoyé en avant-garde: "Vous aurez droit au cinquième ou au quart du butin"

*Type II: Dépouilles d'un ennemi [Es-salb]*

**b-** Les docteurs ont discuté de l'attribution des dépouilles d'un ennemi à qui vient de le tuer.

Est-ce que celui qui l'a abattu acquiert de droit ces dépouilles, comme l'enseigne Achafi'i , ou ce droit n'est-il pas subordonné à une stipulation conditionnelle (*chart*), comme le veulent

Abou Hanifa  et Malik  Les deux doctrines sont soutenues; elles correspondent à deux versions attribuées à Ahmad. Les juristes qui considèrent que ce droit est subordonné à l'existence d'une stipulation conditionnelle le rangent donc dans la catégorie du marché à prix fait (*gi'ala*).

*Type III: contrat de guérison conditionné*

c- De même, lorsqu'un prix est convenu avec un médecin sous condition de la guérison d'un malade: une semblable pratique est permise. C'est ainsi que les Compagnons du Prophète ﷺ eurent la promesse de recevoir tel troupeau s'ils réussissaient à guérir un chef de tribu. Certains procédèrent à des exorcismes jusqu'à sa guérison. Ils reçurent donc le troupeau, car le salaire était conditionné par la guérison, et non par la récitation du Coran. Il est par contre interdit de passer avec un médecin un contrat irrévocable de louage par lequel ce dernier s'engage à guérir le malade, car la guérison n'est pas au pouvoir du médecin: c'est Dieu qui guérira, ou non, le malade; dans ce contrat et les contrats analogues, la gi'ala est permise, mais non le louage d'ouvrage irrévocable.

### Catégorie III :

#### *Type I : Société en commandite [Al Mudhâra]*

La troisième catégorie est celle des conventions dont le but est, non plus le travail, mais un bien. Telle est, par exemple, la mudhâra ou société en commandite. Le bailleur ne recherche nullement le travail du preneur, comme dans la gi'ala ou le louage. Le preneur, qui participe à une opération sans profit, ne saurait, en dépit du travail fourni, réclamer un salaire au bailleur. On dit parfois que la mudhâra est une gi'ala aux termes de laquelle le preneur a droit à une partie des produits de son travail: c'est là une querelle de mots. La mudhâra est, en réalité, un contrat d'association; le preneur fournit les services de son corps, le bailleur ceux de son bien; les bénéfices dont Dieu les gratifie leur appartiennent d'une façon indivise. On ne saurait donc accorder d'avance, à l'un d'eux, un bénéfice déterminé: une telle stipulation serait incompatible avec la justice, qui est la loi de toute association; elle a été interdite par le Prophète ﷺ dans le contrat de muzâra'a, où il était convenu d'avance que le propriétaire avait droit aux produits d'une parcelle déterminée, c'est-à-dire à tout ce qui poussait le long des canaux et des rigoles d'irrigation. De semblables conventions sont interdites par le Prophète ﷺ. C'est en ce sens que Al-Laith ibn Sa'd رضي الله عنه et d'autres ont pu dire : « **Si un homme, capable de discerner le bien du mal, regarde bien toute chose ayant été interdite par le Prophète ﷺ la saura (raisonnablement) illicite.** » Ou expression analogue; et il a montré que cette interdiction nécessitait le Qiyas. On ne saurait admettre, dans la mudhâra, de semblables stipulations conditionnelles. Les contrats d'association reposent sur la justice qui doit régner entre les deux associés. Si l'un d'eux recevait un bénéfice déterminé d'avance à l'exclusion de l'autre, les exigences de la justice ne seraient plus observées. Il en est autrement lorsque l'on attribue à chacun des deux associés une part indivise. Tous deux sont alors associés dans le gain comme dans la perte. En cas de bénéfice, ils sont associés dans le gain. En cas de déficit, ils le sont dans la perte. L'un a perdu le profit de son travail, l'autre celui de son capital. Les impôts, pour cette raison, sont à charge du propriétaire, puisque la perte (de capital que constitue le paiement) de ces impôts correspond à la perte de travail qu'a subie l'autre associé. La justice veut qu'une mudaraba malheureuse soit soumise à la loi du juste bénéfice et non plus à celle du juste salaire. Le travailleur recevra ce qu'il est d'usage d'accorder dans de semblables cas, par exemple, le tiers ou les deux tiers du bénéfice, mais il ne saurait prétendre à une rétribution déterminée d'avance, à la charge du propriétaire, comme dans le cas d'un louage ou d'une gi'ala. Le prétendre est une erreur. Une telle erreur s'explique du fait que l'on range ce type de contrat dans la catégorie des contrats de louage et que, en conséquence, l'on accorde au travailleur le droit à un loyer déterminé, que l'opération soit fructueuse ou non. Voici qui peut rendre manifeste l'erreur d'une semblable doctrine.

(Supposons) que le preneur travaille dix ans; s'il reçoit le salaire d'équivalence il recevra plusieurs fois le capital. Or, dans une opération de mudhâra heureuse, le travailleur n'a droit qu'à une partie du bénéfice, si bénéfice il y a. Comment donc admettre que sa rétribution soit plus importante, dans le cas d'une opération malheureuse, que dans celui où elle aurait été fructueuse ?

### *Type II: Contrat de culture et d'irrigation (Al Muzâra'a)*

**Thèse 1 :** De même, ceux qui ont condamné la muzâra'a la mussâqa croyaient y voir un contrat de louage dont le loyer restait inconnu. Des juristes toutefois ont dû autoriser certains de ces contrats, quand la nécessité les imposait, comme, par exemple, la mussâqa car il est, en effet, impossible de procéder à la location de l'eau, à la différence de la terre. Ces juristes ont dû ensuite autoriser les formes de la muzâra'a qui se trouvent être des corollaires de la mussâqa, soit d'une façon générale et absolue, soit lorsque la partie non plantée de la terre (*bayâdh*: terres vierges) en constitue le tiers. Cette construction juridique découle de ce principe que la muzâra'a est interdite et qu'elle ne saurait être permise qu'en cas de nécessité absolue.

**Réfutation 1:** Pour qui va au fond des choses, la muzâra'a est plus juste et comporte moins de risques que la location proprement dite dont le loyer est déterminé et garanti par l'une des parties. En effet, celui qui loue une terre entend tirer profit des produits de cette terre. S'il est astreint au paiement d'un loyer, et que son but, la récolte, soit tantôt atteint, tantôt manqué, il y aura là avantage de l'un des deux contractants aux dépens de l'autre. Dans la muzâra'a, au contraire, si la moisson est bonne, les deux contractants trouvent également leur bénéfice; si elle est mauvaise, ils en supportent équitablement la perte. Aucun d'eux n'a le privilège de voir se réaliser, aux dépens de l'autre, ce qui, pour lui, constitue le but du contrat. Une telle formule est bien plus conforme à la justice que le contrat de location.

La justice est le but de tout contrat : « **Le fondement de tout contrat est la justice.** »

C'est pour en établir le règne que les Prophètes ﷺ ont été envoyés et les Livres révélés.

Allah ﷻ dit :

❖ **Nous avons envoyé nos Prophètes avec des signes évidents, nous avons envoyé avec eux le Livre et la Balance pour que la justice soit parmi les hommes** ❖

[Sourate An-Naml 27:26].

Le Législateur a interdit le riba (l'usure) pour l'injustice qui en résulte et le maïsir (jeu de hasard) pour la même raison. Le Coran les condamne l'un et l'autre; ces deux opérations consistent à s'approprier indûment le bien d'autrui. Toutes les transactions que le Prophète ﷺ a interdites, telles la vente à risque (*bay'u-l-gharar*), la vente du fruit avant les prémises de la maturité et les ventes dites as-sinîn, al-muzâra'a, habli-l-habala et al-muhâqala, etc., entrent dans la catégorie du maïsir ou du riba. Dans cette même catégorie, on rangera encore le contrat de location dont le loyer n'est pas déterminé, lorsqu'on donne, par exemple, en location un immeuble contre le bénéfice réalisé dans la boutique (que le locataire peut y avoir ouverte). Cette transaction entre dans la catégorie du maïsir et on ne saurait la permettre. Par contre, la mudhâra, la mussâqa et la muzâra'a n'ont rien de commun avec le maïsir: elles relèvent de la justice la plus stricte. Ces mêmes considérations vont aussi nous prouver qu'il

est plus équitable, dans un contrat de muzâra'a, d'exiger du travailleur, plutôt que du propriétaire, la fourniture de la semence. C'est cette forme de muzâra'a qu'utilisèrent les Compagnons . C'est ce même contrat que le Prophète  passa avec les habitants de l'oasis de Khaibar: il leur laissa la moitié des produits en fruits et en céréales, à la condition qu'ils prissent à leur charge les frais de culture.

**Thèse 2 :** Les juristes qui estiment que la semence doit être fournie par le propriétaire du terrain invoquent l'analogie qu'ils établissent entre la muzâra'a et la mudhâraba. Ils disent que «dans la mudhâraba, le capital vient de l'un des deux associés et le travail de l'autre, et qu'il doit en être de même dans la muzara'a. Aussi considèrent-ils que la semence doit être fournie par le propriétaire ainsi que le terrain.

**Réfutation 2 :** Ce raisonnement analogique est non seulement contraire à la Sunna et aux opinions des Compagnons, mais c'est aussi une analogie des plus fausses. En effet, le capital, dans la mudhâraba, retourne au propriétaire et les deux associés ne se partagent que le bénéfice. De même, le terrain, dans un contrat de muzara'a, retourne à son propriétaire, tandis que l'équivalent de sa semence n'est pas restitué à celui qui l'a fournie. Elle disparaît, comme a disparu l'usage (*naf'*) du terrain: l'assimiler à l'avantage qui disparaît est plus juste que de l'assimiler au fonds qui dure. Le travailleur, s'il fournit la semence, perdra son travail et cette semence; le propriétaire, de son côté, perdra l'usage de sa terre. La perte de la semence contribuera à compenser la perte subie par le propriétaire du terrain; c'est à cette condition seule que sera réalisé l'équilibre des pertes. Les juristes qui assimilent la semence à un capital devraient logiquement en restituer l'équivalent à celui qui l'a avancée, ainsi qu'ils l'enseignent dans le contrat de mudhâraba. Mais comment pourrait-il en être ainsi, puisque ces mêmes juristes n'admettent pas que celui qui a fourni la semence puisse subordonner la conclusion du contrat à la restitution de cette semence ?

Nous n'avons pas ici à développer plus longuement ces questions: nous voulons simplement attirer l'attention sur le sens qu'il convient d'accorder aux prétendues contradictions du raisonnement analogique.

### *Type III: Transfer de créance (Al Hawâla)*

Passons à la Hawâla<sup>1</sup>.

**Thèse 1 :** Certains docteurs soutiennent qu'elle est contraire au raisonnement analogique, car, disent-ils, elle consiste à vendre une créance contre une créance, opération qui n'est pas admise. Un semblable raisonnement décèle deux vices:

**Réfutation 1 :** La vente d'une créance contre une autre créance n'a pas fait l'objet d'un texte général, ni d'une décision d'ijma. Seule l'interdiction a été formulée de vendre une dette dont le paiement est différé contre une dette semblable: c'est-à-dire un kali' contre un autre kali'. Cela revient à échanger une créance contre une autre. L'une et l'autre étant à la charge d'un insolvable; une telle transaction ne saurait être admise. C'est là, comme nous venons de le dire, ce que l'on appelle vendre un kali' contre un kali'. La vente d'une dette contre une autre dette comporte deux cas: on peut vendre une dette certaine contre une autre dette certaine, ou vendre une dette incertaine contre une dette incertaine, ou une dette incertaine contre une dette certaine. Ce dernier cas est discuté.

---

<sup>1</sup> C'est le transfert d'une créance à un tiers chargé de la payer.

**Réfutation 2 :** La hawâla entre dans la catégorie des opérations par lesquelles on veut acquitter un droit, et non dans celle des ventes. Quand le créancier reçoit de son débiteur le paiement de sa créance, c'est bien là (de toute évidence) un véritable paiement. Si ce créancier transporte sa créance sur un tiers (dont il était le débiteur), ce dernier reçoit, comme paiement de sa créance, le droit à une nouvelle créance qui reste à la charge du déléguant.

C'est pourquoi le Prophète ﷺ a parlé de la hawala à l'occasion du paiement. Il dit dans une tradition authentique : « **Les lenteurs que le riche met à s'acquitter d'une dette constituent une injustice: si, par contre, l'on propose à l'un de vous de reporter sa créance sur un tiers qui soit à même de s'en acquitter, acceptez.** » [Rapporté par Al-Boukhârî & Muslim].

Le Prophète ﷺ a ainsi ordonné au débiteur de s'acquitter de sa dette, il a interdit d'apporter tout retard dans le règlement des sommes que l'on doit; il a de même ordonné au créancier d'accepter, en guise de remboursement de sa créance, tout transfert de dette sur un nouveau débiteur qui présente des garanties de solvabilité. Ces prescriptions sont conformes à ce verset coranique :

❖ **Réclamez votre dû sans acrimonie et remboursez ce que vous devez sans mauvaise grâce** ❖

[Sourate Al Baqarah 2:173].

Dieu a donc ordonné au créancier de revendiquer ses droits sans violence et au débiteur de payer sans mauvaise humeur. Le remboursement d'une dette ne saurait être assimilé à une vente proprement dite, bien qu'il présente quelques-uns des caractères d'un contrat d'échange. Le débiteur, selon certains juristes, ne se libère de sa dette qu'autant qu'il en a effectivement versé le montant à son créancier; le créancier qui a touché de son débiteur le remboursement de sa créance devient, à son tour, débiteur de ce dernier pour une somme correspondante: la somme qu'il doit est alors compensée par celle qui lui est due. La majorité des juristes rejettent une telle complication; ils disent que toute somme qui a été perçue, (sous une forme ou sous une autre), suffit à éteindre la dette, sans qu'il y ait lieu de soutenir qu'une dette nouvelle reste, de ce fait, à la charge du créancier remboursé. Ces premiers juristes, en effet, veulent à tout prix qu'une dette ne soit jamais remboursée que par une autre dette. Semblable explication n'est nullement nécessaire. Le terme de «dette» exprime une notion générale et abstraite; une chose concrète entre dans une autre catégorie, celle du particulier. Le débiteur, en règle générale, en versant à son créancier des valeurs particulières, n'a d'autre but que de rembourser sa dette: ces valeurs, quelles qu'elles soient, lui permettent donc d'atteindre le but visé.

*Type IV: Le prêt de consommation [Al Qardh]*

**Thèse 1 :** Ceux qui disent que le prêt (*Qardh*) est contraire à l'analogie tiennent le raisonnement suivant: Le prêt (à intérêt) est une vente usuraire où l'on vend un objet contre un autre de même nature, sans qu'il y ait prise de possession effective.

**Réfutation 1 :** C'est là une erreur. Le prêt entre dans la catégorie des opérations par lesquelles on donne à un tiers l'usage d'une chose. Telle est la 'airiya; c'est pourquoi le Prophète ﷺ l'a appelée EI-

manîha (brebis donnée en usufruit). Il a dit en effet : « **L'or (peut être) donné en usufruit; l'argent (peut être) donné en usufruit.** », Le prêt de jouissance consiste à donner (à un tiers) une chose pour qu'il en tire profit, puis qu'il la restitue.

Parfois, le profit consiste dans l'usage de la chose, quand, (par exemple) l'on prête un immeuble. Dans d'autres cas, c'est une bête que l'on emprunte pour en boire le lait et que l'on restitue ensuite. Parfois encore, l'objet du prêt est un arbre dont on mange les fruits et dont le propriétaire reprend possession par la suite. Le lait et les fruits sont produits en éléments successifs, comme l'est l'usage (d'une chose). C'est en vertu du même principe que les revenus matériels d'un waqf sont juridiquement assimilés à l'usage d'un autre waqf. Le prêteur cède l'objet du prêt pour que l'emprunteur puisse en tirer profit avant de lui en restituer l'équivalent. La restitution de l'équivalent vaut, en effet, la restitution de la chose elle-même. C'est pourquoi il est interdit de subordonner la conclusion du Qardh à l'obligation de restituer plus que l'équivalent, comme il est interdit d'exiger, dans une 'ariya, un autre objet en plus de celui qui a été prêté. Ces transactions ne relèvent pas du chapitre des ventes. Un homme intelligent, en effet, ne saurait vendre un dirhem contre un autre dirhem qui serait rigoureusement semblable et qui devrait lui être rendu au terme d'un certain délai. On ne saurait vendre une chose à terme contre une autre chose de même nature que s'il existe entre elles une différence de qualité et de quantité: on vendra (par exemple) une monnaie contre une monnaie différente, un objet en parfait état contre un autre endommagé. Il peut arriver cependant que le prêt profite au prêteur, comme dans l'emploi de la lettre de change: c'est pour cette raison que certains juristes la réprouvent. En vérité, on ne saurait la condamner, car l'emprunteur lui aussi y trouve son profit. Son usage se traduit donc par un double avantage dont bénéficient les deux parties.

#### *Type V: Le mariage est-il une atteinte à la dignité de la femme ?*

Les docteurs qui prétendent que la possibilité de faire disparaître une impureté, que le mariage, etc. ne sauraient se justifier en droit par un raisonnement analogique soutiennent une thèse des plus fausses.

**Thèse 1** : L'homme, arguent-ils, est un être noble et le mariage une humiliation pour la femme. Or, l'honneur de l'homme est incompatible avec cette humiliation: ce qui est faux.

**Réfutation 1** : Le mariage, en effet, est institué dans l'intérêt propre de la femme et dans celui de l'espèce humaine. La part d'autorité que confère le mariage à l'homme sur la femme est nécessaire par une profonde sagesse qui réalise l'intérêt de la femme et, à plus forte raison, celui de l'espèce. La soumission de la femme ne saurait donc être contraire à la dignité humaine. De même, on ne saurait considérer comme contraire à sa dignité que l'homme se trouve devant la nécessité de satisfaire ses besoins les plus élémentaires, qu'il mange, qu'il boive, etc., bien que le fait de pouvoir se passer de ces besoins soit la marque d'une plus grande perfection. Au demeurant, ce dont l'homme a besoin et tout ce qui est susceptible de lui rendre service ne saurait faire l'objet d'une interdiction canonique. Or, la femme a besoin de se marier, car le mariage est pour elle un complément d'avantages. Comment en arriver à prétendre que le Qiyas oblige à lui interdire le mariage ?

#### *Type VI: Le principe de la purification de l'eau*

On retrouve une semblable thèse lorsqu'on aborde le problème de la purification légale. La confusion des docteurs qui disent que la purification est contraire au Qiyas est la suivante:

**Thèse 1** : L'eau, dès qu'elle se trouve au contact d'une impureté, devient elle-même impure; une eau nouvelle versée dans cette eau (ainsi corrompue) se corrompt à son tour, et ainsi de suite. Le raisonnement consiste à soutenir que ces différentes eaux deviennent successivement impures et qu'une impureté ne saurait faire disparaître une autre impureté.

**Réfutation 1** : C'est là une erreur qu'il est possible de réfuter de la façon suivante. En vertu de quel raisonnement pouvez- vous prétendre que l'eau, dès qu'elle est en contact avec une impureté, devient à son tour impure? Si vous dites que l'expérience le montre dans certains cas, nous vous répondrons: ceux qui soutiennent que l'eau ne devient impure qu'après une altération d'état ne sauraient admettre que l'on puisse tirer un principe général d'un cas d'espèce. Ceux qui admettent le principe disent: on ne saurait prétendre que la faculté purificatrice de l'eau soit encore plus contraire à l'analogie que la corruption de cette eau elle-même; l'analogie veut que l'eau, qui vient au contact d'une impureté, ne se corrompe pas; ainsi, l'eau ne saurait devenir impure lorsque, en exerçant sa faculté purificatrice, elle entre en contact avec une impureté. Cette seconde forme de raisonnement analogique est beaucoup plus juste que la première, puisque c'est un fait qu'une impureté disparaît au contact de l'eau, en vertu du texte et de l'ijma'. Par contre, la contamination de l'eau au contact d'une impureté fait l'objet d'un désaccord. Comment donc considérer un point contesté comme une preuve contre une décision d'ijma' ?

L'analogie consiste, au contraire, à ramener des cas de divergence à des cas d'accord. On dira ensuite: selon les exigences de la raison, l'eau qu'une impureté n'altère pas n'est pas corrompue, car elle persiste dans sa nature première, elle reste bonne et est régie par ce verset coranique :

**﴿ Il vous permet les bonnes choses et vous interdit les mauvaises ﴾**  
[Sourate Al-'A`râf 7:57].

Voilà en quoi consiste le vrai raisonnement analogique qui régit tous les liquides: lorsqu'une impureté y tombe et que cette impureté se dissout sans laisser trace de goût, de couleur ou d'odeur, ces liquides ne sont pas corrompus. Les juristes ont, en effet, discuté de la question de savoir si, en vertu de l'analogie, une eau devient impure dès qu'elle entre en contact avec une impureté sauf dans certains cas dont on peut prouver qu'ils font exception à cette règle ou si, au contraire, elle ne doit être considérée comme impure qu'après une altération d'état. Les deux doctrines ont été soutenues.

La première est celle des juristes de l'Irak, la seconde, celle de l'école du Hijaz. Les juristes de la tradition adoptent, les uns celle-ci, les autres celle-là. La doctrine hijazienne est la vérité établie par les principes du droit, les textes et la raison, car Allah ﷻ a permis les bonnes choses et interdit les mauvaises. Or, le bon et le mauvais ne peuvent se déterminer que par les attributs inhérents à la chose. Toute (bonne) chose qui persiste en son état primitif reste bonne; il n'y a aucune raison de l'interdire. C'est pourquoi, lorsqu'une goutte de boisson fermentée tombe dans une grande outre, celui qui boit à cette outre ne saurait recevoir la bastonnade.

Ceux qui soutiennent que, selon le raisonnement, l'eau devient impure par le contact distinguent les cas de purification légale des autres à l'aide d'arguments subtils. Les uns disent: «Dans ce cas, c'est l'eau qui arrive sur l'impureté et, dans l'autre cas, c'est l'impureté

qui arrive dans l'eau.» Ce raisonnement est bien faible: si l'on verse de l'eau dans une jarre impure, l'eau devient en effet impure selon ces mêmes juristes. D'autres disent : « **L'eau, lorsqu'elle est utilisée comme moyen de purification légale, ne saurait être considérée comme une eau impure ou comme une eau déjà employée, tant qu'elle ne s'est pas séparée de l'impureté: avant la séparation, elle n'est ni employée ni impure.** » C'est là une particularité de rite (*wajh*), mais non un argument.

D'autres disent : « **L'eau, au moment où on l'utilise pour faire disparaître une impureté, est une eau courante. Or, l'eau courante ne saurait devenir impure qu'une fois altérée.** » C'est là la doctrine d'Abu Hanifa, de Malik et la plus sûre des traditions qui remontent à

Ahmad; c'est aussi la première opinion d'ach-Chafi'i . Toutefois, on fait disparaître une impureté tantôt à l'aide d'une eau courante, tantôt sans eau courante, comme dans le cas où l'on verse de l'eau sur un vêtement dans une cuvette.

La vérité est que le raisonnement exige que l'eau ne devienne impure que par altération d'état et que l'impureté ne soit pas effacée, tant que l'eau n'a pas changé d'état. Une fois qu'elle a changé d'état, l'eau, son tour, devient impure. Au moment où elle est en train de s'altérer, l'eau est impure, mais elle atténue alors l'impureté. Pour faire disparaître une impureté, il faut, de toute nécessité, une eau qui n'a pas été altérée.

Ce raisonnement, fait à l'occasion de l'eau, vaut pour tous les liquides: les liquides ne deviennent pas impurs lorsqu'une impureté s'y résorbe sans laisser de trace; ils entrent encore dans la catégorie des bonnes choses et non dans celle des mauvaises. Ce raisonnement vaut pour l'eau et les autres liquides, pris en petite ou grande quantité. Si donc la preuve légale est faite de l'impureté de l'un de ces liquides, il n'est pas nécessaire d'invoquer une contradiction entre les textes et la raison: on devra tout simplement dire que l'impureté n'a pas changé d'état.

C'est pourquoi l'opinion la plus vraisemblable, au sujet des eaux, était celle des gens de Médine et de Basra: l'eau ne devient impure que par altération. C'est l'une des deux traditions remontant à Ahmad ; elle a été soutenue par certains de ses disciples, comme l'imam Abu-I-Wafa' ibn 'Aqil et Abu Muhammad ibn al-Muna.

De même, l'eau qui a été utilisée pour nettoyer une malpropreté conserve sa pureté. Il est authentique que le Prophète  a dit : « **L'eau ne devient pas souillure.** » [Rapporté par Abu Dâwûd].

L'eau donc ne saurait devenir impure et on ne peut lui appliquer le statut juridique de la souillure. Le Prophète , sans doute, a interdit d'uriner dans l'eau stagnante et d'y faire les grandes ablutions: il n'y a pas là la preuve que l'eau en devienne impure (dès que l'interdiction n'est plus observée). Le Prophète  a interdit l'usage de cette eau, car il est bien évident que l'habitude d'y uriner finirait par l'altérer et inspirerait des doutes scrupuleux sur la pureté de cette eau.

C'est dans le même esprit que le Prophète  a interdit à l'homme d'uriner là où il se baigne et qu'il a dit : « **La plupart des doutes naissent de là.** » [Rapporté par: Abu Dâwûd et An-Nassâ-i].

De même, en ce qui concerne l'interdiction faite par le Prophète ﷺ de procéder à de grandes ablutions dans une eau stagnante, il est établi que le Prophète ﷺ a interdit de procéder aux grandes ablutions une fois que l'on a uriné dans cette eau: c'est donc une interdiction comparable à celle qui interdit à l'homme d'uriner là où il se baigne.

Il est prouvé, dans le Sahih, que le Prophète ﷺ fut interrogé au sujet d'une souris qui était tombée dans du beurre et qu'il dit : « **Jetez-la avec tout ce qui l'entoure et mangez votre beurre.** » [Rapporté par Abu-Dâwûd. Tirmudi & An-Nassâ-i].

La distinction, qu'on lui attribue, entre le cas où le beurre est ferme et où le Prophète ﷺ aurait dit: «*Jetez-la avec ce qui l'entoure*», et celui où le beurre est liquide et où il aurait dit: «*Ne l'approchez pas*», est une erreur, ainsi que l'ont démontré al-Bukhari, at-Tirmidhi et d'autres docteurs. Cette erreur remonte à Ma'mar; son rawi (le rapporteur), ibn 'Abbas ﷺ, donna une fatwa à ce sujet : « **Si la souris meurt, elle doit être jetée avec ce qui l'entoure et le reste peut être mangé.** »

On leur objecta : « **Mais la souris s'y est agitée.** »

Il répondit : « **Elle n'a pu le faire que lorsqu'elle était encore en vie; une fois morte, elle est restée immobile** ». Cette fatwa est rapportée par Ahmad ﷺ dans les « Questions » de son fils Salih. De même az-Zuhri ﷺ, le rapporteur de hadiths, donna une fatwa concernant l'impureté de la matière solide ou liquide, en petite ou en grande quantité, que ce soit du beurre, de l'huile ou quelque autre matière : « **On doit, dit-il, jeter l'impureté et tout ce qui l'entoure, et on mangera le reste.** »

Az-zuhri s'appuie sur ce hadith. Mais comment attribuer au Prophète ﷺ, dans ce hadith, une semblable distinction ?

Le hadith des deux jarres (*Qulla*) s'il est toutefois authentique-ne peut que confirmer notre thèse. On interprète ces paroles du Prophète ﷺ : « **Une eau qui atteint la contenance de deux jarres ne contient pas d'impureté** », ou : « **Rien ne saurait corrompre une telle eau** », [Rapporté par: Abu Dâwûd & Tirmidi] de la façon suivante: la cause génératrice de l'impureté réside dans le fait que le corps impur est en suspension dans l'eau; dès qu'il s'y résorbe, il cesse d'y être en suspension. Une telle interprétation ne correspond pas au sens rationnel (*mafuûm*) de ce hadith.

Pourquoi le Prophète ﷺ a-t-il précisé le cas particulier de deux jarres (*Qulla*) n faut se souvenir que l'on était venu l'interroger au sujet d'une eau qui se trouvait dans un terrain désertique, à laquelle s'abreuyaient souvent les animaux domestiques ou sauvages et qui était habituellement en grande quantité.

Le Prophète ﷺ montra qu'une eau semblable ne contient pas normalement d'impuretés, contrairement à une eau qui se trouve en petite quantité; une eau en petite quantité peut, en effet, contenir une impureté ou non. L'eau en grande quantité contribue à changer la nature de l'impureté qui prend celle de l'eau. « **D'un exemple particulier on ne saurait dégager une règle générale** ».

De ce que les deux jarres ne contiennent pas d'impuretés, il ne s'ensuit pas qu'une quantité moindre en contienne nécessairement. Le Prophète ﷺ n'a spécifié la quantité de deux jarres qu'en réponse à une question bien précise qu'on lui posait au sujet d'une eau déterminée; il a voulu montrer par là qu'une telle quantité d'eau est déjà en soi considérable et qu'elle ne saurait contenir en suspension quelque impureté sans la résorber. Deux jarres représentent, en effet, une quantité d'eau déjà appréciable. Il n'en faut point conclure que toute grosse quantité d'eau doive être nécessairement de la contenance de deux jarres. S'il avait voulu faire, de cette mesure, la limite séparant les deux domaines du licite et de l'illicite, le Prophète ﷺ aurait directement édicté ce principe, sans laisser au raisonnement le soin de l'établir. Les limites canoniques sont nettement connues: ainsi, les quantités d'or ou de biens qui commencent à être passibles de l'impôt.

L'eau dans laquelle tombe une impureté ne saurait être évaluée quantitativement que d'une façon toute approximative: il n'est même pas possible habituellement de l'évaluer. Comment donc établir une distinction entre ce qui est permis et ce qui est interdit au moyen d'un criterium dont la connaissance est impossible à la plupart des hommes dans la plupart des cas ? D'ailleurs, dans d'autres traditions, il est dit : « **L'eau est essentiellement pure, rien ne la souille** » [Abu Dâwûd, En-nassâ-i & Tirmidi].

Or, dans aucun de ces cas, la quantité d'eau n'est évaluée et l'eau ne devient pas impureté. Il n'est pas permis, au surplus, d'étendre la valeur d'une formule au delà des circonstances qui l'ont motivée. Le sens littéral du hadith correspond ici à une circonstance - bien précise. Son sens rationnel (*mafhim*), à supposer qu'on l'admette, n'a de valeur que s'il n'y a pas de raison de restreindre, au cas envisagé, non point le statut juridique (qu'il comporte), mais les termes (mêmes qu'il emploie). Or cette condition n'est pas réalisée ici. Le Prophète ﷺ a ordonné de verser l'eau de tout récipient dans lequel un chien a bu. Les raisons en sont simples. Un tel récipient est ordinairement de petites dimensions. La bave du chien est visqueuse; elle reste à la surface de l'eau ou se colle au vase. Il faut donc renverser cette eau et laver le vase de la bave qui ne s'est pas encore mélangée à l'eau. Il en est autrement lorsque le chien a bu dans un récipient de grandes dimensions. D'après Harb, Ahmad ﷺ aurait ordonné de consommer l'huile qui emplissait un vase de grandes dimensions et qu'un chien avait lapée. Il ne nous appartient pas, ici, de développer longuement ces questions. Nous voulons simplement attirer l'attention sur les cas qui sont contraires au Qiyâs et sur ceux qui lui sont conformes.

*Type VII: L'eau, comme moyen de purification est-il contraire au raisonnement juste?*

Les docteurs qui prétendent que la purification au moyen de l'eau est contraire à l'analogie bâtissent leur raisonnement sur ce principe qui est faux. Ceux qui, par contre, adoptent pour principe que l'eau ne se corrompt que par l'altération d'état concluent au pouvoir purificateur de l'eau. Un statut juridique fondé sur une raison déterminée s'écroule, dès que cette raison elle-même disparaît. La raison de l'impureté réside ici dans l'altération d'état: dès que cette altération disparaît, l'impureté s'évanouit. La raison de l'interdiction des boissons fermentées réside dans leur puissance d'enivrement: dès que celle-ci disparaît, ces boissons deviennent pures. Comment n'en serait-il pas ainsi quand l'impureté, dans le cas de l'eau, arrive (de l'extérieur), de même que pour la terre ?

On dira toutefois que ces raisonnements sont bâtis sur la question de l'altération d'état. Or, celle-ci a été l'objet d'un désaccord célèbre dans les rites de Malik et d'Ahmad, où deux opinions ont été soutenues. Selon le rite d'Abu Hanifa et des Zahirites, l'eau devient pure par altération d'état. C'est le contraire dans le rite d'a-Chafi'i. Il est plus exact de dire que le liquide devient pur par altération d'état. En effet, une impureté qui se transforme en sel ou en cendre change de nature, de nom et de qualité. Or, les textes en usage pour l'interdiction du cadavre, du sang, de la viande de porc ne sauraient concerner le sel, la cendre et la terre, que l'on considère ces textes dans leur forme ou dans leur fond. La raison pour laquelle ces premières matières ont été considérées comme mauvaises n'existe pas dans le cas des secondes. On ne saurait donc conclure que ces dernières matières soient mauvaises et impures.

Ceux qui distinguent entre ces matières et le vin disent : « *Le vin devient impur par altération d'état, puis redevient pur par l'effet d'une autre altération.* »

Nous leur répondrons: il en est de même pour l'urine, le sang, les excréments, ces matières ne sont devenu impures qu'à la suite d'une transformation d'état; elles doivent donc redevenir pures à la suite d'une nouvelle transformation.

*Type VIII: Les statuts différenciés des chameaux et des moutons.*

**Thèse 1** : Il est des juristes qui soutiennent que l'obligation de faire ses ablutions, lorsque l'on a touché de la viande de chameau, est contraire au raisonnement analogique. Mais c'est au terme de viande seul qu'ils s'arrêtent, car, disent-ils, l'on ne fait pas ses ablutions parce qu'on a touché de la viande. Le Législateur (cependant) a établi une différence entre la viande de mouton et la viande de chameau, comme il l'a fait entre les enclos des uns et des autres: il a permis de prier dans les enclos où se trouvent des chameaux, mais il a interdit de le faire dans ceux où sont parqués les moutons.

**Réfutation 1** : Ceux qui viennent prétendre que l'ablution exigée par la consommation de la viande des chameaux est contraire au raisonnement. le disent parce que c'est une viande, alors que celle du mouton ne nécessite pas d'ablution. Or, ils oublient que le législateur a établi la différence entre la viande des moutons et celle des chameaux comme il en a établi entre leurs enclos respectifs. Ceux qui exigent que l'on assimile les chameaux aux moutons ressemblent à ceux qui disent :

❖ **La vente est comparable à l'usure, or Dieu a permis la vente et interdit l'usure.** ❖

La différence entre la vente et l'usure réside dans la réalité des choses. De même, la différence entre ces espèces animales réside dans leur nature. C'est ainsi que le Législateur fait une distinction entre le propriétaire de chameaux et le propriétaire de moutons. « **L'orgueil et la vanité, a-t-il dit, résident chez les gros propriétaires de chameaux, et la tranquillité d'âme chez les propriétaires de moutons.** » [Rapporté par Muslim]

On dit des chameaux que ce sont des génies issus de génies. On raconte aussi que, dans leur bosse, se cache un démon et que les chameaux possèdent une force démoniaque. Or, l'aliment communique sa nature à celui qui s'en nourrit. C'est pourquoi la Loi interdit les bêtes sauvages qui ont des canines et les oiseaux qui ont des serres, car ce sont des bêtes féroces. Leur chair, si l'homme s'en nourrissait, transmettrait à sa nature une férocité sauvage qui le détournerait de sa religion. En interdisant la chair de ces bêtes, Allah ﷻ n'a eu d'autre but

que de faire régner la justice parmi les hommes. (Ainsi donc), l'homme qui mange de la viande de chameau conserve une partie de sa force démoniaque. Le Prophète ﷺ a dit dans une tradition rapportée par les Sunan : « **La colère vient du démon; le démon vient du feu et le feu n'est éteint que par l'eau.** »<sup>2</sup>. Il a dit encore ailleurs : « **Si l'un d'entre vous se met en colère, qu'il fasse ses ablutions.** » Les ablutions que l'on fait après avoir touché de la viande de chameau ont pour effet d'en éteindre la force démoniaque et d'en conjurer le danger. Tout autre, par contre, serait l'état de celui qui ne ferait pas ses ablutions en pareil cas et s'exposerait au mal qui en résulte. On dit encore dans ce sens: C'est parce qu'ils mangent de la viande de chameau et ne font pas ensuite leurs ablutions que les Bédouins ont ce naturel haineux bien connu.

**a- objet touché par le feu:** Le Prophète ﷺ (aussi) ordonné de faire ses ablutions chaque fois que l'on a touché un objet qui a été en contact avec le feu. Cette dernière tradition est authentique. Il n'est cependant établi par d'autres traditions non moins authentiques que le Prophète ﷺ mangea des choses qui avaient été en contact avec le feu et qu'il s'abstint de faire ses ablutions. On prétend que la première tradition a été abrogée; mais il n'est pas établi que le premier hadith soit antérieur au second. Bien au contraire, c'est Abu Huraira ﷺ qui rapporte cette tradition et l'on sait que sa conversion à l'Islam est postérieure à quelques-unes des traditions qu'il rapporte, comme, (par exemple), celle qui parle de la bouillie appelée sawîq, et qui remonte à l'époque de l'expédition de Khaibar: elle est antérieure à la conversion à l'Islam d'Abu Huraira ﷺ. D'autres disent : « **La prescription de faire ses ablutions, après avoir touché un objet qui a été en contact avec le feu, est recommandation, de même celle pour la colère.** » C'est là, (à notre sens), la mieux fondée des deux opinions. Les deux opinions (cependant) ont été soutenues dans le rite d'Ahmad. L'abrogation ne saurait jouer qu'en cas de contradiction et lorsque la chronologie des textes est bien établie. Or, dans ce cas, les deux conditions font défaut. Mais toute difficulté s'évanouit si l'on envisage ces ablutions comme simplement recommandables; ne serait-il pas possible, par ailleurs, de multiplier de pareils exemples ?

**b- Toucher les parties génitales:** De même, les ablutions qu'il convient de faire lorsque l'on touche les parties génitales des hommes ou des femmes entrent dans ce chapitre. Car ces actes excitent les sens. Les ablutions, dans ce cas, sont comparables à celles que l'on doit faire après un accès de colère. Les ablutions à faire, lorsqu'on a été en contact avec un objet que le feu a touché, entrent aussi dans cette catégorie, puisque la colère vient du démon, et le démon du feu.

**c- Manger la viande de chameau:** Quant à la viande de chameau, on a dit plus haut qu'il est recommandé de faire ses ablutions lorsqu'on vient à la manger. Le Prophète ﷺ a donc établi une distinction (*tafriq*) entre la viande de chameau et la viande de mouton; la première, en outre, est considérée comme ayant été contaminée par le feu. Il a de même décrété qu'il est recommandable de faire ses ablutions lorsqu'on a touché de la viande de chameau. Des constatations prouvent par conséquent que c'est là un statut particulier délibérément voulu. De plus, au-dessus de la catégorie du recommandable, vient celle de l'obligatoire. Or, la force démoniaque, dans le chameau, est inhérente à sa nature; dans le cas des objets contaminés par le feu, elle n'est qu'accidentelle. C'est pour ces raisons qu'il est interdit de faire la prière dans

<sup>2</sup> Rapporté aussi par Muslim.

les enclos de chameaux, où le démon séjourne en permanence, à la différence des endroits où les chameaux s'agenouillent en voyage: la prière est permise dans ce dernier cas, car la contamination n'est qu'accidentelle. Il est plus logique encore d'interdire les latrines, qui sont des lieux exigus, qu'il ne l'est d'interdire les enclos de chameaux. La remarque s'impose aussi pour les bains, qui sont la demeure habituelle des démons.

**d- Manger les viandes mauvaises:** Sur la question des ablutions à faire pour les viandes mauvaises, deux traditions remontent à Ahmad. Le statut juridique dépend, (dans les deux cas), de la réponse faite à cette question: une telle viande est-elle ou non susceptible d'entraîner une infection? Les viandes impures, comme celle des bêtes sauvages, qu'il est permis de manger en cas de nécessité, participent du démon beaucoup plus que la viande de chameau. A plus forte raison donc devra-t-on faire ses ablutions lorsque l'on en mange.

**e- Impuretés diverses:** Les docteurs ont discuté des ablutions à faire pour toute impureté que le corps élimine autrement que par les deux orifices naturels: écoulements de sang, saignées, blessures, vomissements, etc. ils ont aussi discuté de la question de savoir si les ablutions s'imposent quand on a touché une femme avec ou sans désir, que l'on a touché le membre viril ou que l'on a ri aux éclats (pendant la prière).

Certains compagnons, comme Sa'd et ibn 'Umar رضي الله عنهما, faisaient leurs ablutions après avoir touché le membre viril. Beaucoup d'autres, par contre, s'en dispensaient. Les ablutions, dans de semblables cas, doivent-elles être considérées comme obligatoires ou comme recommandables? Les deux thèses sont attribuées à Malik et à Ahmed; mais ces ablutions sont obligatoires pour a-Chafi'i; elles ne le sont pas dans le rite d'Abu Hanifa.

**f- Toucher une femme:** De même, lorsque l'on touche une femme avec désir. On dit que les ablutions, dans ce cas, sont recommandables; cette opinion peut se défendre. On ne saurait, par contre, les considérer comme obligatoires: la preuve est faite du contraire. Personne ne pourra jamais dire que le Prophète صلى الله عليه وسلم ait ordonné à ses compagnons de faire leurs ablutions lorsqu'ils venaient à toucher des femmes, ni en raison des impuretés issues du corps, car ce sont là des cas qui se présentent par trop souvent. Par cette parole d'Allah عز وجل :

❖ **et lorsque vous touchez les femmes** ❖  
[Sourate 4:43 et Sourate 5:6].

Il faut entendre la copulation, ainsi que l'ont expliqué ibn 'Abbas رضي الله عنهما et d'autres traditionnistes en légitimant leur exégèse par de nombreuses raisons. Le Prophète صلى الله عليه وسلم a dit à la femelle qui croyait avoir ses règles : « **Ce n'est là que le sang d'une veine et nullement des règles** » [Rapporté par Abu Dâwûd & An-Nassâ-i].

On peut, par ce hadith, nier le caractère obligatoire des grandes ablutions, mais non pas celui des petites. L'obligation des ablutions ne concerne pas particulièrement le sang qui s'écoule des veines; mais cette femme avait cru que ce sang était celui des règles qui exigent de grandes ablutions: c'est alors que le Prophète صلى الله عليه وسلم lui montra qu'il n'en était rien. Le sang des règles, en effet, suinte du vagin comme la sueur: celui-ci, au contraire, n'était que le sang d'une veine qui avait éclaté dans le vagin, et le sang des veines n'exige pas les grandes ablutions. (Du reste), ces questions ont été développées ailleurs.

## **But de la discussion**

Notre but, ici, est seulement d'insister sur l'erreur de ceux qui prétendent qu'il y a contradiction entre le sens et les termes de la Loi (*Ach-chari'a*) et qui affirment que le Législateur a établi une distinction entre des choses cependant identiques. Au contraire, notre Prophète Muhammad ﷺ a eu pour mission de nous révéler la bonne voie, la vraie religion, la sagesse, la justice et la clémence; il n'établit de distinction entre deux choses, dans leur statut juridique, qu'en fonction de la différence qui existe entre la nature même de ces choses et qui, par là, justifie cette distinction; de même, il n'établit une assimilation juridique entre deux choses qu'en raison d'une identité de nature qui justifie cette assimilation. La doctrine qui ressort le plus nettement de ces discussions, c'est que les ablutions ne sont pas obligatoires lorsque l'on a touché le membre viril, les femmes, ni dans le cas d'impuretés éliminées du corps ailleurs que par les deux orifices naturels, ni dans le cas d'un rire aux éclats, ni lorsque l'on a procédé au lavage des morts. Ceux qui enseignent la nécessité de l'obligation ne fournissent pas de preuves convaincantes. Ceux qui, au contraire, ont le plus d'autorité nient l'obligation. Toutefois, il est plus logique d'admettre que ces ablutions, si elles ne sont pas obligatoires, sont cependant recommandables. Il est donc recommandé de faire ses ablutions lorsque l'on a touché une femme avec désir; de même, en cas de saignées, de vomissements, etc. C'est ainsi qu'il est dit, dans les Sunan, que le Prophète ﷺ vomit et fit ses ablutions. Or, un acte du Prophète ﷺ ne peut donner qu'une stipulation recommandable (et non obligatoire).

Il n'a jamais été établi que le Prophète ﷺ ait ordonné de faire les ablutions en cas de saignées, ni qu'il les ait ordonnées à ses Compagnons en cas de blessures, bien que ces derniers cas fussent fréquents. La tradition nous rapporte que les compagnons faisaient leurs ablutions, mais jamais qu'ils en proclamèrent le caractère obligatoire. De même, le rire aux éclats, dans la prière, constitue une faute, et, à tout homme qui a commis une faute, la loi prescrit les ablutions. Faut-il considérer les ablutions comme recommandables lorsqu'on a ri aux éclats (dans la prière) ?

Deux opinions ont été soutenues dans le rite hanbalite et dans d'autres. Quant aux ablutions qu'il y a lieu de faire pour une impureté permanente, avant chaque prière, il y a, sur ce chapitre, de fort nombreuses traditions venant du Prophète ﷺ; certaines ont été reconnues authentiques par plus d'un juriste. L'opinion qui prévaut aux yeux de la majorité, et selon laquelle les ablutions sont obligatoires pour chaque prière, est la plus évidente: elle a été admise par le rite d'abu Hanifa, d'ach-Chafi'i et d'Ahmad ﷺ. Mais Dieu est le plus savant.

### **Section 1: scarification (Al Hijamah)**

**Thèse 1 :** Croire que la scarification (le fait de s'appliquer des ventouses) fait rompre le jeûne est contraire à l'analogie.

**Réfutation 1 :** Un tel jugement est le fait de ceux qui s'imaginent que la rupture du jeûne par élimination ne saurait être comparable à sa rupture par absorption; ces juristes se sont également trouvés embarrassés par les problèmes que posaient les vomissements, l'éjaculation

en rêve et le sang qui s'écoule à la suite des règles ou d'un accouchement. Or, ceux qui méditent sur les-principes fondamentaux de la Loi et sur ses fins constatent que le Législateur, en prescrivant le jeûne, a ordonné de respecter une juste mesure: il a réprouvé les rapports conjugaux, mais il a ordonné de hâter la rupture du jeûne et de retarder, jusqu'à la dernière minute, le dernier repas de la nuit. Il a fait, du jeûne de David, le plus juste et le meilleur des jeûnes. La justice exige que ce qui maintient la vigueur ne sorte pas de l'homme. Le vomissement fait rejeter de la nourriture, l'érection éjaculer le sperme, et les règles expulser du sang - toutes matières qui sont des éléments constitutifs du corps. Mais le législateur a établi une distinction entre les éliminations que l'on peut éviter et les autres. L'éjaculation, dans le rêve, ne saurait être évitée, (pas plus) que les vomissements incœrcibles, ou l'écoulement accidentel de sang chez les femmes qui n'ont pas d'époque déterminée, contrairement au sang des règles dont l'époque est régulièrement connue. C'est par un effet de sa propre volonté que l'on extrait le sang de celui qui l'on fait une carification ou une saignée. Tout autre est le cas de celui dont la perte de sang est indépendante de sa volonté, comme le sang qui s'écoule d'une blessure (accidentelle). Dans ce cas, la prévision n'est pas possible. La scarification entre donc dans le genre du vomissement (voulu), de l'éjaculation, des règles, tandis que le sang qui provient d'une blessure est à ranger dans la catégorie des pertes de sang chez une femme, l'éjaculation en rêve et le vomissement (non voulu). Ainsi, la Loi établit un système de correspondances et de similitudes, elle ne s'est jamais écartée de l'analogie. L'opinion la plus évidente est que le jeûne n'est pas rompu par le noir qu'on utilise comme fard, ni par l'injection dans le canal de la verge, ni par l'absorption de matières qui ne sont pas des aliments, comme (par exemple) les petits cailloux. Par contre, le jeûne est rompu par le fait de chiquer, en raison de cette parole du Prophète ﷺ : « **N'hésitez pas à employer les inhalations, sauf lorsque vous jeûnez.** » [Rapporté par Abu Dâwûd, An-Nassâ-i. Tirmidi, et Ahmed]

## Section 2: Ablutions sèches

Dans la catégorie des statuts juridiques que l'on considère comme contraires à l'analogie entre le chapitre des ablutions sèches (*tayammum*).

**Thèse 1** : Certains prétendent que ce mode d'ablutions est contraire à l'analogie pour deux raisons:

1°) La terre est une matière impure. Elle ne saurait effacer une souillure. Elle ne purifie pas plus le corps qu'elle ne peut servir à nettoyer des vêtements;

2°) Ce mode d'ablutions n'est prescrit que pour deux parties du corps, nullement pour les autres: ces ablutions sortent ainsi du domaine de l'analogie proprement dite.

**Réfutation 1** : Par Allah, elles sortent bien de l'analogie, mais de l'analogie fautive et contraire

à la religion. Elles sont, au contraire, conformes à l'analogie juste. Allah ﷻ a sorti de l'eau tout être vivant et Il nous a aussi créés de terre. Nous sommes donc formés de deux principes, d'eau et de terre. Dieu, qui nous a tirés de ces deux éléments, (a aussi pourvu) à notre nourriture, qui est également composée de terre et d'eau. C'est avec ces matières que nous nous purifions et servons Allah ﷻ. (Si) la terre est la première matière dont nous sortons, l'eau est la vie (même) des choses. La terre et l'eau participent donc du principe même de la nature des choses, sur lequel Allah ﷻ a construit le monde et dont Il a fait les bases

constitutives. En principe (néanmoins), l'eau constitue l'élément qui sert le plus communément à purifier les choses de toute souillure. On ne renoncera à son usage que si elle vient à faire défaut, ou si l'on a l'excuse d'une maladie, ou dans tout autre cas semblable. On utilisera alors la terre, qui est sœur de l'eau, de préférence à toute autre matière. Si elle salit extérieurement, la terre en effet purifie intérieurement. Elle renforce la purification interne; elle (peut même) effacer ou atténuer une souillure corporelle. C'est ce que peut constater tout homme qui sait voir la réalité des faits, discerner les rapports existant entre l'objectif et le subjectif, leur influence et leurs effets réciproques. Que le tayammum soit restreint à deux parties du corps, n'est-ce point là une prescription des plus conformes à l'analogie et à la sagesse? Se répandre de la terre sur la tête est, en effet, une pratique blâmable dans toutes les coutumes: on n'agit de la sorte qu'en cas de malheur et d'infortune. Les pieds, d'autre part, sont, de toutes les parties du corps, celles qui sont le plus en contact avec la terre. Se frotter le visage avec de la terre est, par contre, un signe de soumission à Dieu, d'exaltation de Dieu, d'humilité et d'abnégation devant Dieu: (ce geste) constitue l'un des actes du culte les plus agréés de Dieu et les plus utiles à l'homme. C'est pourquoi il est recommandé à ceux qui se prosternent de toucher la terre avec leur visage, sans jamais chercher à l'éviter, et cela en l'honneur de Dieu. Certain Compagnon, voyant un homme éviter de toucher la terre avec son front, lui dit : « **Touche donc la terre avec ton front** » [Rapporté par Tirmidi, An-Nassâ-i]

De telles considérations ne sauraient évidemment intervenir quand il s'agit des pieds. La conformité de ces prescriptions à l'analogie peut encore être prouvée par un autre mode de raisonnement. Le tayammum n'a été prescrit que pour les deux parties du corps que l'on doit laver dans les ablutions ordinaires, mais il ne l'est plus pour celles que l'on se borne à frotter. On peut en effet se frotter les pieds et la tête tout en conservant ses chaussures, ou son turban. Les deux parties du corps que, dans les ablutions ordinaires, il est prescrit de laver sont, en vertu de l'atténuation inhérente au tayammum, simplement frottées. Les deux autres parties du corps (tête et pieds) qui, dans ces mêmes ablutions, sont seulement frottées se trouvent, en vertu d'une atténuation similaire, libérés de toute prescription; car il est de toute évidence qu'il n'y aurait aucune atténuation (au statut des ablutions), si l'on avait dû les frotter avec de la terre; il y aurait eu simplement substitution de la terre à l'eau. Ainsi donc, il est clair que les prescriptions de la Chari'a sont les plus justes et les plus parfaites: elles constituent le juste équilibre.

Comment expliquer alors que le tayammum soit le même pour une souillure majeure que pour une souillure mineure ? La raison en est fort simple. Puisque le croyant, dans le cas d'une souillure mineure, a été dispensé de se frotter la tête et les pieds avec de la terre, à plus forte raison doit-il être dispensé de s'en frotter tout le corps, car de telles exigences, en raison de la difficulté qu'elles présentent, des blessures et de la contrainte qu'elles occasionnent, seraient en contradiction flagrante avec la tolérance voulue dans le tayammum. De plus, elles feraient ressembler l'homme, la créature la plus noble aux yeux de Dieu, aux bêtes qui se roulent dans la poussière. Les prescriptions de la Loi constituent le dernier mot de la beauté, de la sagesse et de la justice. Louange à Dieu !

### Section 3: Le Salam

**Thèse 1** : Passons maintenant à cette autre affirmation: la vente dite salam (le fait que l'acheteur verse d'avance le prix de son achat et que le vendeur s'engage à livrer la marchandise au terme d'un certain délai) est contraire à l'analogie.

**Réfutation 1** : Cette affirmation est du genre de ces propos où le Prophète ﷺ aurait dit : « **Ne vendez pas ce que vous n'avez pas** » [Rapporté par Muslim et Abu-Daoud].

Tout en ayant par contre toléré le salam. Cette parole ne constitue pas un hadith; elle n'est que l'opinion d'un juriste. Les juristes disent en effet : « **Le salam consiste à vendre ce que l'on n'a pas (chez soi); il est donc contraire à l'analogie.** »

Le Prophète ﷺ a sans doute interdit à Hakim ibn Hizâm de vendre ce qu'il n'avait pas en sa possession.<sup>3</sup> Le Prophète ﷺ voulait, par là, désigner la vente d'un bien déterminé; dans ce cas, l'on vendrait le bien d'autrui avant même d'en avoir soi-même fait l'acquisition, et cette question mérite examen avant d'être tranchée. Le Prophète ﷺ, selon la seconde interprétation, voulait désigner la vente d'un bien qu'il était impossible de livrer, en dépit de l'obligation de le faire. Cette interprétation est, (en l'occurrence), la plus vraisemblable. On garantit donc à quelqu'un la possession d'une chose sans savoir s'il sera possible ou non de se la procurer soi-même. Tel est bien, en effet, le cas qui se présenterait dans une vente dite as-salam al-hâl: (où la prestation de la chose est censée se faire au comptant) et où la livraison serait impossible. La tradition citée concerne de toute évidence une semblable vente. Tout autre est la vente dite as-salam al-mua'ajjal (où la livraison est remise à terme). Elle est une forme de dette et peut se comparer à un achat à terme. Il est en effet indifférent que l'un des deux objets du contrat soit, plutôt que l'autre, à la garantie de l'un des deux contractants.

Allah ﷻ a prescrit :

❖ **Si vous contractez une dette dont l'échéance est déterminée, donnez-en un écrit** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:282].

Ibn 'Abbas ؓ a dit : « **Je déclare que le prêt garanti est licite selon le Livre de Dieu** », et il récita le précédent verset. Ainsi l'autorisation du salam est conforme, et nullement contraire, à l'analogie.

#### Section 4: Contrat d'affranchissement

**Thèse 1** : Ceux qui enseignent que la kitâba (un mode d'affranchissement consistant dans le rachat par l'esclave de sa propre liberté) est contraire à l'analogie disent qu'elle consiste à vendre son bien contre son propre bien.

**Réfutation 1** : Il n'en est rien: c'est vendre soi-même un bien contre un autre à la charge de l'acheteur. Le maître n'a aucun droit sur les obligations (*dhimma*) qui sont à la charge de l'esclave: il n'en a que sur son corps. Les droits du maître sont des droits matériels (*mâliya*). L'esclave, en sa qualité d'homme susceptible de recevoir des ordres et des interdictions canoniques, est un sujet responsable (*mukallat*): il est tenu de croire, de faire sa prière et de jeûner, car c'est un homme. L'engagement de verser la somme due (*dhimma*) résulte d'une obligation contractuelle. On ne demande à l'esclave de s'acquitter de ses obligations qu'après son affranchissement. Le maître alors n'a plus sur son esclave le moindre droit de propriété.

<sup>3</sup> Mais cette interdiction peut s'entendre de deux façons.

Ainsi donc, l'affranchissement; appelé kitâba, consiste, pour le propriétaire, à vendre à l'esclave sa propre personne contre une somme que celui-ci s'engage à verser. L'esclave, qui s'est ainsi racheté, retire de sa libération bénéfice et profit. Ce profit est un accident (accessoire) à la propriété de soi-même que lui a conféré la conclusion du contrat. Son affranchissement, toutefois, est subordonné au consentement du maître. Ce dernier, en effet, n'accepte de renoncer à ses droits de propriété sur l'esclave qu'à la condition que celui-ci lui verse une compensation correspondante. Si le maître n'a pas touché cette compensation et si l'esclave s'avère incapable de la payer, le maître est alors autorisé à annuler la vente. Telle est la décision analogique dans tous les contrats d'échange.

C'est dans ce sens que l'on dit encore : « **Quand l'acheteur insolvable se trouve dans l'incapacité de verser le prix d'achat, le vendeur a le droit de retour sur la chose vendue.** » Or l'esclave, en vertu de la mukâtaba, est l'acquéreur de sa propre personne. L'incapacité de payer le prix convenu est donc (assimilable à) l'incapacité de l'acheteur à verser le prix d'achat. Telle est la règle dans les contrats d'échange: lorsque l'une des deux parties se trouve dans l'incapacité de payer son dû, l'autre a le droit de revenir sur le contrat. Dans cette catégorie entre l'incapacité du mari à payer la dot de sa femme, de s'acquitter de ses devoirs conjugaux. (On peut y ranger aussi) l'incapacité de l'homme à s'acquitter de ses obligations pécuniaires, dans la dissolution du mariage par consentement réciproque (khul') et dans la composition destinée à remplacer la loi du talion.

### Section 5: Le louage

Ceux qui soutiennent que le louage (*ijâra*) est contraire à l'analogie prétendent qu'il consiste à vendre une chose inexistante. En effet, l'usage (qui sera fait d'une chose) n'existe pas au moment de la conclusion du contrat de louage. Or, la vente de choses inexistantes est interdite. Le Coran autorise cependant le louage d'une nourrice en vertu de ce verset :

❖ **Si elles ont allaité pour vous, donnez-leur leur salaire** ❖  
[Sourate At-Talâq 65:6].

Beaucoup de juristes n'en soutiennent pas moins que le louage d'une nourrice est contraire aux principes de tout louage. En effet, disent-ils, le louage est un contrat dont l'objet porte, par définition, sur l'usage des choses. Or le louage d'une nourrice a pour objet d'échange le lait, et le lait entre dans la catégorie des choses concrètes, non dans celle de l'usage des choses. Le plus curieux vraiment, c'est que le Coran ne mentionne pas d'autre louage licite que celui-ci. Nos juristes n'en affirment pas moins que ce louage est contraire à l'analogie. Pourtant, on ne peut parler d'une contradiction dans le raisonnement analogique que lorsque les textes édictent deux statuts différents pour deux cas similaires. On est alors autorisé à dire: l'analogie contredit le texte. Or, le Coran ne parle pas de la location frauduleuse en termes suffisamment explicites pour que l'on soit autorisé à dire que « **l'analogie exige l'interdiction de ce louage** ». Il l'autorise, tout au contraire, et jamais, dans aucun verset, il ne mentionne l'irrégularité d'un semblable louage. Il en est de même pour la Sunna. Ces idées s'expliquent du fait que leurs auteurs pensent que tout louage porte sur des usages, qui sont des accidents, et non sur des objets, qui sont des corps (*ajsâm*). Nous dissiperons plus loin, s'il plaît à Dieu, de telles erreurs.

C'est parce que les docteurs avaient cru que le louage d'une nourrice était contraire à l'analogie que d'autres ont ensuite recouru à des arguments spécieux pour tenter de le concilier avec une nouvelle analogie qui leur semblait plus juste.

Ils ont dit : « **L'objet du contrat, dans ce cas, c'est de mettre le sein dans la bouche de l'enfant, ou de porter l'enfant sur les genoux et (de rendre) d'autres services qui précèdent l'allaitement.** »

Or, de tels actes cependant ne constituent que les moyens destinés à atteindre le but (*maqṣud*), qui seul fait l'objet du contrat de louage. Ne constituant nullement en soi le but que l'on désire atteindre, ils ne sauraient faire l'objet du contrat. Ils ne présentent au surplus aucune valeur. Ainsi le locataire ouvrira la porte de la maison ou de la boutique qu'il a louée; tel autre se hissera sur la bête qu'il a achetée: l'un veut habiter la maison, l'autre utiliser la bête comme monture; tous ces actes ne constituent que des démarches préliminaires et les moyens d'atteindre le but recherché par la conclusion du contrat.

(D'autre part), ceux qui considèrent le louage d'une nourrice comme contraire à l'analogie appliquent ensuite leurs principes à d'autres cas, comme, par exemple, à l'eau du puits et des sources qui jaillissent du sol.

Ils disent : « **L'eau a été introduite dans le contrat par voie de garantie et de conséquence.** » Si le contrat a été cependant explicitement conclu en vue de l'eau<sup>4</sup>, ils vous répondent alors que l'objet du contrat, c'est de faire couler l'eau sur la terre, ou se lancent dans d'autres explications non moins laborieuses. L'eau, qui fait l'objet même du contrat, finit par être exclue du contrat.

Examinons maintenant ces deux thèses, d'abord celle de ceux qui affirment que le louage est contraire à l'analogie, ensuite celle de ceux qui affirment que le louage d'une nourrice et les autres contrats semblables sont, eux aussi, contraires à l'analogie.

## **Section 6: Le louage est-il assimilable à la vente d'objets non existants ?**

**Thèse 1** : La première<sup>5</sup> repose sur ce raisonnement: Le louage - disent-ils- est la vente d'une chose inexistante, or la vente d'une chose inexistante est interdite.

**Réfutation 1** : Ce sont là deux prémisses qui prêtent à confusion. En disant que le louage est une vente, s'ils entendent désigner par ce terme la vente au sens restreint, celle dont l'objet porte sur des objets concrets, leur erreur est évidente. S'ils entendent, par là, la vente en général, qui consiste dans un contrat d'échange ayant pour objet soit un bien, soit l'usage qu'on en fait, alors, affirmer que vendre une chose inexistante est interdit, est un principe que l'on ne peut accepter que si l'on admet qu'il est valable pour des objets concrets, et non pour l'usage qu'on en fait. Comme le terme de vente est susceptible d'admettre ces deux interprétations, les juristes ont été en désaccord sur la forme du contrat de louage.

Doit-il être conclu par l'emploi d'une formule dans laquelle entre le terme de « vente » ?

Deux points de vue ont été développés. La vérité est que, lorsque les deux parties ont fait connaître leur volonté, le contrat est conclu, quels que soient les termes qu'elles utilisent pour exprimer cette volonté: ces termes suffisent à réaliser la conclusion du contrat. C'est là un principe général d'application constante. Le Législateur n'a pas fixé de termes spéciaux destinés à être utilisés dans les contrats. Il a parlé de contrats en général. Les contrats conclus

<sup>4</sup> Comme c'est, par exemple, le cas avec une eau de source qui sert à l'irrigation ou, après être canalisée, à la boisson ou à tout autre usage.

<sup>5</sup> La thèse affirmant que le louage est contraire à l'analogie.

en Persan, en Grec, ou en toute autre langue étrangère, sont valables, comme ils le sont en Arabe. C'est pourquoi la répudiation et l'affranchissement se réalisent au moyen de tout terme qui les stipulent. Pareillement la vente, etc.

La règle peut être aussi bien appliquée au mariage: la plus exacte des deux opinions qu'enseignent les juristes, c'est que le contrat de mariage est conclu, quelle que soit l'expression qui le formule: il n'est pas nécessaire d'y mentionner les termes d'inkâh et de tazwîj.

Telle est la doctrine admise par la plupart des docteurs, comme Abu Hanifa et Malik . C'est également l'une des deux doctrines enseignées dans le rite hanbalite, celle même qui correspond aux termes employés par Ahmad . La deuxième doctrine, celle qui affirme que le mariage ne peut être conclu que par l'emploi des termes d'inkâh et de tazwîj, est celle d'Abu 'Abd Allah ibn Hamid  et de ses disciples comme Abu Ya'la  et les disciples de ce dernier. Quant aux anciens disciples d'Ahmad  et à la grande majorité des Hanbalites, ils n'ont jamais soutenu pareille thèse. Dans maints passages, Ahmad  dit expressément : « **Lorsque l'on dit : « J'ai affranchi mon esclave et je lui ai donné son affranchissement en dot »** », le mariage est conclu; il n'y a point, dans ce cas, l'emploi des termes d'inkâh et de tazwîj. C'est la raison pour laquelle ibn 'Akil  et d'autres juristes soutiennent que le mariage n'exige pas une formule déterminée. Mais ibn Hamid repousse l'opinion d'ibn 'Aqîl et prétend que l'homme doit dire en outre : « **et je l'épouse.** »

Le Qadi Abu Ya'la  cependant considère ce cas comme ne relevant pas du raisonnement analogique; il y autorise la conclusion du mariage sans exiger l'emploi des termes d'inkâh et de tazwîj.

Les principes et les textes de l'imam Ahmad  sont contraires à cette thèse. Une de ses idées les plus chères est que tout contrat est conclu par ce qui en indique le but, que ce soit des paroles ou des actes. Il n'estime pas nécessaire qu'existe l'emploi de formules spéciales. En conséquence, toute expression métaphorique indiquant la circonstance doit être considérée comme une affirmation expresse et n'exige pas d'autre manifestation de l'intention. C'est ainsi qu'il a soutenu cette doctrine dans le divorce, la calomnie, etc.

Les disciples d'ach-Chafi'i , qui estiment que la conclusion du mariage exige l'emploi de formules où entrent les termes d'inkâh et de tazwîj, tiennent le raisonnement suivant : « **Tout terme, en dehors de ces deux mots, constitue une métaphore; une métaphore ne peut établir un statut juridique qu'à la condition d'être accompagnée d'une intention. Or l'intention est un fait interne. Le mariage a besoin du témoignage, et le témoignage exige d'être entendu.** » Tel est le principe des Chafé'ites qui soutiennent que le contrat de mariage

exige l'emploi de ces deux termes. Ibn Hamid  et ses disciples partagent leur opinion. En réalité, les principes d'Ahmad et ses textes contredisent ces affirmations, car ces deux prémisses ne reposent sur aucun des principes admis par lui.

Ceux qui disent que tous les termes, autres que ces deux là, ne constituent que des expressions allégoriques auraient peut-être raison, si les mots propres et les allégories étaient définis, dans la langue commune du droit, comme les définissent a- Chafi'i et ceux des Hanbalites qui le suivent, tels al-Iraqi, le Qadi Abu ya'la, etc. On sait en effet que, pour ces juristes, les

termes propres, dans la répudiation, sont constitués par les trois mots suivants: talâq (répudier), firâq (se séparer), sirâh (donner sa liberté), car tous trois figurent dans le Coran.

Mais la majorité des docteurs, comme Abu Hanifa, Malik, etc., et la plupart des Hanbalites, comme Abu Bakr, ibn Hamid, Abu- I-Hattab, etc., n'admettent pas ce principe. Certains disent que la seule expression explicite est constituée par le mot talâq, ainsi Abu Hanifa, ibn Hamid. Abu-l-Khattab, d'autres disciples d'Ahmad et certains disciples d'a-Chafi'i. D'autres disent au contraire que les termes explicites sont plus nombreux. C'est l'opinion attribuée à Malik, celle aussi d'Abu Bakr et d'autres disciples d'Ahmad; c'est celle de la majorité. Quand ils affirment que ces expressions sont explicites dans la parole du Législateur, il n'en est rien. Bien au contraire, les termes de sirah et de firâq dans le Coran, sont employés pour désigner autre chose que la répudiation.

Dieu a dit :

❖ **O vous qui croyez, si vous épousez des croyantes, et que vous les renvoyiez avant de les avoir touchées, vous n'avez pas le droit d'exiger d'elles qu'elles observent la retraite légale ('idda), accordez-leur la dot spéciale prévue en ce cas (mut'a) et congédiez-les sans acrimonie** ❖

[Sourate Al-Mâ'ida 33:49].

Ainsi donc, Dieu a ordonné de congédier les femmes après la séparation, avant la consommation du mariage; cette séparation est définitive et ne comporte pas, pour le mari, l'exercice du droit de retour. Le tasrih, ici, de l'avis unanime des Musulmans, n'est pas la répudiation ordinaire dite talaq.

Dieu a dit :

❖ **Si vous répudiez vos femmes, si elles arrivent à la fin de leur retraite légale, conservez-les avec mansuétude** ❖

[Sourate Al Baqarah 2:231]

Et dans un autre verset :

❖ **ou séparez-vous d'elles sans acrimonie** ❖

[Sourate At-Talâq 65:2].

Les termes de sirâh et de firâq ne désignent pas, dans ces textes, la répudiation ordinaire (*talâq*). Dans une répudiation ordinaire, qui comporte le droit de retour, le mari a en effet, le droit entre deux possibilités: reprendre sa femme, ou la laisser partir sans avoir besoin de recourir a un nouvel acte de répudiation.

## Section 7: Vente d'objets non existants

Revenons au second principe. Il n'est pas nécessaire qu'un terme employé au sens propre par le Législateur le soit aussi pour tous. Ce sujet a été développé ailleurs.

**Thèse 1 :** Nous voulons seulement ici, discuter la thèse de ceux qui soutiennent que le louage est une sorte de vente. S'ils entendent, par ce terme, la vente au sens technique du mot (et c'est bien ce que l'on doit comprendre lorsque le terme de vente est employé seul), il n'en n'est rien: car cette vente a pour objet (l'échange) de biens spécifiés, ou de biens dont la livraison est garantie par les obligations contractées. S'ils entendent, par contre, que la vente entre dans la catégorie de ces contrats généraux d'échange dont l'objet porte sur des biens ou sur l'usage de biens, cela est exact.

**Réfutation 1 :** Soutenir, par contre, qu'aucun contrat d'échange n'est licite, lorsqu'il porte sur une chose inexistante, constitue une affirmation gratuite et, dirons-nous même, des plus fausses. Le Législateur a, en effet, permis l'échange de choses inexistantes. si l'on établit une analogie entre l'usage d'une chose et la vente d'une chose en disant: «La vente de choses concrètes n'est licite qu'à la condition que ces choses existent, il en est de même d'une vente dont l'objet réside dans l'usage d'une chose» -et c'est bien là le fond même de leurs pensées- nous répondrons qu'une semblable analogie est des plus erronées. En effet, l'une des conditions de l'analogie est que l'on puisse retrouver la condition juridique du principe dans la déduction qu'on en tire. Or cela est impossible ici. Car l'usage d'une chose ne saurait attendre, pour faire l'objet d'un contrat, d'exister; on ne peut concevoir que l'usage d'une chose puisse faire l'objet d'une vente au moment de son existence, comme les biens réels se vendent dans leur état d'existence. Le Législateur a ordonné à l'homme, pour vendre des biens qui n'ont pas encore été créés, d'attendre qu'ils le soient: c'est ainsi qu'il a interdit la vente dite *as-sinîn*, la vente de la chamelle qui n'est pas encore née celle des fruits avant les prémices de la maturité, celle des grains avant qu'ils ne soient formés, des fœtus avant qu'ils ne soient nés. Dans ces exemples, il y a l'interdiction de vendre un animal, des grains ou des fruits avant qu'ils ne soient créés, ainsi que l'ordre d'attendre qu'ils le soient pour les livrer au commerce.

**Thèse 2 :** Ces prescriptions détaillées, qui interdisent la vente ou la location immédiates, ne sauraient plus jouer lorsque l'objet des contrats consiste dans l'usage d'une chose, car l'usage d'une chose ne peut être vendu qu'ainsi. fi n'est possible, ici, de retrouver, dans la conclusion, le statut juridique des prémisses, qu'à la condition de dire: «J'assimile cette opération à la vente des biens inexistants.» On répondra: ce sont là deux cas différents. L'une des deux choses peut être vendue quand elle existe, et l'autre quand elle n'existe pas. Le Législateur a interdit la vente de la première, sauf existante; l'autre chose, au contraire, ne peut être vendue qu'inexistante.

**Réfutation 2 :** Du moment où le Législateur a interdit de vendre cette chose quand elle n'existe pas, si l'on entend raisonner par analogie et (ramener le louage) à la vente interdite d'une chose qui n'existe pas, il faudra retrouver, dans la conclusion, la raison qui motive le statut juridique des prémisses. Mais pourquoi soutenir que cette raison réside uniquement dans l'inexistence de la chose ?

Pourquoi est-il illicite de vendre certaines choses quand elles n'existent pas et pourquoi est-il, par contre, licite d'attendre, pour le faire, qu'elles viennent à existence ?

En ce cas, la raison (de l'interdiction) réside certes dans l'inexistence de la chose, mais dans une inexistence d'une nature toute particulière: c'est l'inexistence, bien définie, d'une chose dont on doit, pour pouvoir la vendre, attendre qu'elle existe. Car si vous ne réussissez pas à prouver que la raison qui fonde le statut juridique des prémisses se retrouve dans la conclusion, votre syllogisme est faux. Telle est, en effet, la question à laquelle nous vous demandons de répondre. Elle suffit, à elle seule, à couper court à toutes vos analogies.

Nous allons cependant achever de démontrer l'erreur de vos raisonnements.

Nous dirons: notre argumentation est logique; la votre décèle une contradiction interne. Si, en effet, pour justifier cette interdiction, vous invoquez seulement le fait de la non-existence, vous êtes alors, dans cette hypothèse, impuissants à expliquer la vente de certaines choses et de certains usages de choses. Définir cette non-existence comme étant celle d'une chose dont il est possible de remettre la vente au moment où elle existera, ou celle d'une autre chose dont la transaction comporte un risque, constitue la raison explicative qui rétablit, à l'intérieur du raisonnement, sa continuité logique. Une telle chose, en effet, peut exister ou non; la vendre au moment où elle n'existe pas comporte un risque et un hasard. C'est la raison pour laquelle le Prophète ﷺ a expliqué cette interdiction lorsqu'il a dit : « **Ne voyez-vous pas que Dieu a interdit de vendre les fruits, en ce cas, pour empêcher que l'un de vous ne s'emparât indûment du bien de son frère ?** » Il en est autrement des choses qui ne se présentent que sous un seul état et qui, dans la plupart des cas, se créent normalement. Tout danger est alors éliminé et, par ailleurs, la nécessité oblige d'utiliser ces choses.

Or, un des principes fondamentaux de la Chari'a consiste, lorsque les avantages et les inconvénients s'opposent, à choisir ceux qui l'emportent. Le Prophète ﷺ n'a interdit la vente dite gharar que parce qu'elle comportait un risque qui pouvait nuire à l'un des deux contractants. Empêcher de vendre des choses dont on a nécessairement besoin entraînerait des dommages beaucoup plus considérables. Le Législateur ne saurait donc, pour protéger les hommes de quelques inconvénients, les exposer à des maux plus considérables.

On conjurera, au contraire, le plus grave des deux maux en acceptant le moindre.

C'est pourquoi le Législateur nous a interdit la vente dite al-muzâra'a<sup>6</sup>, car cette vente présente quelque analogie avec une opération usuraire et expose à des risques qui peuvent être gros de préjudices. n a autorisé toutefois la vente dite 'araya<sup>7</sup> en considération de la nécessité, car le préjudice qui résulterait d'une interdiction serait plus grave que les inconvénients auxquels expose l'autorisation. De même, le Législateur a interdit aux hommes de manger des cadavres qui sont, pour leur alimentation, un germe de corruption. n l'a, par contre, permis en cas de nécessité, car le danger de mort est plus redoutable. De semblables exemples sont fort nombreux.

Si l'on nous dit que tous ces cas sont contraires à l'analogie, nous répondrons que la conclusion (*far'*) possède une qualité qui n'existait pas dans le principe (*aql*), et que l'existence de cette qualité particulière entraîne, par voie de conséquence logique, une différence entre les deux statuts. Une analogie établie entre deux choses, malgré l'existence d'une différence réelle, ne peut être qu'une analogie fautive. Si l'on veut dire, par là, que le principe et la conclusion, en dépit d'une identité juridique, ont deux statuts différents, nous répondrons qu'une telle affirmation est catégoriquement insoutenable. En résumé, si une chose ressemble à une autre sous quelque aspect et diffère sous quelque autre, la différence de leur condition juridique sera fonction de la différence de nature qui les sépare, puisque leur statut est le même en cas d'identité totale. C'est en cela que consiste le syllogisme juste, conjonctif ou disjonctif. n a pour fonction d'établir une identité (juridique) entre les choses semblables et

<sup>6</sup> C'est le fait de vendre une marchandise dont on ne connaît ni le poids, ni le nombre, ni la mesure contre une autre denrée, dont la qualité et la quantité ont été définies.

<sup>7</sup> L'achat des dattes sèches, contre des dattes encore sur l'arbre.

une distinction entre les choses différentes. Vouloir établir une identité (juridique) entre deux choses dont la différence de nature entraîne un statut déterminé, ou s'oppose à tel autre, constitue une fausse analogie.

## Section 8: Condamnation de l'analogie fausse par la Shari'ah

Or la Loi condamne toute analogie fausse.

- ❖ Telle est l'analogie d'Iblis.
- ❖ Telle est aussi l'analogie des polythéistes qui prétendent que la vente est semblable à l'usure et qui assimilent le cadavre à la bête égorgée rituellement, disant : « *Comment, vous mangez ce que vous avez tué et vous ne mangez pas ce que Dieu a tué ?* » Car ils considèrent que la raison justificative du statut canonique réside dans le fait que la bête a été tuée par l'homme.
- ❖ Telle est enfin l'analogie de ceux qui comparent le Messie à leurs idoles, disant : « *Puisque nos idoles entreront en enfer pour avoir été adorées à l'exclusion de Dieu, le Messie, de même, entrera en Enfer.* »

Allah ﷻ a dit :

**❖ Lorsque le fils de Marie a été cité en exemple, son peuple s'écartait de lui et disait: «Qui est le meilleur, de nos divinités ou de Lui?» Cet exemple ne vous a été donné que comme motif de discussion. C'est un peuple qui aime la chicane** ❖

[Sourate Az-Zoukhrouf 43:57-58]

C'était là l'argument soutenu par ibn az-Za'bari dans la discussion qu'il souleva une fois qu'Allah eut révélé le verset suivant :

**❖ Vous serez, vous et toutes les idoles que vous adorez à l'exclusion de Dieu, la proie de l'enfer. Vous y entrerez; et si ces idoles étaient véritablement des divinités, elles n'entreraient pas en enfer. Tous, vous y resterez éternellement** ❖

[Sourate Al-'Anbiyâ' 21:98]

Ce discours s'adressait aux associationnistes, et non pas aux Gens du Livre. Les associationnistes, en effet, n'adoraient pas le Messie, mais seulement les idoles. Ces paroles: « *et ce que vous adorez, etc...* » visent les idoles. Ce verset ne saurait donc, ni dans sa forme, ni dans son fond, concerner le Messie. Ceux qui disent que ce verset a un sens général et concerne le Messie, mais que l'application particulière du verset au Messie a été tardive, soutiennent une erreur. Si cela était vrai, l'argument soutenu par les associationnistes serait valable. Ceux qui, pour s'exprimer, usent de termes généraux, dont on peut aussi bien tirer la vérité que l'erreur, et négligent de présenter leurs pensées en une parfaite clarté s'exposent à des critiques.

Allah ﷻ dit en effet :

### ❖ Lorsque le fils de Marie a été cité en exemple ❖

C'est-à-dire ce sont eux qui l'ont donné en exemple, comme Allah ﷻ le dit dans cet autre verset :

### ❖ On ne vous l'a donné en exemple que comme motif de discussion ❖

En vérité, ils ont fait du Messie le modèle de leurs divinités, lui ont comparé leurs idoles et en sont arrivés à se mettre en contradiction avec les textes. « *Si nos divinités, disent-ils, doivent entrer en enfer parce qu'elles sont adorées, il doit en être de même du Messie; lui aussi doit entrer en enfer.* »

C'est là une fausse analogie, car c'est à tort qu'ils pensent que la raison explicative réside dans le fait d'être ou de ne pas être adoré. Être l'objet d'un culte ne donne pas droit, en soi, à une récompense, et il n'y a aucune injustice à faire entrer en enfer une créature que l'on adore. Donc le Messie, comme 'Uzair<sup>8</sup>, les Anges, etc., tout en étant adoré à l'exclusion de Dieu, est une pieuse créature de Dieu; il mérite la clémence dont Dieu a promis, en sa haute justice et dans sa sagesse, de le faire bénéficier; il ne saurait être puni pour des fautes dont il n'est pas responsable. Une faute, en effet, n'attire de châtement que sur son auteur. Dieu, en jetant les idoles en enfer, ne voulait qu'humilier ceux qui les adoraient. Aux saints, amis d'Allah, est réservée ..! L'estime, et non l'humiliation. Cette distinction démontre l'erreur de ceux qui usent ainsi, dans leur déduction, du précédent principe.

Toutes les analogies fausses sont de ce genre. C'est avec raison que l'on peut dire que la Loi exclut ces raisonnements analogiques, et qu'on doit voir là une des marques de la perfection de cette Loi, qui participe de la justice et de la sagesse révélées par Allah ﷻ à son Prophète ﷺ. Ceux qui ne rejettent pas ces raisonnements faux, mais qui, au contraire, établissent une identité entre deux choses en raison d'une similitude partielle, en arrivent logiquement à considérer comme identiques tous les êtres parce qu'ils ont un caractère commun, celui d'exister. C'est ainsi qu'ils mettent sur le même plan Dieu, le Maître de l'Univers, et l'une de ses créatures. On les rangera au nombre de ceux qui donnent des égaux à leur Dieu et l'associent à d'autres divinités. C'est là le terme extrême de la fausse, analogie.

Ceux-là diront :

### ❖ Par Dieu, nous étions dans une erreur évidente, lorsque nous te comparions au Maître de l'Univers ❖

[Sourate Ach-Chou`arâ' 26:98].

Aussi certains de nos Ancêtres disaient-ils : « **Le premier qui usa de l'analogie fut Iblis. Le soleil et la lune ne furent adorés que par des raisonnements analogiques...** ».

C'est-à-dire, par des raisonnements où l'on compare une chose à une autre cependant différente, et qui rappellent les analogies dont usaient les infidèles. Ceux qui ont quelque connaissance des théories émises sur tous les problèmes d'ordre rationnel ('*aqliyat*) peuvent mesurer l'étendue de l'erreur de ces philosophes et de ces scolastiques qui s'adonnent à ces

<sup>8</sup> Connu sous le nom de Esdara.

fausses analogies, et qui établissent une égalité entre deux choses parce qu'elles participent d'un caractère commun, alors que la différence qui les sépare permet de conclure à leur complète opposition. Considérez alors ce qu'ils peuvent dire de l'existence de Dieu et de celle de ses créatures; de ces (confusions) résulte un trouble dont nous avons parlé ailleurs.

Notre précédente argumentation sur la nature du louage repose sur l'acceptation du principe même de nos adversaires, à savoir qu'il n'est pas permis de vendre des choses inexistantes. Nous allons maintenant contester ce principe lui-même, en invoquant deux grandes catégories d'arguments.

**Argument 1** : Nous nous refusons à admettre l'authenticité d'un tel principe. Rien dans le Coran, ni dans la Sunna, ni dans les traditions attribuées aux Compagnons, n'établit, par une expression ou par une notion générale, l'interdiction de vendre des choses inexistantes. On y trouve simplement l'interdiction de vendre certaines choses qui n'existent pas, tout comme l'on y trouve aussi celle de vendre certaines choses qui existent. La raison de l'interdiction ne réside pas dans l'existence ou dans la non-existence. Il est établi au contraire, dans le Sahih, que le Prophète ﷺ a interdit la vente à risque dite *gharar* on entend par là tout, ce qui, existant ou non, est impossible à livrer, par exemple, l'esclave qui s'est enfui, le chameau qui a brisé ses entraves, en un mot, tout ce que l'on n'est pas, en ce moment, en état de livrer, ni même de voir se réaliser. Toutes ces choses comportent un aléa tel qu'il n'est pas permis de les vendre, même lorsqu'elles existent.

En effet, toute vente comporte l'obligation de livrer la chose qui en a fait l'objet. Or, le vendeur, dans ce cas, se trouve incapable de le faire. L'acheteur n'achète la chose que par spéculation et jeu. S'il lui est possible d'en prendre possession, il se trouvera avantagé par le sort aux dépens du vendeur; dans l'autre alternative, c'est le vendeur qui le sera. Il en est de même d'une chose inexistante qui constitue en soi un risque (*gharar*); il est interdit de la vendre parce qu'elle comporte une part d'incertitude, et nullement en raison du fait même de sa non-existence. C'est ce qui se produit lorsque l'on vend la portée d'une bête, la récolte d'un jardin. La bête et le jardin peuvent aussi bien produire que ne rien donner. Dans le premier cas, on ignore la quantité et la qualité de la production: c'est donc là un jeu de hasard (*Qimâr*); or, ce jeu fait partie du *maïsir* qu'Allah ﷻ a interdit. Dans cette même catégorie, on rangera le louage des bêtes ou d'un immeuble que l'on n'a pas la certitude de pouvoir livrer. C'est là un louage à risque.

**Argument 2** : Nous rappellerons, comme deuxième argument, que le Législateur a par contre autorisé la vente d'une chose inexistante dans certains cas. Il est établi de plusieurs façons qu'il a interdit de vendre les fruits avant leur maturité et le grain avant sa formation. Ce hadith est des plus authentiques. On le trouve dans le Sahih, rapporté par plusieurs compagnons. Une distinction a été faite entre l'apparition des signes de la maturité et leur non-apparition. Allah a permis la vente dans un cas et l'a interdite dans l'autre. On sait aussi qu'il est unanimement permis d'acheter des fruits avant toute apparence de maturité, si l'on entend les récolter immédiatement: c'est ainsi que l'on achète des raisins verts pour les couper avant qu'ils ne mûrissent. Il est seulement interdit de vendre ces fruits en stipulant qu'ils resteront sur pied jusqu'à maturité.

Nous voyons par là que le Législateur a permis de vendre des fruits dès l'apparition de leur maturité pour cependant ne les cueillir qu'à maturité complète. Cette doctrine est celle de tous les docteurs, de Malik, d'ach-Chafi'i, d'Ahmad, etc.

Les juristes qui subordonnent la licéité de la vente, dans les deux cas, à la cueillette et l'interdisent, par contre, lorsqu'il est stipulé que les fruits devront rester sur pied, ou encore lorsqu'aucune stipulation n'est formulée, n'ont nullement besoin de prendre en considération le principe selon lequel on devra attendre, pour vendre ces fruits, l'apparition de la maturité. Ils n'établissent donc aucune différence entre ce que le Prophète a interdit et ce qu'il a permis.

**Thèse 1** : Les partisans de cette thèse font le raisonnement suivant: «Le contrat de vente exige la tradition (*taslim*) de la marchandise immédiatement après sa conclusion. Il n'est donc pas licite de retarder ici cette tradition.»

**Réfutation 1** : Nous leur répondrons: nous n'admettons pas que cette obligation résulte nécessairement du contrat. Elle n'a été ni voulue par le Législateur, ni stipulée par les deux contractants. Aucune de ces deux conditions n'est donnée.

Le Législateur n'a jamais prescrit qu'il faille, dans toute vente, livrer immédiatement l'objet vendu; les contractants, de leur côté, ne l'exigent pas. Souvent, au contraire, la conclusion d'un contrat est subordonnée à l'ajournement de la livraison de la chose: c'est le cas lorsque l'on vend une chose contre une créance. Dans d'autres cas, c'est le paiement qui est ajourné, comme la vente dite salam: il en est de même des choses concrètes. Parfois, le vendeur a légitimement pour but de retarder la livraison. Tel était le cas de Jabir, lorsqu'il vendit au Prophète ﷺ un chameau dont il se réserva l'usage jusqu'à Médine.

En vérité, chaque contractant est autorisé à exclure temporairement du contrat l'usage légitime d'une chose: c'est ainsi que l'on vend parfois un immeuble à condition de continuer à l'habiter un certain temps, des bêtes avec la réserve de les utiliser comme montures; c'est ainsi que l'on donne parfois une propriété dont on se réserve la jouissance, que l'on affranchit un esclave en exigeant les services pour une durée déterminée, ou tant que le maître vit, que l'on constitue en waqf un bien sous réserve de continuer à jouir des produits de ce waqf sa vie durant, etc. Telle est la doctrine textuellement soutenue par Ahmad  et par d'autres juristes.

Certains Hanbalites défendent cette thèse: il faut livrer à l'acheteur la chose que l'on vient de lui vendre et dont on s'est réservé l'usage, puis la reprendre afin de jouir de cet usage: il importe, en effet, de respecter apparemment ce principe, cependant si erroné, en vertu duquel tout acheteur doit prendre possession de l'objet vendu immédiatement après la conclusion du contrat. Cette doctrine est faible. C'est en vertu de ce principe que certains juristes enseignent que le louage n'est permis que pour le délai consécutif à la conclusion du contrat: ils constatent une coutume quelquefois pratiquée et, de ce cas d'espèce, tirent une règle générale et absolue. Un tel raisonnement analogique est faux.

C'est sur ce principe que l'on s'appuie pour construire la théorie de la vente (faite par son propriétaire) d'une chose louée.

Les uns disent : « **Une semblable vente doit être considérée comme nulle, car la jouissance n'étant pas comprise dans la vente, la tradition (*taslim*) n'a pas lieu.** ».

Les autres répondent : « **On admettra que, dans ce cas, une exception a été établie par la Loi, et non point en vertu des conditions stipulées par les deux parties.** »

Cependant, si l'on vend une esclave mariée, le contrat est valable de l'avis de tous les juristes, bien que le droit de jouissance sur cette femme appartienne à son mari. Nous avons discuté ailleurs de la distinction que certains juristes établissent entre ces deux cas.

Ce que nous voulons montrer, c'est que tous ces raisonnements découlent du principe contestable dont nous avons parlé, à savoir que tout contrat doit comporter le droit d'exiger la livraison immédiatement après sa passation.

La Loi n'a jamais posé un semblable principe. Au contraire, la prise de possession des biens ou des usages (*manafi'*) est, dans la vente, de même nature que dans la dette; tantôt, le contrat stipule une prise de possession immédiate, dans la mesure du possible; tantôt, il exige l'ajournement de la livraison, lorsqu'il y a, à le faire, quelque utilité. C'est pourquoi le

Prophète ﷺ a permis la vente des fruits après les signes de la maturation et qu'il a autorisé à les laisser sur l'arbre jusqu'à complète maturité, laissant à la charge du vendeur l'irrigation et les soins.

De ce principe relève également la vente des choses inexistantes, en ce sens qu'elles n'ont pas encore été créées. La prise de possession, dans ce cas, est assimilable à la prise de possession de l'objet loué. Elle donne à l'acheteur, en vertu de la plus juste : des deux doctrines enseignées en la matière, le droit de disposer de cet objet; c'est aussi là la plus exacte des deux traditions attribuées à Ahmad. Elle n'exige cependant pas le transfert à l'acheteur de la garantie (*dharnân*) de la chose (qui fait l'objet du contrat). Si les fruits viennent à se gâter après l'apparition de la maturité, c'est toujours à la responsabilité du vendeur: telle est la doctrine des gens de Médine, comme Malik et d'autres; c'est aussi celle des Gens du hadith, d'Ahmad et d'autres; c'est encore une opinion attribuée à ach-Chafi'i. Il est établi, dans le

Sahîh de Muslim, que le Prophète ﷺ a dit : « **Si tu vends à ton frère un fruit et si ce fruit vient à se gâter, sache que tu n'as pas le droit de prendre la moindre chose des biens de ton frère. En vertu de quel droit l'un de vous s'approprierait-il indûment le bien de son frère ?** » [Rapporté par Muslim]

Nos contradicteurs ne sauraient canoniquement prouver que toute prise de possession confère le droit de libre jouissance et transfère la garantie. Or, ce qui ne donne pas droit à l'entière disposition ne transfère pas la garantie. Bien plus, la prise de possession de la chose louée confère le droit d'entière disposition, mais ne transfère pas la garantie.

### Vente des cucurbitacées

Dans ce chapitre entre la vente des maqati'<sup>9</sup>. Certains juristes n'en permettent la vente qu'à condition d'enlever les fruits par cueillettes successives; ce serait autrement conclure la vente de quelque chose qui n'existe pas: ils assimilent cette vente à celle des fruits avant l'apparition de la maturité. Certains de ces juristes disent ensuite : « **Si l'on vend ces cucurbitacées avec leurs racines, cette vente est alors assimilable à celle d'un arbre que l'on vend tout entier avec ses racines. Or, une semblable vente est parfaitement permise sans que l'on ait à attendre l'apparition de la maturité. Un hadith, unanimement reconnu comme authentique, la fonde : « Lorsque l'on vend un palmier qui a été fécondé, a dit le Prophète, les fruits en appartiennent au vendeur, sauf dans le cas où l'acheteur exige la**

<sup>9</sup> Cucurbitacée : melons, pastèques concombres, et courgettes, etc.

**condition contraire. » [Rapporté par Al-Boukhâri, Muslim, et Abu Daoud]. Les fruits donc, en ce cas, sont vendus dès que l'acheteur l'exige et, en vertu de ce principe, il est permis de vendre des fruits avant les signes de leur maturité. Aussi les soins à donner à l'arbre sont-ils à la charge de l'acheteur. »**

Il est évident qu'il faut entendre, par arbre, tout végétal qui comporte un tronc; par le terme de maqati', on ne songe qu'aux fruits. On ne saurait donc identifier les deux cas. Certains juristes, dont Malik et d'autres, autorisent la vente des cucurbitacées; c'est une des deux doctrines admises dans le rite d'Ahmad. C'est la doctrine la plus exacte; car il n'est pas possible de les vendre d'une autre façon; les différentes parties cueillie ne sauraient se distinguer les unes des autres. La vente de toute chose qui ne peut se présenter que sous une forme semblable ne saurait faire l'objet d'une interdiction, ainsi que nous l'avons dit. Le Prophète ﷺ a seulement interdit la vente des fruits dont il est possible de retarder la vente jusqu'à l'apparition des signes de la maturité; les maqati' ne tombent pas sous le coup de cette interdiction.

C'est pourquoi de nombreux juristes ont subordonné la théorie de la garantie, en matière de jardins, à l'interdiction<sup>10</sup>. Ils raisonnent de la manière suivante: «Si on livre son jardin à quelqu'un qui le travaillera jusqu'à ce qu'il produise des fruits, moyennant une rémunération déterminée, (cette opération) revient à vendre des fruits avant l'apparition de la maturité; elle n'est donc pas permise.» Certains invoquent l'ijma' pour fonder cette interdiction. Il n'en est rien. Il est au contraire établi que 'Umar ibn. al-Khattab ﷺ donna le jardin d'Usaid ibn Khudair, moyennant un dhamân, pour une durée de trois ans; il se fit verser d'avance le dhamân et, grâce à cette somme, il acquitta une dette d'Usaid ﷺ dont il était l'exécuteur testamentaire. Ibn Aqil permet que les fruits puissent faire l'objet d'un dhamân avec les terrains loués, puisqu'on ne peut séparer les uns des autres. Malik ﷺ l'a également permis en considérant les fruits comme dépendance de la terre, mais dans la proportion du tiers seulement (de la partie cultivée). Le cas de 'Umar ﷺ se présente fréquemment dans la pratique; on n'a jamais rapporté que l'un des compagnons l'ait réprouvé. La vraie solution est celle de 'Umar ibn al-Khattab ﷺ, puisque la différence, entre la vente et le dhamân, est de la même nature que celle qui distingue la vente du louage.

Vous n'ignorez pas que le Prophète ﷺ a interdit de vendre des grains avant leur formation; mais une telle vente est toutefois permise lorsque l'on prend en location un terrain pour le cultiver. Sans doute, dans cette opération, le locataire de la terre a en vue le grain lui-même, mais il entend l'obtenir par son propre travail et non par celui du propriétaire. Il en est de même de celui qui loue un jardin et s'engage à soigner les arbres et à les arroser jusqu'à ce qu'ils produisent : il est en position de locataire, et non, d'acheteur qui achète les fruits, alors que l'entretien du jardin et son irrigation sont à la charge du vendeur.

**Thèse 1 :** On nous objectera : « *Ce sont là des choses, or, le louage ne saurait avoir pour objet que l'usage de choses.* »

**Réfutation 1 :** Nous présenterons en réponse les deux arguments suivants:

---

<sup>10</sup> Faite par le Prophète ﷺ de vendre des fruits avant les signes de la maturité.

**Argument 1:** Les biens, en ce cas, résultent du travail effectué par le locataire sur le fonds qu'il a loué; ainsi les grains résultent du travail qu'il a effectué sur la terre louée. «Le grain, nous dira-t-on, est issu de la semence du locataire, et le fruit de l'arbre du propriétaire.» Mais, de cette distinction, on ne trouve pas trace dans la Loi. Ne voyez-vous pas que la musâqa est assimilable à la muzâra'a ? Le musâqi a droit à une partie des fruits produits par le fonds qui appartient au propriétaire; le muzâri' a droit à une partie des cultures qui poussent sur le terrain du propriétaire, bien que les semences soient fournies par ce dernier. Il en est de même lorsque les semences sont fournies par lui, le muzari', ainsi que l'établissent la Sunna et l'ijma' des compagnons. En effet, la semence disparaît et ne peut être restituée à celui qui l'a fournie.

Il est établi, dans le Sahîh, que le Prophète ﷺ traita avec les habitants de Khaibar: ceux-ci auraient droit à la moitié des productions (de l'oasis), fruits ou grains, à la condition de prendre à leur charge l'entretien et les travaux de culture: la terre, les palmiers et l'eau appartenaient au Prophète ﷺ; les habitants, en échange de leur travail, avaient droit à une partie des fruits, et c'est aussi en échange de leur travail qu'ils avaient droit à une partie des céréales, bien que les semences fussent à leur charge; les arbres appartenaient au Prophète ﷺ.

Une telle distinction reste sans effet aux yeux de la Loi puisqu'elle ne saurait être admise dans les contrats de musâqa et de muzâra'a, où les bénéfices sont partagés; elle devra, à plus forte raison, être exclue de tout contrat de louage, puisque la location d'un terrain n'a pas soulevé le même désaccord que la muzâra'a. La location d'un terrain étant ainsi plus licite qu'un contrat de muzâra'a, la location d'arbres doit être considérée comme plus licite encore que la musâqa.

**Argument 2 :** Nous arrivons maintenant au deuxième argument. Toutes ces opérations ressemblent au louage d'une nourrice ou d'un puits, etc. Il nous faut aborder le second principe du louage. Nous dirons: on soutient que le louage d'une nourrice est contraire à l'analogie parce que l'on croit que le louage ne peut avoir pour objet que l'usage d'une chose -usage qui est un accident- mais jamais la chose elle-même. Cette opinion n'est fondée ni sur le Livre, ni sur la Sunna, ni sur l'ijma', ni sur l'analogie. Les principes généraux du droit indiquent, par contre, que les biens qui se constituent graduellement, avec la permanence du fonds, ont, pour statut, le statut de l'usage des choses -par exemple, les fruits pour les arbres, le lait pour les animaux. C'est pourquoi le Législateur a rapproché, dans la législation des waqfs, ces deux genres de choses. Le principe adopté consiste à immobiliser le fonds et laisser les produits en circulation. Le fonds doit donc demeurer et les produits se réaliser sans lui porter atteinte. Les revenus d'un waqf peuvent consister dans l'usage d'une chose, comme l'habitation, dans des fruits, comme dans l'immobilisation d'un arbre, dans du lait, comme dans l'immobilisation d'une bête dont on veut le lait.

Il en est ainsi des libéralités; celles que l'on désigne sous le nom de 'ariyya, 'arâya et minha consistent à donner un bien à quelqu'un qui en aura la jouissance et qu'il devra ensuite restituer. La minha consiste à donner une bête à quelqu'un qui en boit le lait et ensuite la rend; la 'arâya consiste à donner un arbre à quelqu'un qui en mange les fruits et qui le restitue; le sukna consiste à donner une maison à quelqu'un qui l'habite et la rend.

De même dans le louage. Le capital ('ain) peut être donné en location pour les avantages (*manâfi'*) qu'il procure et qui ne sont pas nécessairement des biens réels, comme c'est le cas pour une maison qui sert d'habitation, et une bête de monture. Dans d'autres cas, ces avantages sont produits graduellement par un fonds qui subsiste, par exemple, le lait de la

nourrice, l'eau du puits ou de la source. Car l'eau et le lait, puisque ils se forment graduellement, alors que subsiste le fonds, sont comparables à l'usage d'une chose.

Le principe qui permet de justifier le louage, c'est l'élément commun à ces deux formes de revenu: cet élément commun aux deux cas, c'est d'abord d'être le produit d'une chose; c'est aussi que le but du contrat ainsi conclu est d'obtenir ces revenus progressivement. Peu importe alors que cet élément commun soit constitué par une chose ou par l'usage d'une chose; sa qualité de réalité objective ou de simple idée dont le corps est le réceptacle n'influe en rien sur la licéité canonique, puisque, dans les deux cas, il participe de la raison qui motive cette licéité. Nous dirons même que la licéité d'une location dont l'objet est une chose concrète est plus légitime encore. Les corps sont plus parfaits que leurs attributs. De plus, il n'est pas possible de conclure ces contrats sous une autre forme que celle-là.

Les applications de ce principe sont surtout fréquentes dans le cas où l'on loue une nourrice pour en utiliser le lait. Tantôt, en effet, la nourrice est engagée contre une indemnité déterminée, tantôt contre sa nourriture et son vêtement, tantôt la nourriture et le vêtement font partie de son salaire. Il en est de même d'une bête dont on acquiert le lait -contre paiement; il est tantôt stipulé que le fourrage et l'entretien de la bête seront à la charge du propriétaire, tantôt qu'ils seront à celle de l'acheteur. L'opération, sous cette dernière forme, ressemble au dhamân des jardins; elle ressemble même encore davantage à une location: l'enfant boit le lait qui disparaît et dont lui-même à bénéficié; ce contrat est comparable à la location d'une source dont l'eau sert à irriguer un terrain. La chose est différente lorsque l'on se borne à prendre possession du lait, car, en ce dernier cas, on prend possession de la chose concrète qui constitue le but même du contrat. Mais parler ici de vente et là de louage, c'est soulever une querelle de mots: on ne doit considérer que le but. Certains juristes estiment que la différence des formules employées a un effet sur la légitimité ou la nullité de l'acte. Certains même vont jusqu'à considérer que la validité d'un acte dépend des termes employés, à l'exclusion des autres. C'est ainsi que d'aucuns disent que l'opération appelée as-salam al-hât n'est pas licite, mais qu'elle est permise si l'on emploie le terme de vente. D'autres disent que la muzara'a où l'on stipule que la semence sera à la charge du preneur n'est pas permise, mais qu'elle peut l'être si l'on se sert, dans le contrat, du terme de location. Cette doctrine est enseignée par certains disciples d'Ahmad.

Semblable doctrine est faible. Dans tout contrat, on ne considérera que le but. Si le but, dans deux contrats, est identique, il est aussi illogique de permettre le contrat avec telle formule ou de l'interdire avec telle autre, que d'exiger l'usage de telle langue ou de prescrire telle autre. Si l'un des deux termes employés entraîne un statut juridique différent de celui qu'exige l'autre, il en faut conclure qu'il y a là deux notions juridiques distinctes. Nous n'avons pas ici à nous étendre sur ces questions. Nous voulons simplement exposer en quel sens il est possible de dire que tel statut juridique est contraire ou conforme au raisonnement analogique. Lorsque le Législateur a établi une identité juridique entre deux choses, comme il l'a fait pour le louage d'une nourrice, toute distinction que l'on peut ensuite établir entre elles -ici, la distinction entre la chose et l'usage de la chose- demeure sans effet sur leur statut juridique. De même, lorsque le Législateur a établi une distinction entre deux choses, tout lien commun que l'on peut ensuite découvrir entre elle ne suffit pas, à lui seul, à déterminer leur condition juridique: la différence seule a de l'effet.

## **Section 9: La prise en charge du prix du sang par les agnats**

Nous rappellerons encore la thèse des juristes qui soutiennent qu'il est contraire au raisonnement analogique d'obliger les agnats à supporter le prix du sang. Nous répondrons de la façon suivante: il ne fait aucun doute que le paiement d'une indemnité est dû pour toute détérioration ou destruction. Les docteurs, d'autre part, ont discuté des conditions dans lesquelles les agnats ont à participer au paiement de la diya: doivent-ils la payer sous la forme d'une simple avance (*ibtida'anl*) ou, au contraire, le faire pour venir effectivement en aide au meurtrier (*tahammulan*) ?

On retrouve le même problème dans l'aumône de la rupture du jeûne qui s'impose à un tiers, lorsqu'elle doit être, par exemple, payée au nom de l'épouse ou de l'enfant: est-on tenu de la payer sous forme d'avance ou doit-on le faire pour lui venir en aide ?

Ce point a soulevé une célèbre controverse dans l'école hanbalite et dans d'autres. On devra tenir compte de cette divergence pour comprendre les deux thèses suivantes: lorsque le prix du sang a été payé sans l'autorisation de l'intéressé (*mukhatab*), ceux qui admettent que les agnats doivent payer la rançon pour venir en aide (*tahammul*) au meurtrier disent que ce paiement libère le coupable de toute obligation; ceux qui, par contre, enseignent qu'ils sont tenus de la payer par simple avance (*ibtida'*) estiment que ce paiement est comparable à celui par lequel on verse la zakât pour un tiers. C'est pourquoi l'on discute au sujet du 'aql (prix du sang), quand il n'y a pas de 'aqila (agnats): pour savoir s'il doit être -ou non- à la charge du meurtrier.

Le prix du sang se distingue des autres droits par un certain nombre de caractères qui lui assignent un statut particulier. Il exige le payement de sommes considérables. Les agnats, en outre, ont à répondre des meurtres qui ont été commis par erreur, et non de ceux qui l'ont été intentionnellement; là-dessus aucun désaccord. Lorsque le crime a les apparences de la préméditation, il y a désaccord. Selon la doctrine la plus évidente, les parents, dans ce cas, ne sauraient le supporter.

L'erreur mérite l'excuse chez l'homme. Obliger quelqu'un à payer la rançon sur sa fortune lui cause un préjudice considérable, sans qu'on puisse lui reprocher la moindre faute. Il faut, d'autre part, que soit payée l'indemnité correspondant à la valeur de l'homme assassiné. Aussi le Législateur a-t-il imposé, à ceux auxquels incombent (naturellement) la protection et l'aide du meurtrier, de participer au paiement de la diya. Il en est ici comme des pensions d'entretien que l'on doit verser à ses proches, ou de ce que l'on doit donner aux indigents et aux pauvres. De même, l'obligation de libérer un prisonnier qui se trouve en pays ennemi; celui-ci est retenu prisonnier à cause de la rançon qu'on exige de lui: cette rançon n'est donc point subordonnée au libre choix de celui qui y a droit, ni de celui qui la paie.

Tout autre est le cas des dettes que l'on contracte par un emprunt ou par une vente. La diya n'est pas légère en général, comme le sont les indemnités à payer pour les choses endommagées. Il est en effet fort rare que l'on ait, dans ces cas, à dépenser une somme aussi considérable que celle qui est exigée dans la diya d'erreur. Quand, par contre, l'atteinte portée à une personne ou à des biens est intentionnelle, le coupable est un homme injuste (*zâlim*) qui mérite un châtement. L'indemnité, que l'on doit pour des dommages commis contre des biens, est en général légère. Tout autrement lourd est le prix du sang. Aussi, pour la plupart des docteurs, les agnats n'aident le meurtrier à supporter le prix du sang que lorsque ce dernier est important. D'après Malik et Ahmad, ils ne doivent pas contribuer au paiement d'une somme inférieure au tiers de la diya du meurtre et, d'après Abu Hanifa, à celle que réclame le prix d'une dent ou d'une blessure qui met l'os à découvert.

Cette obligation est à rapprocher des devoirs de charité que le Législateur impose à l'égard des nécessiteux, comme les voyageurs, les pauvres, les indigents, les proches dans le besoin, etc. On sait, en effet, que c'est là un des grands principes de la Loi sur lequel repose le bon ordre du monde. Allah ﷻ a partagé la société en riches et en pauvres. Les intérêts généraux de la Communauté ne peuvent être assurés que si les riches viennent en aide aux pauvres. Allah ﷻ a interdit l'usure dans l'ordre qu'Il a donné de pratiquer l'aumône est du même genre que l'interdiction de s'adonner à l'usure. C'est pourquoi Dieu a parlé simultanément de l'aumône et de l'usure dans un même verset :

❖ **Dieu anéantira l'usure et multipliera les aumônes** ❖

[Sourate Al Baqarah 2:276]

Et dans celui-ci :

❖ ***L'usure, dont vous vous rendez responsables pour vous approprier les biens d'autrui, ne vous vaudra rien aux yeux de Dieu; les aumônes que vous aurez faites avec nulle autre intention que Dieu, c'est par elles que vous augmenterez votre profit*** ❖

[Sourate 30:39].

Allah ﷻ, à la fin de la sourate al-Baqara, établit la condition juridique des biens dont l'homme a la propriété; Il les range en trois catégories: la catégorie de la justice, celle de la charité et celle de l'injustice. La justice, c'est la vente, l'injustice l'usure, et la charité l'aumône. Dieu fait l'éloge de ceux qui pratiquent l'aumône et Il énumère les récompenses qui leur sont réservées. Il maudit ceux qui s'adonnent à l'usure et cite les châtements dont ils seront frappés. Il autorise la vente et l'emprunt à terme fixé. Le prix du sang est du genre des droits que Dieu donne à certaines gens sur d'autres, comme le droit du-Musulman (sur ses frères), le droit du parent, du voisin, de l'esclave ou de l'épouse.

## Types des status contestés

Les statuts juridiques, dont on dit qu'ils sont contraires à l'analogie, peuvent se ranger en deux catégories. La première est celle des statuts qui sont unanimement admis, la seconde celle des statuts sur lesquels un désaccord persiste. Les statuts de la première catégorie sont évidemment conformes à l'analogie. Est-il, par contre, permis d'utiliser les statuts de la seconde catégorie comme fondements de raisonnements analogiques ?

Certains juristes soutiennent que tout statut, que l'on a prouvé être contraire au raisonnement analogique, ne sauraient servir de base à de nouveaux raisonnements: cette opinion est

attribuée aux disciples d'Abu Hanifa ﷻ. La grande majorité des juristes enseignent cependant que l'on peut construire, sur de semblables bases, de nouveaux raisonnements

analogiques. Telle est la doctrine soutenue par les disciples d'a-Chafi'i ﷻ, d'Ahmad ﷻ et d'autres juristes. Leur raisonnement est le suivant : « **On doit, disent-ils, se borner à examiner les conditions du raisonnement analogique. On rattachera au principe, dont on connaîtra la raison (El-'illa), tous les cas qui participeront de la même raison, sans se préoccuper si le principe lui-même est conforme ou non au raisonnement analogique.** »

**On en fera de même de tous les cas, dont l'un apparaîtra comme la conclusion logique de l'autre. Réussir à prouver l'existence d'une raison commune équivaut à la constatation directe de cette raison. Par contre, si la preuve n'est point faite d'une identité entre le principe et la conclusion, le raisonnement analogique n'est pas valable: peu importe que le statut juridique du principe soit lui-même conforme ou non au raisonnement analogique. C'est pourquoi il sera, par exemple, juste d'assimiler au prêt à usage ('araya) toute convention qui a le même but. »**

En réalité, il n'existe aucune prescription juridique qui soit contraire à l'analogie juste. Bien au contraire. Une chose, dont on dit qu'elle est contraire au Qiyas, possède, en fait, un attribut particulier qui la distingue nettement des autres choses, aussi bien dans sa nature que dans son statut juridique. Deux choses dont la nature est identique doivent avoir le même statut; dans le cas contraire, elles doivent être considérées comme différentes canoniquement. Les contestations les plus fréquentes portent généralement sur les divergences qui semblent exister entre des hadiths et certains principes canoniques. Certains juristes en concluent que ces principes sont contraires à l'analogie, ou que ces hadiths sont en contradiction avec les principes de la Loi. On pourrait citer de nombreux exemples de ces apparentes contradictions.

### **Status contestés 1: la muçarra**

La plus célèbre de ces traditions est celle qui concerne la muçarra<sup>11</sup>. Le Prophète ﷺ a dit en effet : « **Vous ne devez pas vous abstenir volontairement de traire une chamelle ou une brebis avant de la vendre. L'acheteur d'un semblable animal, quand il l'aura lui-même traité, aura le choix entre deux solutions: il pourra, s'il estime qu'elle lui convient, garder la bête, dans le cas contraire, il sera autorisé à la rendre, mais à la condition de donner en plus (au vendeur) un sa' de dattes.** » [Rapporté par Al-Bukhâri & Muslim].

Ce hadith est certes authentique. Il n'en est pas, moins, aux yeux de certains juristes, contraire à plusieurs principes canoniques.

**Thèse :**

**a-** Il implique d'abord la restitution d'une chose vendue, qui ne recérait cependant aucun défaut, et dont les qualités n'ont point déçu l'acheteur.

**b-** Il soumet en outre à l'indemnité (de destruction ou de détérioration) le produit (*kharaj*) de la chose vendue; le lait, ayant été produit une fois la bête en la possession de l'acheteur, ne devrait pas, aux termes de la Loi, être passible d'une indemnité; or ce hadith affirme précisément le contraire.

**c-** Le lait, au surplus, entre dans la catégorie des choses dont l'indemnité consiste en d'autres choses de même nature: tout lait (détruit ou avarié) est remplacé par un lait semblable.

**d-** L'indemnité de toute chose, qui n'est point interchangeable, consiste en une somme correspondante en numéraire: elle est cependant, dans ce hadith, constituée par des dattes. L'indemnité varie selon la valeur de la chose (avariée). Elle n'est point fixée une fois pour toutes par la Loi; elle l'est cependant par ce hadith.

<sup>11</sup> La bête que l'on s'est abstenu volontairement de traire avant de la vendre.

## Réfutation :

Les partisans du hadith répondent : « **Toutes ces affirmations sont fausses. Cette tradition est conforme aux principes généraux du droit et même leur serait-elle contraire, qu'elle deviendrait elle-même, à son tour, principe (constitutif de la Loi). On ne saurait s'ingénier à opposer les uns aux autres les principes de la Loi. Il importe de les suivre tous, car tous procèdent de Dieu.** »

### 1°) La fraude est une notion générale

Examinons maintenant la première de leurs affirmations: ce hadith implique la restitution de l'objet acheté, sans que cette restitution soit légitimée par la constatation d'un défaut ou l'absence d'une qualité stipulée. Nous répondrons qu'aucun principe canonique n'exige que la restitution de l'objet acheté soit limitée à ces deux cas. La fraude (*tadlîs*) englobe toute une catégorie de circonstances où, l'acheteur est autorisé à rendre l'objet acheté: elle entre dans le genre que l'on désigne sous l'expression de tromperie sur la qualité. Les qualités d'un objet vendu, en effet, se révèlent tantôt par l'explication verbale (du vendeur) et tantôt à l'usage. Lorsque les apparences laissent croire à l'existence d'une qualité, alors qu'il n'en est rien, c'est là une fraude caractérisée.

Le Prophète ﷺ a laissé la faculté d'option aux personnes qui, se déplaçant sur une monture et venant à se rencontrer, concluent une vente, tant qu'elles ne sont pas arrivées au marché et ne sont pas informées des cours. Aucune des deux conditions exigées plus haut ne se trouve donnée dans ce cas, où l'on peut craindre cependant une manière de supercherie.

### 2°) Principe de compensation et d'indemnisation

Passons maintenant à cette seconde critique: ce hadith exige une indemnité (pour la destruction) des produits d'une chose achetée. Nous répondons d'abord que ce hadith dit *al-muḥarra*: est, de l'avis unanime des gens de science, des plus authentiques et qu'il n'entraîne aucune contradiction. Le tenne de *kharāj* désigne les produits de la chose déjà en possession de l'acheteur, puisqu'il s'applique à toute espèce de productions, par exemple au gain réalisé par un esclave; le lait et les autres produits semblables peuvent constituer un *kharāj*. Mais le lait, dans ce cas, existait déjà dans la mamelle; il constituait une partie intégrante de l'objet vendu. Le *sa'* de dattes ne constitue donc pas l'indemnité de ce qui est né après le contrat, mais la compensation du lait qui se trouvait déjà dans la mamelle au moment où le contrat a été passé.

Le Législateur a assigné au lait, comme garantie, un autre produit et l'a quantitativement évalué: (ce principe est rationnel). Le lait, qui fait (aux tennes du contrat) l'objet d'une garantie, se mêle au lait produit après la conclusion du contrat: il est impossible de l'évaluer. Aussi le Législateur a-t-il déterminé d'avance le montant de l'équivalence, de manière à couper court à toute discussion; il a fixé cette équivalence au moyen d'un autre produit que le lait, car l'évaluation par une matière du même genre pourrait être fixée au-dessus ou au-dessous de la quantité réelle de lait, ce qui entraînerait un *riba*. Il en est autrement dans l'évaluation établie au moyen d'une matière autre (que le lait). Tout se passe comme si l'acheteur avait aussi acheté, contre un *sa'* de dattes, ce lait dont il est impossible de connaître la quantité. Les dattes étaient la nourriture habituelle des gens de Médine; elles constituent, comme le lait, un produit mesurable et comestible; leur production, à la différence du blé et de l'orge, n'exige pas d'effort. De tous les produits dont les gens se nourrissaient à Médine, elles

sont celui qui présente, avec le lait, le plus de caractères communs. Le problème qui se pose aux mujtahid se ramène à celui-ci: cette garantie est-elle universellement constituée par une mesure de dattes, quels que soient les pays envisagés, ou doit-elle, par contre, être limitée aux seules régions où l'on se nourrit de dattes? C'est là un des nombreux problèmes que l'ijtihad doit résoudre: il est de la même nature que celui que l'on retrouve dans l'aumône de la rupture du jeûne où le Législateur a prescrit de donner un *sa'* d'orge ou de dattes.

### Statut contesté 2: la prière derrière les rangs

**Thèse 1** : Examinons maintenant cette autre thèse. Le fidèle qui prie tout seul derrière les rangs (*sufouf*) des croyants est tenu de recommencer sa prière. Cette prescription est contraire à l'analogie: l'imam se tient seul devant les fidèles pour prier et la femme prie toute seule derrière les rangs formés par les hommes, en vertu de la Sunna.

**Réfutation 1** : Mais les choses ne sont pas ainsi en effet, l'imam, selon la Sunna et l'opinion de la grande majorité des juristes, doit se tenir devant les fidèles; et ceux-ci, toujours selon la Sunna, doivent se former en rangs. Comment donc comparer les deux cas ?

L'imam sert de modèle aux fidèles; lorsqu'il se tient devant eux, il leur est possible de le voir et de le suivre plus exactement. La femme, elle, se tient seule s'il n'y a pas d'autre femme avec elle. La Sunna lui impose cependant de prendre place dans un rang. De ces obligations, deux conclusions se dégagent. Le fidèle, qui se trouve isolé derrière les rangs et ne peut se joindre à celui qui est immédiatement devant lui, prie tout seul en vertu de la loi de nécessité. Ce (dernier) principe est la raison même; les obligations tombent devant le besoin. L'ordre donné au fidèle de se mettre dans le rang est une obligation comme les autres: lorsqu'elle devient impossible à remplir, elle tombe comme toute autre. C'est ainsi que les obligations strictes de la prière tombent en cas de besoin: telle est la prière dite prière de la crainte dont le but est d'assurer la sécurité de la collectivité. En vertu de ce même principe, tout fidèle, qui ne peut prier avec l'assemblée des fidèles qu'en se tenant devant l'imam, est autorisé à le faire. Il n'agit ainsi que par nécessité. Cette opinion a été professée par de nombreux savants; elle correspond à l'une des deux doctrines admises dans le rite hanbalite, car tous les canonistes, il est vrai, ne l'admettent pas. Pour résumer le débat, nous dirons: le devoir (*wajib*) de se mettre dans les rangs pour prier n'est pas plus obligatoire que les autres. Bien plus, puisque tout autre devoir, dans la prière en commun, tombe devant la nécessité, à plus forte raison en sera-t-il ainsi de celui-ci. En vertu de l'un des principes généraux de la Loi, toute obligation qu'il est impossible de remplir tombe. Quiconque est contraint à cette infraction, sans toutefois désobéir à Dieu, ne saurait être blâmé. Dieu n'a pas imposé l'impossible à ses créatures et ne leur a jamais interdit ce à quoi la nécessité les contraint.

### Statut contesté 3: l'usage d'un animal mis en gage

Un hadith authentique dit : « **Celui qui a reçu en nantissement un animal est autorisé à l'utiliser comme monture; il peut aussi s'en approprier le lait. Il sera toutefois tenu d'en assurer l'entretien.** » [Rapporté par AI-Bukhâri]

D'aucuns disent que ce hadith est contraire à l'analogie. Il n'en est rien. L'animal mis en gage, en soi, doit être respecté; son propriétaire a un droit sur lui. De même le créancier nanti a un droit sur lui. L'usage de la chose disparaît en pure perte, si (en l'occurrence) celui qui la détient ne monte pas la bête ou ne la traite point, car nous avons vu précédemment que le lait doit être assimilé à l'usage d'une chose. Lorsque donc le créancier nanti utilise la bête et, par

voie de compensation, en assure l'entretien, les intérêts et les droits des deux parties se trouvent satisfaits. Les frais d'entretien sont, en effet, à la charge du propriétaire et constituent pour lui un devoir. Le créancier nanti, qui assure ces dépenses, s'acquitte, au lieu et place du propriétaire, d'une obligation qui incombe à ce dernier; il acquitte par là un droit: il a le droit de réclamer l'indemnisation de ses dépenses: l'usage de la bête constitue alors précisément cette indemnisation. n est donc beaucoup plus juste qu'il bénéficie lui-même de cet usage, plutôt que de l'abandonner à la charge du propriétaire, ou de le laisser se perdre inutilement.

Les juristes discutent de la condition juridique de l'homme qui s'acquitte, en faveur d'un tiers et sans son autorisation, d'un devoir qui incombe à ce dernier (ce cas se présente, par exemple, dans le paiement d'une dette). La doctrine de Malik

et d'Ahmad , du moins sous sa forme la plus répandue, lui reconnaît le droit d'exiger de ce tiers une juste indemnisation; la doctrine d'Abu Hanifa et d'a-Chafi'i  la lui refuse. Si un homme cependant assure des dépenses d'entretien (*nafaqa*) qui incombent à un tiers<sup>12</sup>, certains disciples d'Ahmad  soutiennent que cet homme n'a pas le droit d'exiger d'être indemnisé: ces juristes établissent une distinction entre la pension d'entretien et la dette. Mais les Hanbalites qui font autorité dans le rite n'admettent pas cette distinction.

Ils disent : « **La pension d'entretien, comme la dette, donne droit à une indemnisation. Un homme qui rachète un prisonnier est autorisé à réclamer à ce dernier la rançon qui a servi à sa libération: la rançon cependant n'est pas (assimilable à) une dette.** »

Le Coran établit la légitimité de cette thèse. Allah  a dit en effet :

❖ **Si elles allaitent pour vous, donnez-leur leur salaire** ❖  
[Sourate At-Talâq 65:6].

Allah  a donc ordonné de rémunérer l'allaitement en soi, sans subordonner ce paiement à la conclusion d'un contrat ou à l'autorisation du père. De même, Allah  dit :

❖ **Les mères allaiteront leurs enfants deux années complètes pour celui qui désire terminer l'allaitement; le père de l'enfant sera tenu d'assurer leur subsistance et leur vêtement selon le bon usage** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:233].

Ainsi donc, le Législateur a imposé (à l'homme) ce devoir sans stipuler ni contrat, ni permission.

L'entretien d'une bête est à la charge de son propriétaire; celui qui la reçoit en gage, ou qui la loue, a un droit sur elle; si donc il assure les dépenses nécessaires à l'entretien de cette bête - dépenses qui sont à la charge du propriétaire- il est plus autorisé à se retourner contre celui-ci que dans le cas où il a assuré les frais d'entretien du fils. Si l'on suppose que l'homme qui donne le gage dise : « *Je ne t'ai point donné l'autorisation de prendre sur toi les frais*

<sup>12</sup> S'il assure, par exemple, la subsistance d'un jeune enfant ou d'un esclave.

*d'entretien de cette bête », l'autre peut répondre : « Cette dépense est obligatoire pour toi, j'ai le droit de te la réclamer pour assurer la conservation de l'objet mis en gage ou loué. »*

Ainsi donc, celui qui a une chose en gage et qui se contente, pour toute forme d'indemnité, de l'usage de cette chose, sans réclamer à son propriétaire l'équivalent des dépenses qu'il a prises à sa charge, fait acte de charité envers ce dernier. C'est là un pur acte de générosité à l'égard de celui qui a versé le gage. Il en est de même lorsque l'homme, qui a reçu en dépôt la bête d'un tiers en qualité de dépositaire, d'associé ou de mandataire, assure lui-même les dépenses d'entretien de la bête: on considérera qu'il a fait acte de charité (*ihsan*) envers le propriétaire, si ce dernier n'a pas assuré les dépenses d'entretien qui lui incombent.

#### Statut contesté 4: l'esclave violentée par son maître

Parmi les prescriptions que l'on dit être des plus contraires au raisonnement analogique, figure le hadith suivant qui remonte jusqu'au Prophète ﷺ par cet isnad hassan : Qabisa bent Harith d'après Salma bent al-Mihbaq. Le Prophète ﷺ décréta au sujet d'un homme qui avait eu commerce charnel avec l'esclave de son épouse : « **Si elle a été violentée, cette esclave doit être considérée comme affranchie. Le mari est alors tenu de donner à son épouse une esclave équivalente. Si elle a consenti, l'esclave appartient à l'homme, et celui-ci est tenu de la remplacer auprès de sa maîtresse.** » [Rapporté par Abu Dâwûd, Tirmidhi, An-Nassâ-i, EI-Mus'nad d'Ibn Hambal].

Une autre version du même hadith dit : « **Si elle a été son complice, cette esclave lui appartient, et il doit en outre donner à sa femme une autre esclave de même valeur.** »

Certains juristes critiquent l'isnad: (chaîne de transmission) de ce hadith. Il n'en demeure pas moins que c'est un hadith fiable (*hasan*). Ces mêmes juristes utilisent des hadiths moins forts que celui-ci. Ce hadith, il est vrai, leur semble si difficile à comprendre qu'ils en exagèrent la faiblesse. En réalité, il est conforme au raisonnement analogique pour trois raisons, qui constituent des principes reconnus et enseignés par un groupe de jurisconsultes.

1°) Quiconque fait subir à un bien une altération d'état telle que ce bien ne répond plus au but auquel il était destiné, est tenu de verser une juste indemnité. Tel est le cas qui se produit lorsque l'on dispose d'un objet usurpé d'une façon telle qu'il perd cette dénomination. Trois opinions ont été soutenues dans le rite d'Ahmad ﷺ et dans d'autres:

**a-** Ce bien appartient toujours à son propriétaire; l'usurpateur doit répondre de la dévalorisation, sans avoir aucun droit sur toute plus-value, ainsi que le soutient ach-Chafi'i ﷺ.

**b-** Ce bien devient la propriété de l'usurpateur, mais celui-ci est tenu de donner une compensation correspondante au propriétaire: c'est l'opinion d'Abu Hanifa ﷺ;

**c-** Le propriétaire a la possibilité de choisir entre la restitution du bien avec une indemnité de dévalorisation, ou le paiement d'une indemnité globale correspondante. Cette dernière opinion est la plus juste et la plus solide. Lorsque la chose a perdu certaines de ses qualités morales (perte d'un métier, affaiblissement des forces, atteinte à la raison, corruption de sa dignité religieuse, etc.), le propriétaire peut en effet choisir entre le paiement d'une indemnité

correspondant à la diminution de valeur, ou la restitution d'une chose équivalente. Celui qui coupe la queue de la mule du Qadi, selon Malik , est tenu de remplacer la mule par une mule de même valeur et devient le propriétaire de la première, car celle-ci n'est plus à même de rendre à son propriétaire les services que celui-ci en attend conformément à l'usage; le propriétaire pourra également opter (pour l'autre mode de compensation). Il en est de même du sultan, si on coupe les oreilles et la queue de son cheval.

### Mode d'indemnisation

2°) L'indemnité de toute chose, même d'un animal, qui a été détériorée, est constituée, dans la mesure du possible, par une chose de même nature et d'égale valeur. C'est ainsi que dans un prêt, on est tenu de restituer l'équivalent de la chose empruntée. Lorsque l'on emprunte un animal, on est tenu de rendre un animal semblable. Ainsi le Prophète  emprunta une pouliche et en rendit une meilleure. De même, dans le cas de l'animal égaré: les petits auxquels il donne naissance doivent être compensés par d'autres (de même valeur), ainsi qu'en ont décidé les Compagnons. Le même principe joue lorsque l'on vend une bête à l'exception de la tête, et que la bête, ensuite, n'est pas égorgée: les Compagnons, dans ce cas, ont décidé l'achat d'une tête de même valeur; c'est là l'une des deux doctrines adoptées par le rite d'Ahmad  et par d'autres savants.

Dans ce chapitre, on peut citer l'apologue de Daoud et Soulaymane  (David et Salomon). Des bestiaux avaient détruit des cultures (*harth*) qui appartenaient à des gens. Dans une autre version, on dit que ce bétail avait endommagé une source. Le terme de *harth* désigne les arbres et les céréales. Daoud  décréta que les bestiaux appartiendraient aux propriétaires des cultures: il voulait, par ce verdict, leur accorder une indemnité correspondant à la valeur de ces bêtes. Or, les propriétaires de ce bétail n'en avaient pas d'autre. Daoud alors accorda à ceux qui avaient été lésés la valeur correspondant à ces moutons. Soulaymane  décréta (d'abord) que les propriétaires du troupeau auraient à remettre en état les cultures endommagées; il leur imposa donc le paiement d'une juste indemnité. Il ordonna au surplus que les propriétaires des cultures, jusqu'à ce que celles-ci fussent remises en état, prendraient possession des bêtes afin de trouver, dans l'usage de ces bêtes, une juste compensation au manque-à-gagner subi, depuis la dévastation de leurs terres, jusqu'à leur remise en état. Telle est aussi la réponse que fit az-Zuhri à 'Umar ibnou 'Abd al-'Aziz  qui l'avait interrogé au sujet de quelqu'un qui avait endommagé un de ses arbres. « **Le coupable, dit-il, devra le remettre en état.** » Pour Rabi'a et Abu-z-Zinad, il doit seulement verser une somme correspondant à la valeur de l'arbre. La doctrine d'az-Zuhri est de beaucoup la plus conforme à l'esprit de la Loi: quiconque détériore une chose est tenu de la remplacer, dans la mesure du possible, par une autre chose semblable.

Allah dit :

 **La rétribution d'une mauvaise action est une mauvaise action correspondante** 

[Sourate Ach-Choûrâ 42:40]

Et :

❖ **A l'égard de celui qui vous est hostile, montre la même hostilité** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:194]

Et :

❖ **Et si vous punissez, infligez [à l'agresseur] une punition égale au tort qu'il vous a fait.** ❖  
[Sourate An-Nahl 16:126]

Aussi :

❖ **Les choses interdites doivent être punies** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:127].

Si l'on vient à détériorer de la monnaie ou des grains, ou d'autres choses semblables, il est possible de les remplacer par des objets identiques; si l'objet endommagé consiste en vêtements, en ustensiles ou en animaux, on peut trouver parfois leurs pareils; parfois, c'est impossible. On aura donc le choix entre deux alternatives: ou bien compenser la destruction ou la détérioration de la chose par le paiement d'une indemnité, c'est-à-dire en versant des dirhems qui diffèrent de l'objet détruit en genre et en qualité, mais qui lui correspondent en valeur; ou bien verser, dans toute la mesure du possible, d'autres vêtements, ustensiles et animaux d'une valeur correspondante. Dans les deux cas, l'indemnité, qu'elle soit payée en nature ou en espèces, correspond à la valeur de la chose détruite. Le second mode d'indemnisation participe du genre et de la qualité de la chose indemnisée; il respecte plus exactement le principe d'équivalence et, à ce titre, il est plus juste que le premier. On admettra donc l'indemnisation du premier type lorsqu'il sera rigoureusement impossible de recourir à celle du deuxième.

#### Le talion (Al-Qissas)

Le même principe d'équivalence doit, en vertu de la Sunna et de l'accord des Compagnons, jouer dans l'application des peines du talion pour une gifle ou un coup est suivi par de

nombreux Anciens (*salaf*) : Ahmad  lui aussi l'adopte, dans la version transmise par Isma'il ibn Sa'id a-Chalanji et commentée par al-Juzjani dans son Mutarjam. Certains juristes disent : « *L'égalité est impossible à réaliser dans ce cas; on remplacera donc (l'indemnité) par une sanction qu'il appartiendra à l'imam de déterminer (ta'zir).* »

Nous leur répondrons : Les traditions qui remontent aux Compagnons exigent que l'on applique la loi d'équivalence. Le ta'zir est un châtement dont le genre, la qualité et la quantité restent indéterminés et qui est soumis à la libre appréciation du représentant de l'autorité (*wali*). De toute évidence, rendre un coup à celui qui en a donné un constitue un châtement plus juste et plus près de l'équivalence que toute autre punition, qui diffère en nature et en dualité de l'acte qui la motive, et dont le principe même n'a pas été déterminé, bien qu'un tel coup ne soit jamais rigoureusement identique à celui dont il constitue le châtement. Sachez qu'une identité parfaite et totale est impossible, même en matière de choses mesurées, à plus forte raison ailleurs: si, en effet, quelqu'un vient à détériorer un *sa'* de blé et verse, comme indemnité, un autre *sa'* de blé, on ne saurait jamais dire que l'un des deux *sa'* contient exactement le blé qui se trouvait dans l'autre; l'un peut contenir plus que l'autre. C'est pourquoi Allah  dit :

﴿ **Donnez le poids et la mesure en toute justice. Nous n'imposons à personne ce qui est au-dessus de ses forces** ﴾

[Sourate 6:152]

Déterminer rigoureusement le poids et la mesure dépasse les forces humaines. C'est pour cela que l'on dit : « *Ceci est plus adéquat que ceci* », s'il se rapproche davantage d'une identité parfaite, à défaut d'une identité absolue.

Mutilation d'esclave

3°) Quiconque mutile un esclave est automatiquement tenu de l'affranchir. C'est la doctrine de Malik , d'Ahmad , etc. Des traditions, sur des cas semblables remontent au Prophète  et à ses Compagnons, comme 'Umar  et ses Compagnons, ainsi que nous l'avons dit ailleurs.

Le hadith, que nous avons précédemment cité, est conforme à ces trois principes canoniques, eux-mêmes fondés sur la plus rigoureuse analogie. Même si l'esclave a consenti, le mari l'a rendue impropre à servir sa maîtresse, car toute consentante qu'elle ait été, elle reste adultère et cette faute diminue sa valeur. Sa maîtresse ne pourra plus l'utiliser dans les mêmes conditions qu'auparavant, soit en raison de la jalousie qu'elle nourrira désormais à son égard, soit en raison de l'amour de l'esclave pour son maître, ou des complaisances de celui-ci pour elle. Elle perdra aussi toute autorité sur cette esclave, qui ne lui obéira plus avec la même docilité.

Nous avons vu que le propriétaire d'un bien, dont un tiers a indûment disposé et qu'il a ainsi dévalorisé, a le droit d'exiger de ce tiers le paiement d'une juste indemnisation. Le Législateur a donc accordé à la maîtresse le droit à une esclave de même valeur, et au mari, il a laissé la propriété de l'esclave coupable, car on ne saurait donner à la maîtresse, tout à la fois, l'indemnité et la chose qui en fait l'objet.

La maîtresse peut aussi, nous l'avons vu, consentir à conserver son esclave et exiger du mari une juste indemnité pour la perte subie; le mari ne saurait alors se dérober à cette exigence. - Nous voulons ici montrer les droits que la femme est autorisée à formuler. Donc, si un homme gâte une esclave au préjudice de ses maîtres, même si elle a consenti aux rapports clandestins, ses maîtres ont le droit d'exiger, à titre d'indemnité, une autre esclave de même valeur. C'est là une application du principe qui veut que toute indemnité respecte la loi de l'équivalence.

Le viol de cette esclave relève du chapitre réglementant la mutilation. Le viol, en effet, est une mutilation; car la copulation correspond à une détérioration. C'est pourquoi l'on dit: « *Quiconque force son esclave à la sodomie est tenu de l'affranchir, sans préjudice d'ailleurs des peines corporelles qui ne tiennent pas lieu du service de l'esclave.* » Donc, en ce dernier cas, le mari devient propriétaire de l'esclave qu'il a rendue inutilisable pour sa maîtresse: il est tenu, par là-même, de donner à cette dernière, à titre d'indemnité, une autre esclave de même valeur, exactement comme lorsqu'il y a eu consentement (de la part de l'esclave). De plus, il affranchit cette esclave puisqu'il l'a mutilée.

On déduit de ces principes que tout homme qui contraint son esclave à commettre une action honteuse est tenu de l'affranchir. De même, s'il oblige l'esclave d'un tiers à commettre une action honteuse, cette esclave est automatiquement affranchie, et le responsable est tenu de donner, au propriétaire de cette esclave, une autre esclave équivalente. On distingue cependant le cas où cette esclave appartient à l'épouse (de cet homme), et celui où elle appartient à un étranger; s'il existe entre elles une différence canonique (on en tient compte), sinon l'analogie exige que les deux esclaves soient mises sur le même pied.

Passons à cette parole d'Allah ﷻ :

**Ne contraignez pas vos femmes esclaves à la prostitution, si elles veulent rester chastes. Si on les y contraint, Allah leur accorde après qu'elles aient été contraintes, Son pardon et Sa miséricorde** ﷻ

[Sourate An-Noûr 24:33].

Ce verset interdit formellement d'obliger ses esclaves à se livrer à la prostitution pour gagner de l'argent. On raconte que le munafiq, ibn 'Ubayy avait des esclaves qu'il obligeait à se prostituer. Dans ce cas, le maître n'exerce pas sur l'esclave une contrainte dans le but de commettre lui-même, avec elle, le péché d'adultère. Il n'y en a pas moins là une mutilation, puisque l'esclave a été obligée de commettre cette faute. A l'époque cependant où ce verset a été révélé, la Loi n'avait pas encore prescrit, comme elle devait le faire plus tard, d'affranchir un esclave à la suite d'une mutilation.

Dissérer sur la tradition que nous avons citée en tête de ce chapitre est un sujet des plus délicats. Si elle est authentique, voilà comment il nous semble que l'on doive la comprendre selon les principes généraux du droit; sinon, il n'est pas nécessaire d'en parler.

En résumé, je ne connais pas de hadith authentique qu'il ne soit pas possible d'expliquer conformément aux principes fondamentaux de la Loi. J'ai longtemps médité, dans la mesure de mes moyens, sur le système canonique des preuves. Je n'ai jamais rencontré de raisonnement juste qui pût infirmer une tradition authentique, car la raison (*ma'qul*) ne saurait contredire la tradition scripturaire (*manqul*). Chaque fois que j'ai rencontré un raisonnement contraire à une tradition, il fallait nécessairement que ce raisonnement ou que ce hadith fût entaché d'un vice. Toutefois, la différence qui existe entre une analogie juste et une analogie fautive échappe à beaucoup de savants éminents et, à plus forte raison, à des esprits moins avertis. La perception des qualités qui ont un effet juridique, la connaissance du statut juridique lui-même et de la philosophie du droit constituent certainement l'une des sciences les plus nobles. Certaines de ces dualités sont apparentes et beaucoup de gens les connaissent. D'autres sont délicates à comprendre et seuls les initiés peuvent les saisir. C'est pourquoi les raisonnements d'un grand nombre de savants se présentent en contradiction avec les textes; l'analogie exacte leur a échappé, comme ont échappé, à beaucoup de gens, les preuves subtiles qui, dans les textes, établissent les statuts juridiques.

### **Statut contesté 5: l'achèvement du pèlerinage entaché de vice**

**Thèse 1** : Certains juristes soutiennent que l'obligation d'achever un pèlerinage qui se trouve entaché d'un vice est contraire au raisonnement analogique.

**Réfutation 1** : Il n'en est rien. Allah ﷻ a ordonné d'achever le pèlerinage et la 'umra; quiconque les entreprend, même à titre d'œuvres surrogatoires, doit les mener jusqu'au bout: c'est l'avis unanime des imams. Ils discutent, par contre, des autres œuvres surrogatoires: deviennent-elles ou non de strictes obligations par le fait même qu'on se les est imposées et qu'on a commencé à les exécuter? Le pèlerin est tenu par l'ihram d'aller jusqu'au moment où il s'en libérera; il est tenu de ne pas avoir de rapports sexuels pendant le pèlerinage; si toutefois il enfreint cette prescription, cette infraction ne le dispense pas de l'obligation d'achever son pèlerinage.

Il en est de même du jeûne de ramadan. Ce jeûne doit être strictement observé en raison de ce verset :

❖ **Puis, observez le jeûne jusqu'à la nuit** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:183].

Tout manquement aux prescriptions du jeûne ne dispense pas le (croyant) de l'obligation d'achever ce jeûne. Mais il est tenu de l'achever, même s'il est responsable d'un manquement aux lois du jeûne. La raison est que le jeûne a une limite fixée, qui est le coucher du soleil, comme le pèlerinage a une époque déterminée: le jour de 'Arafa et des (cérémonies) qui le suivent; il a, de même, un lieu déterminé, qui est 'Arafa, Muzdalifa et Mina. Le pèlerin ne saurait quitter l'ihram qu'une fois arrivé à cet endroit, de même qu'il ne saurait avoir la possibilité de se libérer du jeûne, sauf avec une excuse valable, par exemple, s'il est arrêté par force; de même, celui qui est excusé de la rupture du jeûne. Il en est autrement dans la prière; on recommencera toute prière entachée d'un vice; il est, en effet, possible de recommencer une prière au cours des heures canoniques; le pèlerinage ne saurait être refait dans les limites de temps prescrites.

### Statut contesté 6: jeûne rompu par oubli

Passons au statut juridique du fidèle qui mange par oubli pendant le jeûne. Ceux qui soutiennent qu'il est contraire à l'analogie disent:

**Thèse 1** : Celui qui a rompu le jeûne par oubli a négligé d'exécuter un ordre (*tark ma 'mur*); quiconque néglige d'appliquer un ordre par oubli ne saurait être considéré comme libéré des devoirs qui lui incombent: ainsi, lorsque l'on oublie de faire une prière ou de formuler l'intention de jeûner.

**Réfutation 1** : Une pratique culturelle ne peut être annulée que lorsque l'on a commis un acte interdit (*fi'l mahzur*). Ceux qui soutiennent, par contre, que ce cas est conforme à l'analogie disent : « Selon le Qiyas, un acte interdit commis par oubli n'annule pas une pratique culturelle. Quiconque commet, par oubli, un acte interdit ne commet pas de péché, ainsi que le prouve cette parole de Dieu :

❖ **Ô Seigneur, ne nous punis pas, si nous oublions ou si nous nous trompons** ❖  
[Sourate Al Baqarah 2:286].

Il est établi dans le Sahih d'al-Bukhari qu'Allah ﷻ a répondu : « **Ainsi ai-je fait...** » C'est là un point sur lequel les savants ne discutent pas: celui qui oublie ne compte pas un péché. Ils discutent par contre de l'annulation de son acte cultuel.

*Les uns disent : « S'il n'a pas commis de péché, c'est qu'il n'a commis aucun acte interdit, et quiconque n'a pas commis d'acte interdit ne saurait voir sa pratique cultuelle ('ibâda) annulée. Les pratiques cultuelles, en effet, ne sont frappées de nullité que lorsqu'on néglige une obligation ou que l'on enfreint une interdiction. Si cet homme a commis, par oubli, un acte interdit, son culte ne saurait être frappé de nullité. »*

Les partisans de cette doctrine ajoutent:

**Thèse 2** : « *En vertu de l'analogie, une prière n'est pas annulée si l'on vient à parler, par oubli, en la faisant.* »

Ils ajoutent aussi : « L'analogie exige que quiconque enfreint, par oubli, une des interdictions que lui impose l'ihram, ne soit pas tenu à une rançon. »

*On dit aussi : « La chasse (dans les deux haram) entre dans la catégorie de l'indemnité à payer pour les choses détériorées, comme la diya de l'homme tué; au contraire, les parfums et les vêtements relèvent du chapitre régissant les habitudes somptuaires; de même, le fait de se raser les cheveux ou la barbe, de se couper les ongles relève en réalité de ce même chapitre, et non de celui des objets détériorés qui présentent quelque valeur, car ces choses n'en ont point. C'est pourquoi l'opinion la plus juste consiste à soutenir qu'aucune réparation n'est prévue dans ce cas, à la différence de ce qui se passe lorsque l'on tue une pièce de gibier dans les deux haram. »*

**Réfutation 2** : Une des conséquences de ce principe est que quiconque commet par oubli un acte qu'il a juré de ne pas faire ne saurait être considéré comme ayant manqué à sa parole, que l'objet de son serment consiste en une répudiation ou un affranchissement, etc. En effet, celui qui commet un acte interdit par oubli n'est pas considéré comme ayant désobéi et enfreint une interdiction. On peut, en effet, assimiler la violation d'un serment à la désobéissance à un ordre ou à une interdiction. De même, celui qui, au cours de sa prière, entre, par oubli, en contact avec un corps impur (*najâsa*) n'est pas tenu de la recommencer: son cas relève du chapitre qui concerne (la condition canonique) de celui qui vient à commettre un acte interdit. Il en est, par contre, tout différemment s'il néglige de se purifier d'une souillure mineure (*hadath*) car sa condition relève alors du chapitre (qui régleme)te) « **les choses ordonnées** ».

**Thèse 3** : On pourrait nous faire l'objection suivante : « **L'abandon** » (*tark*), dans le jeûne, entre dans la catégorie des choses ordonnées (*ma'mur bihi*), C'est pourquoi l'intention est une des conditions exigées. Par contre, dans tous les autres exemples (cités), « **l'abandon** » n'entre pas dans la catégorie des choses ordonnées et, pour cette raison, il n'implique pas l'intention.

**Réfutation 3**: Nous répondrons ceci: « **Sans nul doute l'intention est indispensable à la validité canonique du jeûne. La récompense divine n'est accordée que lorsqu'il y a intention. De même, l'homme qui décide de renoncer, en faveur d'Allah ﷻ un certain nombre de choses mérite, par cette résolution la récompense divine. S'il n'a point conçu en son cœur la volonté d'y renoncer, il ne saurait mériter ni récompense ni châtement.** »

**S'il a la (ferme et réelle) intention d'y renoncer en l'honneur de Dieu, et si, par oubli, il néglige de donner suite à sa résolution, un tel oubli ne saurait annuler tout droit à une récompense. Il sera au contraire récompensé pour avoir eu la résolution de renoncer à ces choses en l'honneur de Dieu, quand bien même lui serait-il arrivé, dans un moment d'oubli, de faillir à sa résolution. »**

Il en est de même du jeûne. Ce que l'homme a fait par oubli n'est pas mis à son compte; son acte a été fait par Allah ﷻ, par son intermédiaire et sans sa volonté.

Le Prophète ﷺ a dit : « **Quiconque mange ou boit par oubli est tenu d'achever son jeûne: c'est Dieu, en effet, qui l'a fait manger et qui l'a fait boire.** » [Rapporté par Al-Bukhâri & Muslim].

On doit donc attribuer à Allah le fait d'avoir poussé à manger ou à boire un croyant qui, personnellement, n'avait jamais eu l'intention de commettre ces actes. Or, tout acte attribué à Allah ﷻ ne saurait faire pour l'homme l'objet d'une interdiction: ce qui est interdit à l'homme, ce sont certains de ses actes. Les actes involontaires ne sauraient tomber sous le coup des prescriptions canoniques. L'acte commis par oubli est comparable à l'acte que commet un homme endormi, un fou, un enfant, etc. Le croyant qui enfreint, en étant endormi, l'une des interdictions sexuelles du jeûne, n'est pas considéré comme ayant rompu son jeûne. Le jeûne, par contre, est rompu si l'infraction a été voulue. Le jeûne d'un croyant qui se trouve pris de vomissements n'est pas rompu; mais tout croyant qui se force à vomir rompt le jeûne. Dans les deux cas, on devrait considérer qu'il y a rupture du jeûne, s'il était possible d'assimiler un acte involontaire à un acte volontaire.

**Thèse 4** : On nous fera sans doute la remarque suivante: « *Celui qui agit par erreur rompt son jeûne, par exemple celui qui mange alors qu'il croit que la nuit dure toujours et s'aperçoit ensuite que l'aurore vient de paraître; ou qui mange alors que le soleil est couché et constate ensuite qu'il n'en est rien.* »

**Réfutation 4** : Nous répondrons: C'est là une question qui a fait l'objet d'un désaccord entre les Salaf et les Khalaf. Ceux qui établissent une distinction entre l'oubli et l'erreur disent : « **Il est possible d'éviter l'erreur, mais non l'oubli.** »

Ils raisonnent là-dessus par analogie avec celui qui rompt son jeûne un jour où l'on doute (si l'on est en ramadan) et (à qui) il apparaît évident ensuite qu'on y était. D'après certains Anciens en effet, cet homme devra se décider sur le coucher du soleil et non sur le lever, comme s'il y avait persistance du doute. Ceux qui soutiennent que le jeûne n'est rompu dans aucun de ces cas disent : « *Notre preuve est plus solide ; le Livre et la Sunna nous donnent manifestement raison.* »

Allah dit en effet :

﴿ **Seigneur, ne nous punis pas si nous oublions ou si nous nous trompons** ﴾  
[Sourate Al Baqarah 2:286].

Allah ﷻ a donc parlé simultanément de l'oubli et de l'erreur; de plus, celui qui commet par erreur l'une des choses interdites dans le pèlerinage ou dans la prière est comparable à celui

qui les commet par oubli. Il est établi dans le Sahih (d'al-Bukhari) que des musulmans rompirent le jeûne, puis (aussitôt) le jour parut; dans la tradition, il n'est pas dit qu'ils reçurent l'ordre de recommencer leur jeûne. Mais Hisham ibn 'Urwa رضي الله عنه dit : « **Y a-t-il lieu de dire qu'il ne faille pas recommencer?** ».

Son père, qui était plus savant, disait : « **Ils ne furent pas tenus de recommencer le jeûne.** »

Il est établi, dans les deux Sahib, qu'un groupe de Compagnons mangèrent jusqu'à ce qu'ils furent à même de distinguer « **la ligne blanche de la ligne noire** ».

Le Prophète صلى الله عليه وسلم dit à l'un d'eux : « **Ta bande noire est bien large.** » [Rapporté par Abu Dâwûd]. On désigne par ces termes la clarté du jour et l'obscurité de la nuit. On ne rapporte pas que le Prophète صلى الله عليه وسلم leur ait ordonné de recommencer le jeûne; dans leur ignorance, ces Compagnons avaient cependant commis une erreur. Il est aussi établi que 'Umar رضي الله عنه rompit le jeûne, puis que, constatant qu'il faisait jour, il dit : « **Nous ne recommencerons pas notre jeûne, car nous n'avons pas eu l'intention de commettre un péché.** » On rapporte aussi qu'il dit : « **Nous recommencerons.** » Mais l'isnâd de la première tradition est plus sûr. Il est en tout cas établi que 'Umar رضي الله عنه a dit : « **La chose ne présente aucune gravité.** »

Certains ont interprété ces paroles en disant que 'Umar رضي الله عنه voulait laisser entendre que recommencer le jeûne constituait une obligation légère. Les termes mêmes qu'il emploie n'autorisent pas cette interprétation.

Au total, notre thèse repose sur des traditions plus sûres et sur un raisonnement plus juste. Elle est ainsi plus conforme au sens du Coran, de la Sunna et aux exigences de la raison. L'analogie veut que le jeûne rompu par oubli ne soit pas annulé. En principe, et en vertu du Livre et de la Sunna, quiconque commet par oubli un acte interdit ne saurait être considéré comme ayant enfreint une défense; aucun de ses actes cultuels n'est annulé. n n'existe aucune différence entre les rapports sexuels et les autres actes, aussi bien en état d'ihram que dans le jeûne.

### Statut contesté 7: Fatwah des disciples

Les juristes, dit-on, parlent souvent de traditions attribuées à certains Compagnons et qui seraient contraires au Qiyas. Nous abordons ici un vaste domaine. Le premier soin est de vérifier l'authenticité de cette attribution. Les uns, en effet, leur attribuent une chose, les autres une autre, contraire à la première; et parfois, l'une de ces deux traditions s'avère inconciliable avec l'analogie juste ou les textes authentiques. On doit, sans le moindre doute possible, considérer comme une preuve canonique la Sunna que suivirent les Rashidun (les quatre premiers Califes) et dont ils ont fait une Sunna pour l'ensemble de la Communauté. Nul n'a jamais rapporté qu'un Compagnon ait contredit, sur quelque point, la Sunna des Rashidun. Cette Sunna, dirons-nous, est plus qu'une preuve canonique: c'est un ijma'. C'est en ce sens que le Prophète صلى الله عليه وسلم a dit : « **Suivez ma Sunna et celle des Califes Rashidun (Bien guidé) qui me suivront. Tenez-vous-y, mordez-y de toutes vos molaires, méfiez-vous des innovations, car toute innovation est un égarement** » [Rapporté par Musmil & Abu Dâwûd]

**Thèse 1 :** Citons, à titre d'exemple, la décision prise par 'Umar et 'Uthman  de constituer waqf les terres conquises et de cesser de les partager entre les conquérants. Certains disent qu'ils n'avaient pas le droit d'agir ainsi car le Prophète  avait partagé l'oasis de Khaibar, et que l'on doit annuler, comme contraire à la Sunna, la décision de l'imam qui immobilise des terres conquises.

**Réfutation 1 :** Une semblable thèse est une erreur. Elle constitue même une insolence envers les Califes Rashidûn. Le Prophète , par sa conduite à Khaibar, a tracé un exemple qu'il est permis de suivre, mais il n'a point édicté un ordre impératif. La conduite des Rashidûn, à elle seule, constituerait la preuve d'un nouveau principe, quand Allah  même n'aurions nous pas d'autre preuve pour l'établir. Or, n'a-t-il pas été établi, par grand nombre de traditions authentiques, que la Mecque a été enlevée de haute lutte (*'unwa*) ?

Tous les auteurs qui ont traité de la vie du Prophète  et des Compagnons rapportent le fait. Le Prophète  arriva en effet après que les Mecquois eurent rompu le pacte; il fit halte à Marr az-Zahran; nul d'entre eux ne vint pour traiter de la paix avec lui et lui-même ne leur envoya pas de négociateur. Mais Abu Sufiyan sortit de la ville pour aller aux nouvelles; al-'Abbas  s'empara de lui et le ramena prisonnier. Abu Sufiyan n'eut alors d'autre souci que d'obtenir d'al-'Abbas d'avoir la vie sauve: il obtint effectivement son pardon, puis il se convertit à l'Islam et entra alors dans la communauté des croyants.

Comment donc peut-on concevoir qu'Abu Sufiyan  ait pu conclure la paix au nom des infidèles, après sa conversion et sans leur permission ?

De plus, le Prophète  subordonna l'amân (la sécurité) à un certain nombre de conditions: **«Celui qui entrera, dit-il, dans la maison d'Abu Sufiyan aura l'amân, de même ceux qui entreront dans la mosquée, de même ceux qui fermeront leurs portes.»** [Rapporté par Abu Dâwud]

Ainsi le Prophète  accorda l'amân à ceux qui ne le combattaient pas; les Mecquois n'auraient pas eu besoin de (telles mesures), s'ils avaient conclu un pacte avec le Prophète .

En outre, le Prophète  appela les Mecquois les « **Libérés** » (*tulaqa'*), car il les grâcia une fois qu'il se fut emparé d'eux, comme on libère un prisonnier de guerre; leur situation fut celle de prisonniers de guerre qui auraient été libérés, comme Tumama ibn Atal et d'autres.

De même, le Prophète  permit d'en tuer un certain nombre, hommes ou femmes. Il est d'autre part établi, dans les Sahih, que le Prophète  dit alors dans sa khutba (sermon) : **« L'interdiction du territoire de la Mecque n'a jamais été levée avant moi,' elle ne sera jamais à qui que ce soit après moi,' elle ne l'a même été pour moi que pendant une heure du jour. »** [Rapporté par Abu Dâwûd, An-nassâ-i, Tirmudi]

Le Prophète ﷺ entra à la Mecque, portant le casque sur la tête. Il n'y entra pas en ihrâm. Si donc les Mecquois avaient conclu un traité de paix avec le Prophète ﷺ, aucune des interdictions du territoire sacré n'aurait été levée, car s'il avait conclu la paix avec une ville profane, cette ville elle-même ne lui aurait pas été licite. Comment donc admettre que le territoire sacré aurait pu cesser de l'être pour lui, si les habitants l'avaient accueilli sans hostilité et avaient conclu avec lui un traité de paix? On sait aussi que les Mecquois combattirent Khalid et que ce dernier en tua un certain nombre.

En résumé, quiconque réfléchit sur ces traditions doit reconnaître que la Mecque fut enlevée de vive force. Cependant le Prophète ﷺ n'en répartit pas la terre entre les conquérants. De même, il n'en réduisit pas les habitants mâles en esclavage. Il s'empara de Khaibar de vive force et en répartit le territoire; il conquiert la Mecque de vive force, mais n'en partagea pas le territoire. On voit donc que les deux choses sont permises.

Les doctrines, sur ce point, sont au nombre de trois: l'obligation de partager les biens mobiliers, comme le soutient ach- Chafi'i; l'interdiction du partage et l'obligation de l'immobilisation, comme l'enseigne Malik; la faculté de choisir entre ces deux solutions, ce qui est admis par la majorité des savants, comme at- Thauri, Abu Hanifa, Abu 'Ubaid. Cette doctrine est aussi, de toute évidence, celle d'Ahmad, bien qu'on lui ait aussi attribué les deux premières.

#### Le mari disparu

La question la plus controversée chez les juristes, parmi celles que posent les décisions juridiques des Rashidun, est celle de la femme dont le mari a disparu (*mafqud*). Il est établi que 'Umar ﷺ obligea une femme, dont le mari avait disparu, à attendre pendant une durée de quatre ans (avant de se remarier). Au terme de ce délai, il l'autorisa à contracter un nouveau mariage. Le mari revint alors. 'Umar ﷺ lui laissa la faculté de choisir entre la femme ou la dot. Cette doctrine a été reprise par l'imam Ahmad et par d'autres docteurs.

**Thèse 1 :** Toute une catégorie de Hanbalites postérieurs soutiennent que cette décision de 'Umar ﷺ est contraire au raisonnement analogique, et que l'analogie exige que cette femme soit toujours considérée comme l'épouse légitime de son premier mari; les autres soutiennent qu'il y a effectivement dissolution du mariage et que la femme doit être considérée comme l'épouse légitime de son second mari.

La première opinion est celle d'a-Chafi'i, la seconde celle de Malik. D'autres juristes apportent un tel excès à critiquer la tradition de 'Umar ﷺ qu'ils en arrivent à dire : « *Tout jugement fondé sur l'exemple de 'Umar doit être annulé parce qu'il s'éloigne trop de l'analogie.* »

D'autres, par contre, adoptent en partie l'opinion de 'Umar. Ils disent : « *Si la femme s'est remariée, elle devient l'épouse du second, et, si ce dernier a eu avec elle commerce charnel, à plus forte raison doit-elle être considérée comme sa femme; elle ne saurait être rendue au premier.* »

**Réfutation 1:** Les adversaires de 'Umar, en l'occurrence, n'ont jamais eu la droiture du grand calife, ni sa connaissance du Qiyas sain. L'analogie, en ce cas, repose sur de solides bases. Le

principe à invoquer, dans le problème qui nous préoccupe, est la légitimité de suspendre (sous certaines conditions) l'effet d'un contrat: lorsqu'un homme dispose des droits d'un tiers, sans la pension de ce dernier, doit-on considérer ses actes comme illégitimes, ou doit-on en subordonner la légitimité à l'autorisation de ce tiers ?

A cette question répondent deux théories bien connues, qui correspondent toutes deux à deux opinions d'ibn Hanbal . La première enseigne que tous ces actes sont, en principe, illégaux, sauf dans certains cas à examiner; pour ach-Chafi'i , illégitimité est absolue. Selon la seconde, la légitimité (de ces actes) est subordonnée à la ratification de l'intéressé; telle est la doctrine d'Abu Hanifa et de Malik; elle vaut pour le mariage, la vente, le louage, etc... Dans la doctrine d'Ahmad , la plus littérale, la légitimité des actes de celui qui a disposé des droits d'un tiers sans son autorisation, mais qui, en raison d'une excuse canonique valable, n'a pu demander cette autorisation et a été, par contre, contraint d'agir comme il l'a fait, est subordonnée à la ratification de l'intéressé. Là-dessus, aucune controverse. S'il a eu la possibilité de demander l'autorisation et s'il n'a pas eu besoin d'agir de sa propre initiative, le cas est discuté.

### Objet trouvé

Citons, comme exemple de ce cas, la personne qui a chez elle des biens dont elle ignore les propriétaires, ainsi des biens qui ont été usurpés, des prêts, etc. Il lui est impossible de connaître ces propriétaires et elle désespère d'y réussir. Dans le rite d'Abu Hanufa , de Malik  et d'Ahmad , le détenteur de ces biens est autorisé à les donner en aumône au nom de leurs propriétaires inconnus. Ces derniers, s'ils viennent à se présenter, ont la faculté de choisir entre la ratification ou d'indemnisation. C'est là ce qu'enseigne la Sunna dans le cas de l'objet trouvé: celui qui trouve un objet le prend après la notification publique (*ta'rif*), et il peut ensuite en disposer: le propriétaire, qui vient alors à se présenter, a la faculté de choisir entre la ratification des décisions prises ou la revendication de l'objet: il y a donc là une disposition suspendue. La personne qui a trouvé l'objet n'a pas eu la possibilité de demander au propriétaire l'autorisation d'en faire l'usage auquel la nécessité la contraignait.

### Testament

Il en est de même du testament où le testateur dispose de plus du tiers de sa fortune. La validité de cet acte, pour la plupart des docteurs, est subordonnée à la ratification des héritiers; ceux-ci, toutefois n'ont la faculté de choisir qu'à la mort du testateur.

Revenons au cas du mari qui a disparu et dont on est sans nouvelles. La femme, en supposant qu'elle doive attendre d'avoir de ses nouvelles, n'est ni dans la condition d'une veuve, ni dans celle d'une épouse. La vieillesse et la mort pourront la surprendre avant même qu'elle n'ait eu des nouvelles de son mari. La Loi ne saurait imposer à une femme une condition semblable. On admet donc qu'au terme d'une attente de quatre années, le mari doit être considéré comme mort. Et si l'on est d'avis qu'il est permis à l'imam de prononcer la séparation par nécessité, ce n'est que par présomption de mort. On ne pourrait évidemment considérer comme disparu cet homme, si l'on savait qu'il était encore en vie. C'est en vertu du même principe que l'on peut disposer de biens dont il est impossible de connaître les propriétaires. Si l'époux revient, on apprend alors qu'il était en vie tout comme lorsque revient le propriétaire d'objets perdus.

L'imam cependant a disposé de l'épouse en prononçant la dissolution du mariage; cette séparation reste donc subordonnée à la ratification du premier mari; celui-ci peut ratifier la décision de l'imam et, si la ratification est accordée, cette séparation est comparable à une séparation avec consentement. Le mari, en ratifiant la décision de l'imam, rend effective la dissolution du mariage; le second mariage considéré par son ancienne épouse reste donc valable. S'il se refuse, par contre, à la ratifier, la dissolution du mariage est annulée seulement à partir du moment où il a choisi de reprendre sa femme, mais non auparavant. Toute chose ignorée est assimilée à une chose inexistante; ainsi, dans le cas de l'objet trouvé, si le propriétaire se fait connaître, les dispositions prises antérieurement ne sont pas annulées. La femme continue à être mariée avec son premier mari depuis que celui-ci a décidé de la reprendre et elle est son épouse légitime. Ainsi donc, celui qui revient peut, à son choix, ratifier la décision de l'imam ou la rejeter. En cas de ratification, il perd tout droit de jouissance sur sa femme.

La perte des droits de jouissance donne droit à une indemnisation pour la plupart des juristes, comme Malik , ach-Chafi'i , et dans la plus sûre des deux traditions qu'on attribue à Ahmad. L'indemnisation est ici garantie par la dot convenue (*al-musamma*), ainsi que l'enseignent Malik  et Ahmad  dans l'une des deux traditions qu'on lui attribue

Pour ach-Chafi'i , elle est garantie par la dot de convenance (*mahr al-mithl*). Ces juristes discutent surtout du cas où les témoins, après avoir affirmé que le mari avait répudié sa femme, se sont ensuite rétractés. Certains disent alors : « **On ne saurait rien exiger de ces témoins, car la perte, par le mari, de tout droit de jouissance sur sa femme ne saurait donner lieu à une indemnisation.** »

Cette opinion, qui est celle d'Abu Hanifa  et qui correspond à l'une des deux traditions remontant à Ahmad, a été adoptée par des Hanbalites postérieurs, comme le qadi Abu Ya'la  et ses élèves. Mais on dit aussi : « **Ces témoins sont tenus de payer la dot de convenance.** » Telle est l'opinion d'ach-Chafi'i  et l'un des points de vue admis dans le rite hanbalite.

On dit aussi : « **Ces témoins sont tenus de payer la dot convenue.** »

Cette opinion, qui est celle de Malik , correspond à la doctrine d'Ahmad la plus voisine du texte: lorsqu'un contrat de mariage, stipule en effet ibn Hanbal, a dû être annulé à la suite de la constatation d'une parenté par allaitement, le mari a le droit de réclamer la dot convenue.

Le Livre et la Sunna établissent cette doctrine. Allah  dit, en effet, dans la sourate al-Mumtahana :

❖ **Réclamez ce que vous avez dépensé et qu'ils réclament ce qu'ils ont dépensé...** ❖

Et aussi :

❖ **Donnez à ceux dont les épouses sont absentes ce qu'ils ont dépensé** ❖

<http://bibliotheque-islamique-coran-sunna.over-blog.com/>

Il s'agit là de la dot convenue et non de la dot d'équivalence. De même, le Prophète ﷺ a ordonné au mari, après la dissolution du mariage par consentement réciproque, de réclamer à sa femme ce qu'il lui avait donné, et non point la dot d'équivalence. Or, le Prophète ﷺ, ainsi que nous l'avons montré ailleurs, a ordonné de respecter la justice dans tout contrat d'échange de quelque nature qu'il soit (*mutlaqan*). La tradition attribuée à 'Umar رضي الله عنه repose, elle aussi, sur ce principe.

Les Compagnons رضي الله عنهم ont donc unanimement admis la ratification conditionnelle des contrats conclus en cas de nécessité. De nombreux exemples le prouvent. Nul, à ma connaissance, n'a nié ce fait. On connaît l'histoire d'ibn Mas'ud رضي الله عنه. qui avait acheté une esclave. Ne retrouvant plus le maître pour lui en verser le prix, il décida de donner cette somme en aumône en son nom. C'est conformément à ce principe que procède le collecteur (du butin) qui donne en aumône ce butin, lorsqu'il lui est impossible d'en assurer la répartition entre les troupes.

Mu'awiya رضي الله عنه (a confirmé cette règle) en ce cas et en plusieurs autres encore.

Nous irons plus loin et nous dirons: on devra admettre que tout contrat peut être soumis, d'une façon générale, à une ratification conditionnelle.

Cette doctrine est canoniquement la mieux fondée; elle est professée par la grande majorité des juristes; loin d'entraîner un préjudice, elle permet au contraire une harmonisation parfaite des droits. L'homme parfois estime qu'il peut acheter pour le compte d'un tiers, ou vendre en son nom, ou louer, ou s'engager pour lui, puis venir soumettre ces opérations à son approbation. Si ce dernier accepte, tout est parfait, et il n'y aura rien là qui puisse lui porter le moindre dommage. Il en est de même lorsque le tuteur marie sa pupille, etc. En cas de besoin, procéder de la sorte est une nécessité. Dans le cas donc de la disparition du mari, le droit qu'a l'imam de disposer de l'épouse est subordonné à l'autorisation du mari, dans l'hypothèse où ce dernier réapparaît. De même, le libre usage que l'on a pu faire d'un objet trouvé est subordonné à la ratification du propriétaire, si toutefois ce dernier vient à être connu.

Les juristes qui exigent la restitution de la dot font valoir que le mari perd tout droit de propriété sur sa femme. Ils discutent cependant de (la nature de) la dot qu'il est autorisé à réclamer. Est-ce la dot que lui-même a versée à sa femme, ou est-ce celle que le second mari a payée ?

Deux opinions sont attribuées à Ahmad رضي الله عنه. En toute justice, il ne peut réclamer que la dot qu'il a lui-même versée; c'est à cela qu'il a droit, il n'a, par contre, aucun droit sur la dot payée par le second mari.

Si le premier considère le second comme responsable du remboursement de la dot, ce dernier a-t-il à son tour le droit de se retourner contre sa femme pour être indemnisé? Deux doctrines s'affrontent. Selon les uns, le second mari a ce droit, car c'est elle qui a touché la dot; il lui a, en effet, versé la dot qu'il lui devait et on ne saurait imposer à un homme le versement de deux dots à la différence de la femme (qui, elle, peut en recevoir deux). La femme, en acceptant de se séparer de son premier mari et d'épouser le second est tenue de rendre la dot, car la séparation est venue de son fait. Selon les autres, le second mari n'a pas le droit de se retourner contre sa femme. La femme a droit à la dot en compensation de la livraison de sa

personne. Le (premier) mari est cependant autorisé à réclamer la restitution de la dot, puisqu'il a perdu tout droit de jouissance sur sa femme. Le paiement des deux dots incombe donc au second mari.

Cette tradition de 'Umar , concernant le mari disparu, est considérée par de nombreux juristes comme inconciliable avec l'analogie. Certains même, et des plus éminents, sont allés jusqu'à soutenir, en la matière, les idées les plus discutables. Il n'en demeure pas moins que cette tradition est des plus authentiques et des plus conformes à la saine analogie. Toute autre thèse est une erreur.

Comment soutenir que la femme est immédiatement rendue au premier (*mari*), sans que celui-ci ait choisi de la reprendre ou l'ait désirée, alors que la séparation a été légalement prononcée entre eux, et que lui-même a ratifié cette séparation? En effet, s'il apparaît à l'imam que les choses sont le contraire de ce qu'il croyait, le droit appartient au premier mari et si ce dernier ratifie la décision de l'imam, toute difficulté s'évanouit.

Il est de même erroné de soutenir que la femme reste, en toute circonstance, l'épouse du second, même si son premier mari revient et que la décision de l'imam ne soit plus justifiée par les faits. Le premier mari, en effet, n'a jamais répudié sa femme; a paration prononcée par l'imam l'a été pour une raison qui ne se justifie plus. Il est donc impossible de refuser au premier mari sa femme s'il vient la réclamer. On lui rendrait ses biens ou leur équivalent s'il venait les réclamer. Comment alors lui refuser sa femme puisqu'une famille lui est plus chère que ses biens ?

Le second mari, objectera-t-on, a cependant acquis un droit sur la femme. Mais nous pourrions répondre que les droits du premier mari sont antérieurs à ceux du second, et que la raison qui fondait les droits de ce dernier a disparu avec le retour du premier. Pourquoi donc respecter les droits du second et méconnaître ceux du premier?

La véritable doctrine correspond à la décision de 'Umar ibn al-Khattab . Si donc ils peuvent, dans de semblables difficultés, avoir raison contre Abu Hanifa, Malik et ach-Chafi'i , à plus forte raison les Compagnons seront-ils dans la vérité lorsqu'ils s'accordent avec ces docteurs.

J'ai longuement médité sur ce sujet, et je suis arrivé à cette conclusion que les Compagnons étaient de beaucoup les hommes les plus sages et les plus savants de la Communauté. J'en ai eu la conviction dans les questions des serments où l'on formule un vœu, un affranchissement, une répudiation, etc., dans la question de la subordination de la répudiation à certaines conditions, etc. J'ai exposé, dans tous mes écrits, que les traditions remontant aux Compagnons étaient les plus sûres, aussi bien en tant que jugements (*qada'*) qu'au point de vue de l'analogie (*qiyas*). Elles sont canoniquement établies par le Coran, la Sunna et tout syllogisme juste. Toute autre affirmation est contraire au raisonnement et aux textes. Il en est de même dans d'autres questions, comme celle de l'enfant de la femme qui a fait l'objet d'un serment d'anathème, de la répudiation, celle de l'héritage de l'apostat ainsi que beaucoup d'autres. Je n'ai jamais trouvé là-dessus, d'opinions plus sûres que celles qui remontent aux Compagnons. Je n'ai pas encore rencontré de thèse attribuée aux Compagnons, et sur laquelle tous ont été d'accord, sans que celle-ci fût, du même coup, conforme à l'analogie.

La science qui décide de la rectitude ou de la fausseté de l'analogie est l'une des sciences les plus nobles. Seuls peuvent y découvrir la vérité ceux qui ont pénétré les fins dernières et cachées de la Loi, qui sont sensibles à son infinie beauté, qui ont compris de quelle suprême utilité elle est pour les hommes en ce monde et dans l'autre, qui savent quelle sagesse

profonde est la sienne, de quelle clémence et de quelle infinie justice Allah ﷻ l'a nourrie.

C'est de Dieu que tout procède et c'est à Lui que tout revient.