

logo not found or type unknown

Title Des origines du droit musulman à la Risāla d'al-Shāfi'ī / par Philippe Rancillac

Contained in MIDÉO : Mélanges de l'Institut dominicain d'études orientales du Caire / Direction : Georges Shehata Anawati, (puis) Régis Morelon, (puis) Emilio Platti, (puis) Emmanuel Pisani, (puis) Dennis Halft

Volume 13 (1977)

pages 147-169

URL <https://ideo.diamondrda.org/manifestation/66958>

# DES ORIGINES DU DROIT MUSULMAN

## A LA *Risāla* D'AL - SHAFI'Ī

par

**Philippe Rancillac**

Ayant présenté dans M.I.D.E.O. 11 (1972), p.127-236, une traduction française de la seconde partie de la *Risāla* d'al-Shāfi'ī, nous nous proposons ici de manifester la place primordiale qu'occupent ce texte et cet auteur dans la constitution progressive du droit musulman aux deux premiers siècles de l'hégire. Aussi pour comprendre le sens et l'importance de l'oeuvre d'al-Shāfi'ī il nous a paru indispensable d'examiner auparavant le travail accompli par ses prédécesseurs et de suivre les différents courants de pensées juridiques qui se sont formés à partir de la mort du Prophète jusqu'à l'entreprise de l'auteur de la *Risāla*. Nous présenterons donc d'abord l'histoire des origines du droit musulman, puis l'apport personnel et le système juridique d'al-Shāfi'ī lui-même, enfin le statut du savoir établi selon nous par al-Shāfi'ī dans la seconde partie de sa *Risāla*.

### I — LES ORIGINES DU DROIT MUSULMAN

Selon une doctrine traditionnelle que critique Emile Tyan<sup>(1)</sup>, la plupart des auteurs musulmans anciens, s'ils ont reconnu le caractère profane des institutions gouvernementales et administratives en pays d'Islam, ont unanimement soutenu "le caractère religieux et la filiation coranique des règles du droit privé" en masquant les origines véritables du droit musulman. Mais une critique historique sérieuse de ces origines y révèle une influence déterminante des institutions et coutumes juridiques des pays où l'Islam s'est développé. Cette histoire du droit musulman ayant été déjà très étudiée, nous l'emprunterons aus travaux scientifiques de quelques grands orientalistes modernes : I. Goldziher, M.

---

(1) E. Tyan : *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. tome I. Paris 1938. "Le problème des origines", pp. 13-138.

Gaudefroy-Demombynes, E. Tyan et surtout le professeur Schacht. Nous constaterons d'ailleurs que les opinions de ces différents historiens des origines du droit musulman sont dans l'ensemble concordantes et complémentaires.

### 1. La jurisprudence pré-islamique.

Avant d'être une science du droit, grâce à al-Shāfi'ī en particulier, le *fiqh* musulman commença par être une jurisprudence arabe, c'est-à-dire une pratique judiciaire reposant sur les coutumes pré-islamiques et marquée progressivement de l'empreinte du Coran qui lui donna son caractère propre et en fit une jurisprudence musulmane.

En effet avant l'Islam vivait dans la presque île arabe une société arabe tribale, répartie dans les oasis du désert mais aussi dans un certain nombre de cités telles que la Mecque et Médine, centres de commerce et d'échanges. En dehors du domaine restreint de l'homicide dans lequel l'Arabie pré-islamique ne connaissait que la justice privée et la loi du talion (*tha'r*)<sup>(1)</sup>, on avait recours à un arbitrage volontaire pour tous les autres différends surgissant entre individus, clans ou tribus à propos d'accords et de contrats d'ordre commercial et agricole, familial et successoral, et même à propos de prééminence nobiliaire et morale (*munāfara*)<sup>(2)</sup>.

En l'absence en effet d'une autorité politique organisée et d'une magistrature établie, les litiges étaient soumis à un juge-arbitre (*hakam*) choisi, avec l'accord des parties, parmi les hommes qui, par leurs qualités personnelles, s'imposaient au respect de tous, mais qui avaient aussi la liberté d'accepter ou de refuser ce rôle d'arbitre.<sup>(3)</sup> Beaucoup d'entre eux étaient les prêtres-devins de l'idolâtrie arabe (*kāhin*). Les évêques des tribus chrétiennes de Najran et les *Ahbār* parmi les juifs d'Arabie exerçaient aussi les fonctions de *hakam* en raison de leur caractère religieux. Les litiges occasionnés par les transactions commerciales dans les grandes foires étaient réglés par un *hakam* "juge du marché"<sup>(4)</sup>. "La décision du *hakam*, qui était définitive, n'était pas un jugement exécutoire,

(1) Cf. E. Tyan : *Histoire de l'organisation* . . t. I, p. 32-38.

(2) Cf. E. Tyan : *idem*, p. 46-48.

(3) Cf. E. Tyan : *Histoire de l'organisation* . . t. I, p. 38-65. Cf. J. Schacht : *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, traduit de l'anglais par J. et F. Arin, Paris 1953. p. 10-11.

(4) Cf. E. Tyan : *idem*, p. 53-59.

mais plutôt une proposition de droit sur un point contesté. Elle devenait donc aisément une expression autorisée de ce qu'était ou devait être loi; la fonction d'arbitre débouchait sur celle de législateur, d'énonciateur qualifié de la coutume légale normative ou *sunna*; les arbitres appliquaient et en même temps développaient la *sunna*; c'était la *sunna*, avec derrière elle la force de l'opinion publique, qui avait en premier lieu imposé la procédure de négociation et d'arbitrage. Bien que profondément modifiées par l'Islam, ces conditions ont laissé des traces durables dans le droit islamique."<sup>(1)</sup>

## 2. L'apport du Prophète.

Muhammad apporta une innovation provocante, en s'opposant en particulier à certaines habitudes ancestrales comme le culte des idoles. Selon E. Tyan<sup>(2)</sup>, l'opinion traditionnelle musulmane désignait le Prophète comme le fondateur d'une organisation judiciaire officielle et le présentait comme unique *hakam* de la nouvelle communauté allant même jusqu'à nommer des *qādis* (fonctionnaires d'état investis d'une autorité publique). Or, comme le fait remarquer E. Tyan, "lorsqu'on parcourt l'oeuvre de Mahomet, on acquiert facilement la conviction que, comme il n'a pas introduit un nouveau système de législation, il n'a pas entendu institué un nouveau système de juridiction"<sup>(3)</sup>.

Muhammad en effet se présenta d'abord comme un prophète qui parlait de réforme des moeurs et de salut au nom d'une parole de Dieu dictée dans le Coran. Son autorité fut d'abord celle du chef religieux de la communauté des croyants, Dieu seul étant législateur et juge suprême en Islam. Ce que visa d'abord Muhammad, ce fut d'apprendre aux hommes à vivre vertueusement en vue d'entrer au Paradis, et cela en respectant, au nom de la religion, les normes de la justice établie par la pratique des siècles passés. Sa mission religieuse et ses qualités personnelles lui valurent d'arbitrer certaines discussions tribales à Médine. Il exhorta avec insistance ses nouveaux adeptes à le choisir comme

(1) J. Schacht : *Esquisse* .., p. 11.

Cf. J. Schacht : *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford; The Clarendon Press; 1950. p. 58.

Cf. M. Gaudefoy-Demombynes : *Mahomet* Paris; Albin Michel; (1957) 1969. p. 29.

(2) Cf. E. Tyan : *Histoire de l'organisation* .. t. I, p. 90-97.

(3) E. Tyan : *idem*, p. 85.

arbitre de leurs différends de préférence aux autres *hakams*, prérogative à laquelle il attachait beaucoup d'importance, ce qui le fit devenir peu à peu le garant de l'administration de la justice (cf. Coran : 4.68 / 65). Mais loin de s'ériger en juge unique (*qāḍī*), il continua à appliquer le système d'arbitrage pratiqué aux temps pré-islamiques<sup>(1)</sup>. Ceci ne veut pas dire pourtant qu'il n'ait pas modifié progressivement par une nouvelle réglementation inspirée du Coran certains modes anciens de comportement. Ainsi fut-il amené à améliorer le sort des femmes et des êtres faibles en général, à adoucir la pratique du talion et de la vengeance, à interdire les boissons enivrantes, le jeu, l'usure, et à créer une communauté des croyants à la place de l'antique organisation tribale. Ce furent là "non des règles de droit, mais des règles d'action" destinées à garantir les personnes et à esquisser un idéal de perfection religieuse et morale<sup>(2)</sup>.

### 3. Sous les califes Omayyades : les qadis.

Le premier siècle de l'Islam, après la mort du Prophète, est une période importante pour l'évolution de la jurisprudence musulmane et la naissance du droit, car c'est à ce moment-là qu'apparaissent progressivement des institutions juridiques propres à l'Islam. Nous allons voir comment.

A l'époque des premiers califes al-Rāshidūn de Médine, jusque vers la moitié du Ier siècle de l'hégire, "toutes les préoccupations des chefs de l'Islam n'avaient pour objet que les opérations guerrières de la conquête, exclusion faite de toute idée d'organisation politique et, plus encore, judiciaire".<sup>(3)</sup> Aussi l'ancien système d'arbitrage et le droit coutumier arabe persistèrent, sans qu'aucune base ne soit encore posée du futur système islamique de l'administration de la justice. Bien plus, selon J. Schacht et I. Goldziher<sup>(4)</sup>, l'ancienne idée arabe de *sunna*, coutume

(1) Cf. E. Tyan : *Histoire de l'organisation*., t. I, p. 85-90. J. Schacht, *Esquisse* ..., p. 11-13.

(2) Cf. J. Schacht, *idem*, p. 13-15.

(3) E. Tyan, *idem*, p. 113. Cf. aussi, p. 98-113. Cf. Schacht, *Esquisse*., p. 15-16.

(4) Cf. Schacht, *Esquisse*.. p. 17.

I. Goldziher *Etudes sur la tradition islamique*, extraites du tome II des *Muhammedanische Studien*, traduites par L. Bercher; Adrien - Maisonneuve; Paris; 1952 p. 14ss.

ancestrale et précédent traditionnel, se réaffirma plus vivante que jamais à Médine, comme expression du conservatisme des Arabes et comme garantie d'assurer un certain équilibre de vie contre toute innovation dangereuse (*bid'a*). Seulement le contenu du concept pré-islamique de *sunna* fut modifié au profit des normes juridiques de la nouvelle religion des conquérants au fur et à mesure que celle-ci était acceptée par tous. C'est ainsi que l'Islam lui-même devint la *Sunna* par excellence.

Cependant le droit musulman, au sens technique du terme, n'existant pas encore et le Coran ne s'opposant pas formellement dans le détail à l'adoption de techniques judiciaires étrangères, les musulmans en vinrent tout naturellement à adopter comme une chose normale "les institutions juridiques et administratives des territoires conquis précédant du droit romain-byzantin (y compris le droit romain provincial), du droit perse sassanide, du droit talmudique et du droit canon des églises orientales".<sup>(1)</sup> Comme ils maintinrent dans tous les organismes de gouvernement et d'administration, en particulier judiciaire, la langue des pays occupés et le personnel non-musulman, ils empruntèrent aussi à ces pays "des notions et principes juridiques, . . . des méthodes de raisonnement logique et l'idée du *consensus des savants*"<sup>(2)</sup>, sans toutefois imiter systématiquement les différentes législations des pays progressivement soumis à l'Islam.

Les califes Omayyades (62-132 de l'hégire), installés à Damas, poursuivirent la guerre contre les Byzantins et autres ennemis extérieurs, organisant à leur profit les nouveaux territoires annexés. Il s'ensuivit un progrès dans le domaine de l'administration des biens, de la perception des impôts (droit fiscal) et du droit de la guerre.

Mais surtout "ce sont les califes Omayyades, ou plutôt leurs gouverneurs, qui prirent l'importante initiative de nommer les juges islamiques ou *qāḍis*. La charge de *qāḍi* fut créée dans et pour la nouvelle société islamique qui naissait, sous les conditions nouvelles résultant de la conquête arabe, dans les centres urbains du royaume arabe, société à laquelle l'arbitrage de l'Arabie préislamique et de la première période de l'Islam n'était plus adéquat. Le *hakam* arabe fut supplanté par le *qāḍi* musulman, et le *qāḍi* était un délégué du gouverneur".<sup>(3)</sup> Cette

(1) J. Schacht, *Esquisse*, p. 18.

(2) J. Schacht, *idem*, p. 19.

Cf. E. Tyan, *Histoire de l'organisation*, t. I, p. 120-129.

(3) J. Schacht, *Esquisse*, p. 20-21.

Cf. E. Tyan, *Histoire de l'organisation*, t. I, p. 114ss.

nouvelle institution joua un rôle déterminant pour la fondation et le développement du droit musulman, les décisions des *qādis* établissant peu à peu la pratique judiciaire au commencement du III<sup>e</sup> siècle de l'hégire. En l'absence d'un texte coranique explicite pour juger de tel ou tel cas, ces *qādis* exercèrent leur propre discernement (*ra'y*) et essayèrent de trouver avec le Coran des similitudes, des rapprochements, des analogies, pratiquant déjà plus ou moins consciemment le raisonnement analogique (*qiyās*).

La charge de *qādi* en vint rapidement à se spécialiser et fut confiée à des hommes pieux, au courant des choses de l'administration et désireux d'harmoniser le droit coutumier avec les normes religieuses et morales du Coran. Ces pieux personnages furent des "spécialistes" de la jurisprudence. Selon J. Schacht, "ils achevaient sur une bien plus grande échelle et d'une manière beaucoup plus détaillée ce que le Prophète avait tenté de faire pour la première communauté islamique de Médine. Par suite, la pratique populaire et administrative de la deuxième période omayyade fut transformée en droit musulman"<sup>(1)</sup>, pratique dont ces *qādis* n'hésitaient pas parfois à se séparer par souci de fidélité au Coran et à l'authentique tradition musulmane. Il faut noter toutefois, à la suite de E. Tyan<sup>(2)</sup>, que la charge de *qādi* était limitée à l'exercice de la justice pour les diverses communautés musulmanes existant dans chaque ville, les gouverneurs désignant par ailleurs pour les non-musulmans des *hākim des dhimmi* chargés des procès de leurs coreligionnaires, ceux-ci ayant conservé leur juridiction propre, leurs lois et leurs tribunaux.

#### 4. Les premières Ecoles Juridiques.

Le nombre croissant de ces *qādis*-spécialistes et les divergences de leurs tendances et de leurs méthodes donnèrent naissance, à partir du I<sup>er</sup> siècle de l'hégire, à ce que J. Schacht appelle les "anciennes écoles juridiques" et que I. Goldziher nomme les "tenants de l'opinion personnelle" (*aṣḥāb ar-ra'y*). "Les traditions ayant force de loi ne s'étaient pas encore manifestées, au I<sup>er</sup> siècle, en nombre suffisant pour pourvoir à la réglementation de tous les cas d'espèce. Avec ce matériel déficient, il fallait maintenant faire face à tous les aspects du droit (*fiqh*). Si l'on ne voulait pas avoir recours à des falsifications nouvelles et à des traditions inventées de toutes pièces pour combler les lacunes de ce matériel

(1) J. Schacht, *Esquisse.*, p. 23.

(2) Cf. E. Tyan, *Histoire de l'organisation.*, t. I, p. 125-126.

de base, il fallait bien que l'on traitât par voie spéculative le peu que l'on avait en usant de tous les moyens de déduction juridique - qu'il fallait d'abord créer - et que l'on construisît un édifice juridique en usant des grandes latitudes que l'on s'octroyait dans cette déduction".<sup>(1)</sup> Ces sortes d'écoles se développèrent, surtout à titre privé, dans les divers centres du monde islamique. Les écoles de Kūfa et de Bašra en Iraq furent certainement les plus importantes et influencèrent considérablement les autres, celles de Médine et de la Mecque au Hijāz et celle de Syrie, l'Égypte n'ayant point d'école propre et subissant surtout l'influence de l'école médinoise.

Ces écoles, selon J. Schacht, prirent très au sérieux les données religieuses et éthiques du Coran que l'on avait jusque là plus ou moins négligées dans la pratique judiciaire. Elles essayèrent d'en tirer des normes s'appliquant aux branches du droit dont la législation coranique n'embrassait pas le détail. Malgré certaines divergences dans l'adaptation de la loi de la Mecque et de Médine aux différentes situations locales, elles adoptèrent en gros une même attitude à l'égard de la pratique omayyade grâce à l'existence d'un corps important de doctrines communes concernant le droit positif religieux.<sup>(2)</sup>

Une idée chère à ces "anciennes écoles juridiques" fut celle de la "tradition vivante de l'école" telle qu'on pouvait la voir s'exprimer à chaque époque chez ses représentants les plus qualifiés. Cette tradition vivante prit la relève de la vieille notion de *sunna* et acquit de ce fait la valeur normative d'une pratique ancienne, d'un précédent bien établi.<sup>(3)</sup> S'y ajouta l'idée du "consensus des savants" représentant l'opinion commune professée en un même temps par la majorité des savants d'une même école.<sup>(4)</sup> Ce consensus, distinct de l'accord universel de tous les croyants, acquit au cours du II<sup>e</sup> siècle de l'hégire une importance considérable, alors même qu'il était limité au siège de chaque école. D'abord et longtemps anonyme, il fut cependant référé peu à peu à certaines grandes figures du passé. Ainsi les juristes de Kūfa le firent-ils remonter

(1) I. Golziher, *Etudes sur la tradition islamique*, p. 88ss.

(2) Nous résumons ici la position de J. Schacht concernant ce qu'on pourrait appeler le traditionnisme des anciennes écoles juridiques. Cf. *Esquisse*, p. 24-29 et *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, p. 213-218.

(3) Cf. J. Schacht, *The Origins ...*, ch. 7, p. 58, 68-69, 80-81.

(4) Cf. J. Schacht, *The Origins ...*, ch. 8, p. 82-78.

Un bel exemple de ce consensus des savants de Médine est mentionné par al-Shāfi'ī dans sa *Risāla*, No. 1556-1559.

jusqu'à Ibrahim Nakhā'ī (m. 95 ou 96 / 713 ou 714)<sup>(1)</sup>, pieux spécialiste du rituel et des questions purement religieuses, puis jusqu'aux "Compagnons d'Ibn Mas'ūd" pris comme garants de la transmission authentique et ininterrompue de la pratique et de la doctrine correctes, enfin jusqu'à Ibn Mas'ūd lui-même<sup>(2)</sup>, Compagnon du Prophète qui devint l'éponyme de l'école de Kūfa. Ceux de Médine se référèrent aux "Sept Jurisconsultes de Médine" dont le plus éminent était Sa'īd b. al-Mussayyib (m. 93 ou 94 / 711 ou 712)<sup>(3)</sup>, Compagnon du Prophète; puis ils adoptèrent comme autorités le calife 'Umār (m. 23 / 644)<sup>(4)</sup> et son fils Ibn 'Umār. Ceux de la Mecque enfin choisirent pour éponyme Ibn 'Abbās<sup>(5)</sup>, Compagnon du Prophète. Cette référence aux Compagnons du Prophète s'appelait *taqlid*.<sup>(6)</sup> Un pas restait à franchir, celui de rattacher ce consensus des savants non plus seulement aux Compagnons mais directement au Prophète lui-même. Cela se fit en Iraq où l'ensemble de la pratique de la communauté locale et de la doctrine des savants fut appelé "Sunna du Prophète", sans qu'on utilise encore sérieusement des traditions venant de lui. La tradition vivante de l'école et le consensus des savants finirent ainsi par s'identifier avec la *Sunna* des Compagnons du Prophète et celle du Prophète lui-même. Ce sera le mérite et la grande innovation de al-Shāfi'ī que de mettre en valeur et de définir exactement ce qu'il faut entendre par *Sunna* du Prophète.

### 5. La réaction des Traditionnistes.

Le développement et l'importance des "anciennes écoles juridiques" se réclamant des Compagnons du Prophète, s'exerçant à la réflexion personnelle (*ra'y*) et au raisonnement analogique (*qiyās*) sur les données coraniques, ne manquèrent pas de susciter un sérieux mouvement d'opposition dans l'ensemble du monde musulman et plus particulièrement à Kūfa, quartier général du calife 'Alī (m. 40 / 661), et à Médine. Ce mouvement d'opposition de ceux qu'on appela les "Tradi-

(1) Cf. J. Schacht, *The Origins* .. p. 233-237.

(2) Cf. J. Schacht, *idem*, p. 231-233.

(3) Cf. J. Schacht, *idem*, p. 243-246.

(4) Cf. J. Schacht, *idem*, p. 25-26.

(5) Cf. J. Schacht : *idem*, p. 249-252.

(6) Cf. J. Schacht : *idem*, p. 6, note 2 et p. 18.

tionnistes”<sup>(1)</sup> ou, selon Goldziher, les “adhérents de la Tradition” (*aṣḥāb al-ḥadīth*)<sup>(2)</sup>, fut, d’après Schacht, “l’évènement le plus important de l’histoire du droit musulman au II<sup>e</sup> siècle de l’hégire, produit naturel et prolongation naturelle d’un mouvement d’inspiration religieuse et morale en opposition avec les anciennes écoles juridiques”. Les écoles juridiques elles-mêmes représentaient un mouvement islamique d’opposition à la pratique populaire et administrative des derniers Omayyades, et le groupe d’opposition dont sont issus les Traditionnistes accentua cette tendance”<sup>(3)</sup>.

Il y a lieu de préciser ici que ce fut la chute des califes Omayyades accusés de “mondanité” et l’arrivée au pouvoir des califes ‘Abbasides de Bagdad en 132 de l’hégire qui permirent aux Traditionnistes de remettre en valeur l’importance primordiale et normative de la véritable *Sunna* du Prophète. En effet, selon I. Goldziher et J. Schacht,<sup>(4)</sup> les ‘Abbasides fondèrent leur souveraineté sur leur appartenance à la famille du Prophète, sur un régime conforme à la *Sunna* et aux exigences de la Religion, ainsi que sur un pouvoir central puissant de style persan. Tous les services de l’état furent centralisés, en particulier celui de la justice confié à des *qāḍīs* directement investis par le calife; et l’on vit apparaître à Bagdad, sous le règne de Harūn al-Rashīd, le poste de *qāḍī al-quḍāt* dont “l’institution, nous dit E. Tyan, fut le signe le plus caractéristique de l’organisation de la justice en Islam”<sup>(5)</sup>. La loi divine devant régler tous les détails de la vie civile, il fallut bien la préciser, et ce fut là l’oeuvre des *fuqahā* traditionnistes.

En effet<sup>(6)</sup> les Traditionnistes se présentèrent comme les défenseurs intransigeants et passionnés des valeurs religieuses et morales de l’Islam

(1) Cf. J. Schacht : *The Origins.*, p. 253-256 et autres références dans les notes de ces pages.

(2) Cf. I. Goldziher : *Etudes sur la tradition.*, p. 91-92.

(3) J. Schacht : *Esquisse.*, p. 31.

(4) Cf. J. Schacht : *Esquisse* .. p. 43-50.

I. Goldziher : *Etudes sur la tradition.*, p. 83-88; *Le dogme et la loi de l’Islam: Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane.* Trad. de F. Arin; Paris 1920. p. 39-41.

(5) E. Tyan : *Histoire de l’organisation.*, t. I, p. 182 et aussi p. 176-185. Cf. J. Schacht : *Esquisse.*, p. 43-45.

(6) Nous résumons dans les pages qui suivent la position de J. Schacht concernant l’opposition des “anciennes écoles juridiques” et des Traditionnistes, et ce qui en résulta pour la science du *fiqh*. Cf. *Esquisse.*, p. 30-36.

et se réclamèrent pour cela des traditions (*aḥādith*) formelles du Prophète qui, selon eux, primaient toute tradition vivante d'école et toute référence aux Compagnons. Ils furent donc des spécialistes de la transmission des traditions et de la critique de leurs *isnāds*, c'est-à-dire des chaînes de leurs transmetteurs. A l'encontre des savants des "anciennes écoles juridiques", ils refusaient en principe et au nom d'arguments souvent discutables d'admettre le *Ḥadith murṣal* et *munqatī'* ayant un *isnād* interrompu, acceptant en revanche l'information traditionnelle rapportée du Prophète par un seul transmetteur digne de foi (*khābar al-wāḥid*). Leur souci fut donc de trouver des traditions formelles du Prophète et d'en mettre en circulation, sous les plus louables motifs, quitte à se retrancher parfois derrière ces paroles discutables certes, mais couramment attribuées au Prophète lui-même : "Les dires à moi attribués qui sont en accord avec le Coran sont de moi, que je les aie réellement prononcés ou pas", ou encore : "Quelque parole bonne que ce soit, je l'ai dite". Selon J. Schacht toujours, les Traditionnistes répugnant à toute espèce de raisonnement humain et d'élaboration personnelle, montrèrent sans doute, à quelques exceptions près, une certaine étroitesse d'esprit et un certain rigorisme.

## 6. La naissance du droit scientifique musulman.

Le résultat de cette opposition entre le mouvement des Traditionnistes et celui des "anciennes écoles juridiques" fut la convergence et l'osmose de ce deux courants de pensées et la constitution progressive, dès le II<sup>e</sup> siècle de l'hégire, de la science du droit véritablement musulman (*fiqh*).

En effet les écoles durent faire face à l'avancée des Traditionnistes et utiliser pour cela les mêmes armes qu'eux. Si elles minimisèrent par interprétation les traditions du Prophète qu'on leur brandissait, elles apprirent à couler leurs propres positions doctrinales et leur pratique dans le moule d'autres traditions venant, en principe aussi, du Prophète. Ceci ne fit que multiplier les traditions, et les Traditionnistes virent par là même triompher leurs thèses, même si les écoles gardèrent leurs doctrines, n'acceptant que les traditions du Prophète cadrant avec leurs propres traditions vivantes.

Par ailleurs ne fit que se développer la tendance des premiers spécialistes *qāḍīs* à utiliser un début de raisonnement analogique (*qiyās*) pour essayer de sauver une certaine cohérence dans l'application des

principes juridiques tirés du Coran. Cette activité rationnelle et l'emploi de plus en plus systématique de la pensée logique qui virent le jour dans les "anciennes écoles juridiques" et plus particulièrement en Iraq influencèrent les Traditionnistes dans leur propre justification de l'usage des traditions venues du Prophète. Parallèlement, certaines sentences condensant le résultat de la pratique judiciaire et de la doctrine des écoles prirent la forme de traditions selon le processus mentionné plus haut. Telles sont par exemple : "Ni répudiation, ni affranchissement sous contrainte" et "Le profit est lié à la responsabilité", cette dernière maxime revenant plusieurs fois dans la seconde partie de la *Risāla* d'al-Shāfi'ī.

Concluons avec J. Schacht que si "le raisonnement fut inhérent au droit musulman dès ses débuts" et si "l'élément de discernement personnel et d'opinion individuelle précéda... le développement des traditions, particulièrement les traditions du Prophète, ce ne fut que grâce au succès essentiel des Traditionnistes que la plus grande partie de ce qui, à l'origine, était décisions arbitraires de savants fut mis sous forme de traditions".<sup>(1)</sup> A partir de la moitié du IIe siècle de l'hégire, le terrain était préparé pour que puisse voir le jour l'oeuvre de systématisation doctrinale d'un al-Shāfi'ī fidèle à la Tradition en même temps que logicien éprouvé.

## II — LE SYSTEME JURIDIQUE D'AL-SHAFI'Ī

S'il ne nous est pas possible dans le cadre de cet article de porter un jugement critique sur le détail de cette histoire des origines du droit musulman telle que nous venons de l'exposer à la suite de quelques grands orientalistes modernes, l'ensemble nous paraît pourtant tout à fait éclairant pour comprendre les positions qui sont celles d'al-Shāfi'ī dans sa *Risāla*. Voyons en effet comment al-Shāfi'ī voulut être à la fois un traditionniste et un technicien du raisonnement juridique.

### 1. Le traditionniste.

Vivant dans ce siècle de floraison incroyable de traditions, et au moment où les grands *muhaddithūn* essaient de critiquer les *hadiths* avant

(1) J. Schacht : *Esquisse.*, p. 34-36.

de les enregistrer et de les collectionner, al-Shāfi‘ (150 - 204 / 767 - 820) est le premier grand savant que nous connaissions à faire ce travail de critique systématique des traditions, afin d’en limiter le nombre aux plus certaines tout en cherchant une certaine cohérence dans la doctrine, et à proposer un ensemble de procédés techniques et de raisonnements juridiques aptes à jeter les bases d’une véritable science du droit musulman conforme à la Sunna du Prophète et au Coran. En cela, al-Shāfi‘ est loin d’être un anti-intellectualiste.

Se considérant comme membre de l’école médinoise, à laquelle il restera toujours sentimentalement attaché après y avoir été disciple du grand Mālik b. Anas une dizaine d’années, et ceci même au plus fort de sa polémique contre les “anciennes écoles juridiques”, celle d’Iraq en particulier, al-Shāfi‘ n’en défendit pas moins avec acharnement la thèse essentielle des Traditionnistes qui, grâce à lui, obtint définitivement gain de cause dans le monde de la pensée juridique musulmane. Pour lui comme pour les Traditionnistes en effet, rien ne saurait primer l’autorité d’une *sunna*, c’est-à-dire d’une tradition formelle, authentique et confirmée du Prophète, qu’il s’agisse des opinions référées aux Compagnons du Prophète par les savants des écoles - car “rare est ce en quoi ils ont divergé, sans que nous y trouvions pour nous un indice pris du Livre de Dieu ou de la Sunna de son Apôtre, ou obtenu par raisonnement analogique sur les deux ou sur l’un des deux” (*Risāla*, no. 1682. cf. no 1600 - 1603<sup>(1)</sup>) ou qu’il s’agisse de la pratique inaugurée par tel ou tel calife - car “s’il existe une *sunna*, il est du devoir de ‘Umar lui-même d’abandonner sa pratique personnelle, comme il est du devoir des gens d’abandonner toute pratique en désaccord avec la *Sunna* qu’on a trouvée, et de considérer comme nulle l’affirmation selon laquelle la Sunna n’est solidement établie que par une information venant après elle; . . . une chose en désaccord avec elle ne peut l’affaiblir”. (*Risāla*, no 1171) Les traditions formelles du Prophète, ne seraient-elles rapportées que par une chaîne de transmetteurs uniques (Voir à ce sujet le très long chapitre de la *Risāla* sur le *Khabar al-wāḥid* : no 998-1100), prévalent sur toute “tradition vivante” d’une école, car elles constituent la seule et véritable “Sunna du Prophète”.

Dès lors al-Shāfi‘i en vint à négliger presque totalement le “consensus des savants” qui lui paraissait sujet à caution (cf. *Risāla*, no 1559). Il ne

(1) Nous renvoyons le lecteur à l’édition arabe de la *Risāla* par Shākir (Le Caire, 1940) et à notre traduction française (M.J.D.E.O. 11, 1972) dont le numérotage des paragraphes est le même.

lui reconnut qu'une valeur d'approbation pour l'information traditionnelle (cf. *Risāla*, no 1047, 1080, 1270) et pour le résultat du raisonnement analogique. Il se rabattit sur le consensus général, c'est-à-dire sur l'accord universel de tous les croyants musulmans qui ne peuvent jamais, selon lui, tomber d'accord sur une erreur : "Nous savons que, si les *sunnas* de l'Apôtre de Dieu n'échappent pas à la connaissance de certains, l'ensemble ne s'accorde ni sur ce qui est différent de la Sunna de l'Apôtre de Dieu, ni sur une erreur, s'il plaît à Dieu". (*Risāla*, no 312).

Enfin, dans la logique de sa thèse, mais rompant ainsi avec une pratique familière à ses devanciers, al-Shāfi'ī rejeta toute opinion personnelle arbitraire (*ra'y*), toute décision laissée à la pure initiative du *qādi* ou du spécialiste, toute approbation personnelle (*istihsān*). La seule élaboration personnelle (*ijtihād*) devait, selon lui, se borner à faire des déductions correctes et à tirer des traditions du Prophète des conséquences logiques : c'est la raisonnement analogique (*qiyās*). "S'il est arbitraire de se prononcer sans compétence à propos d'un bien ayant peu de valeur et pour lequel l'erreur est bénigne vis à vis de celui en faveur de qui on fait l'évaluation et de celui aux dépens de qui on la fait, combien plus ce que Dieu déclare permis et interdit mérite davantage qu'on ne se prononce pas à son sujet par l'arbitraire et l'approbation personnelle". (*Risāla*, no 1463).

## 2. Le technicien du raisonnement juridique

Une fois posé le principe selon lequel les traditions formelles du Prophète devaient constituer le fondement solide et indiscutable de toute pensée juridique en Islam, al-Shāfi'ī put donner libre cours à son génie personnel et jeter les bases d'une véritable science du droit musulman. Certes sa pensée évolua dans un climat d'obligations morales et religieuses, mais cet aspect-là des choses n'avait plus à être défendu, étant acquis depuis longtemps. Aussi al-Shāfi'ī put-il insister davantage sur l'aspect proprement technique des questions judiciaires.<sup>(1)</sup> A cet effet, il n'hésita pas à expliquer le sens précis des mots (cf. le sens de "tomber juste" et "tomber dans l'erreur" : *Risāla*, no 1422-1425; le sens du mot "preuve" : idem, no 1256ss.), à utiliser des arguments linguistiques de sémantique, et même à faire des considérations d'ordre physiologique (cf. toute sa longue discussion sur le mot *qur'*, flux menstruel ou période intermenstruelle, et sa conclusion : *Risāla*, no 1684-1698.)

(1) Cf. J. Schacht : *The Origins.*, p. 248ss, 270ss, 315ss.

Voici, empruntés à la *Risāla* encore, deux exemples de raisonnements juridiques stricts, reposant à la fois sur un principe indiscutable de morale laïque : un contrat de vente est nul s'il y a eu fraude sur la marchandise, et sur le fameux adage déjà mentionné et attribué au Prophète : le profit est lié à la responsabilité.

Le premier exemple est un double raisonnement qui ruine toute objection contre l'information traditionnelle venant du Prophète. *Risāla*, no 1503-1515 : le nouveau propriétaire d'un esclave a le droit de rendre cet esclave à cause d'un défaut que lui a caché le vendeur et qui ne lui est apparu que plus tard; mais il garde le profit qu'il a pu tirer un certain temps de l'utilisation de l'esclave, puisqu'il a assumé pendant ce temps la responsabilité et la charge de ce dernier. Si durant ce temps un don est fait à l'esclave, ce don, qui n'est pourtant pas à considérer comme un profit, reste tout de même aux mains du propriétaire même s'il vient à rendre l'esclave à son vendeur malhonnête, parce que l'esclave était en sa possession au moment où le don lui a été fait. D'autre part, les fruits du palmier-dattier et le palmier lui-même sont distincts, puisqu'on peut les vendre indépendamment les uns de l'autre; de même que le don est distinct de l'esclave à qui il est fait. Si donc le propriétaire de l'esclave devait rendre au vendeur malhonnête et l'esclave et le don qui lui a été fait, c'est qu'on admettrait que le don fait partie de l'esclave; a fortiori, il y aurait la même obligation de vendre le palmier-dattier avec ses fruits, ce qui est absurde après ce qui a été dit plus haut.

Le second exemple est le suivant : "Supposons un homme qui a acheté une brebis dont on a accumulé le lait. Il la traite, et puis il s'en contente après avoir eu connaissance du défaut de l'accumulation, la garde un mois et continue de la traire. Ensuite il découvre chez elle un défaut sur lequel le vendeur l'a trompé, défaut autre que celui de l'accumulation. Il a le droit alors de la rendre, et lui revient sans autre compensation le lait considéré comme un profit, parce que le contrat de vente n'est pas tombé sur lui, cela s'étant réalisé dans la possession de l'acheteur. Mais il lui incombe aussi de rendre pour le lait accumulé qu'il a pris un *sā'* de dattes, comme en a jugé l'Apôtre de Dieu". (*Risāla*, no 1662).

Ces exemples nous montrent que si en théorie al-Shāfi'i faisait une séparation très nette entre l'argument puisé dans les traditions du Prophète et le résultat de la pensée logique, cependant ces deux aspects étaient étroitement liés dans son raisonnement concret, puisque la Sunna

du Prophète devait nécessairement servir de base, selon lui, à tout effort de raisonnement humain. En termes juridiques on peut dire qu'al-Shāfi'ī donne au *fiqh* le statut qui désormais sera la plupart du temps le sien : celui d'un recueil de décisions jurisprudentielles. Ayant établi avec soin que Dieu et son Prophète après lui sont les seuls vrais législateurs, al-Shāfi'ī limite le rôle des juristes musulmans à celui d'interprètes qui, prenant pour point de départ le Corpus Juris que constituent le Coran et la Sunna, en font l'application aux situations concrètes. Mais voyons cela de plus près en essayant de dégager la théorie de la connaissance ou mieux le statut du savoir selon al-Shāfi'ī d'après la seconde partie de sa *Risāla*.

### III — LE STATUT DU SAVOIR D'APRES AL-SHAFI'Ī

Si nous avons choisi de n'étudier que la seconde moitié de la *Risāla* d'al-Shāfi'ī, c'est parce que nous pensions y trouver une réflexion autorisée sur la place et l'importance du raisonnement juridique, donc sur la part pouvant revenir à l'homme, au savant, dans l'élaboration du droit musulman et dans la détermination des lois concernant les cas non-envisagés explicitement par le Coran et la Sunna. Ces cas se sont posés dès les premiers siècles de l'Islam et se posent encore : le problème qu'ils soulèvent trouve-t-il dans la *Risāla* d'al-Shāfi'ī un principe de solution ? En face de la valeur absolue du Livre de Dieu et de la Tradition de son Prophète comme critères de vérité pour juger de toutes choses (cf. première partie de la *Risāla*), y a-t-il une contre-partie laissant à l'intelligence humaine et à la raison un rôle à jouer et lequel ?

#### 1. Les divers niveaux de science.

Al-Shāfi'ī commence par distinguer très nettement plusieurs sortes de sciences et y revient même à deux reprises dans la seconde partie de la *Risāla* : no 961-971 et no 1328-1332. Il y a d'abord la science des gens du commun (*al-ʿamma*) que tout croyant est obligé de connaître et qui est certaine (*iḥāta*) parce qu'elle repose sur le texte explicite du Livre de Dieu et de la Sunna de son Prophète, et atteint donc la vérité du point de vue extérieur et intérieur (*fi al-zāhir wa-al-bāṭin*)<sup>(1)</sup>. Il y a

(1) Le couple opposé *al-zāhir - al-bāṭin* signifie du point de vue du sens d'un texte : "explicite, immédiat, littéral" opposé à "implicite, second, caché"; il peut signi-

ensuite la science fondée sur l'accord universel de tous les croyants musulmans (*ijmā'*) qui, nous l'avons déjà dit, ne peuvent dans leur ensemble se tromper. En troisième lieu, il y a la science strictement réservée aux savants, aux spécialistes (*al-khāṣṣa*) qui sont tenus de la connaître au moins en nombre suffisant (*farḍ al-kifāya*) ; c'est une science qui repose sur des informations traditionnelles rapportées du Prophète par des particuliers dont il s'agit d'établir la véracité, et qui par conséquent n'atteint la vérité que du point de vue "extérieur", avec possibilité d'erreur. Il y a enfin la science qui vient d'une élaboration personnelle (*ijtihād*) par raisonnement analogique (*qiyās*), qui n'engage que le savant qui fait le raisonnement, et qui n'atteint donc la vérité relative des choses que d'un point de vue très "extérieur". Nous avons là un magnifique résumé de toute la critériologie en droit musulman.

Si nous essayons dès lors de fixer les critères de jugement de la vérité et donc de la réalité (*ḥaqq*)<sup>(1)</sup>, un principe est sans cesse repris par al-Shāfi'i, posé clairement, indiscutable et bien établi, même s'il peut paraître un peu désespérant pour la vie de l'esprit : "Après l'Apôtre de Dieu, Dieu n'a donné à aucun homme de pouvoir se prononcer si ce n'est du point de vue d'une science qui existe antérieurement à lui, dans le passé ; et le point de vue de la science après la mort du Prophète, c'est le Livre, la Sunna, l'accord universel, les traditions venant des Compagnons et d'autres (*āthār*) et ce que j'ai décrit du raisonnement analogique par rapport à ces choses". (no 1468. cf. no 1012, 1119, 1259-1260, 1723, 1806, 1810 et surtout les no 1328-1332 déjà mentionnés.)

## 2. L'objet et les critères de cette science.

Quelle réalité concrète, existante (*'ain qā'ima*) s'agit-il de rechercher au moyen de cette science juridique ? Al-Shāfi'i répond par la voix de son interlocuteur qui le résume : "L'information traditionnelle, qu'elle vienne du Livre ou de la Sunna, est une réalité (*'ain*) dont celui qui fait l'élaboration personnelle tâche d'atteindre le sens (*ma'nā*) - de la

---

fier aussi du point de vue de la réalité d'une chose : "extérieur" opposé à „intérieur", et même du point de vue moral : "for externe" opposé à "for interne".

(1) Le terme *ḥaqq* signifie la vérité, mais aussi, dans les textes anciens, la réalité, l'être des choses. Il semble que, d'après le contexte immédiat (No 1326), il nous faille nous en tenir au mot "vérité" et donc à une considération de pure intelligibilité au niveau du sens. Cependant, en adoptant le mot "réalité" pour traduire *ḥaqq*, on pourrait s'engager sur une piste de réflexions d'ordre ontologique nullement dénuées d'intérêt ici.

même façon que celui qui en est loin tâche d'atteindre la Ka'ba - ou le vise par raisonnement analogique. . . L'élaboration personnelle concerne la recherche de la vérité (*haqq*)". (no 1456. cf. no 1348, 1426, 1443, 1466). Donc la vérité, "extérieure" ou "intérieure", d'une réalité présente ou cachée, est à rechercher au moyen des preuves (*hujja*) ou des indices (*dilāla*) que la Révélation fournit soit directement dans le Coran, la Sunna et même l'accord universel des croyants qui ne peuvent se tromper ensemble et tous, soit indirectement par l'élaboration personnelle et le raisonnement analogique à partir de ces données premières fondamentales. Ainsi ce qui importe d'abord, ce n'est pas la réalité, mais le texte, et de plus le texte vient de Dieu. Dieu dit le vrai de toute réalité, mais il le dit dans des textes. L'homme à la recherche de la connaissance de la vérité n'a donc pas à se soumettre à Dieu ou à la réalité, mais au texte, et le juriste, comme le spécialiste des autres sciences musulmanes se fait exégète.

Dieu seul est savant, et l'expression "Dieu est plus savant" (*Allāh a'lam*) qui revient souvent dans la bouche d'al-Shāfi'ī n'est sans doute pas une simple formule. Dieu seul est connaisseur de toutes choses et de la réalité cachée en particulier (cf. no 1332), et donc Il est le seul à révéler aux hommes le savoir, "leur donnant de sa science ce qu'Il veut et comme il le veut" (no 1371), parce qu'Il est le seul à posséder la certitude de ce qui est. La référence au Coran est donc le critère fondamental et premier de toute connaissance vraie, et il n'y a pas à chercher au-delà: ce serait sans doute impiété et sacrilège. "Le Coran est à prendre selon son sens immédiat (*zāhir*), jusqu'à ce qu'un indice venu de lui, une *sunna* ou un accord universel amène à le prendre dans son sens profond (*bāṭin*) et non dans son sens immédiat". (no 1727). Pour ce qui n'est donc pas explicitement coranique, on se réfère essentiellement à la Sunna du Prophète, porte-parole de Dieu, avec cette garantie, posée en principe, qu' "en aucun cas la Sunna de l'Apôtre de Dieu n'est en désaccord avec le Livre de Dieu" (no 1614) et même que son rôle est de l'éclairer et de l'expliquer. Dieu poursuivant sa révélation à travers les paroles, les faits et gestes de son Apôtre, la Sunna continue donc de mettre les hommes en rapport avec la science de Dieu; et c'est pourquoi al-Shāfi'ī attache une telle importance, nous l'avons vu, à l'authenticité des traditions transmises du Prophète et à la critique de leurs chaînes de rapporteurs même singuliers. Le contact direct et personnel avec le Prophète, ou, à la rigueur, avec plusieurs de ses Compagnons les plus proches, est une condition nécessaire et suffisante de véracité et donc un critère indiscutable de vérité. (cf. no 1002) "Si la preuve / qui fonde

l'obligation / est un texte coranique clair ou celui d'une *sunna* sur laquelle on est d'accord (cf. no 1308), alors l'excuse à leur sujet est écartée, car il n'y a de doute permis pour aucun des deux, et celui qui refuse d'accepter ces textes, on l'engage à se rétracter". (no 1259).

Aussi la première attitude du savant est-elle de se situer dans la ligne de la tradition, en conformité avec elle, de se mettre à la suite de la tradition (*ittibā'an*) (cf. no 1075, 1168, 1214, 1312, 1457, 1466, 1479, 1543). Ce que l'on demande au croyant ordinaire, mais aussi, dans l'immédiat, au savant lui-même, c'est de faire confiance à la parole de Dieu et à son Prophète, d'accepter ce qui est certifié venir d'eux, de se soumettre à l'obligation positive ou négative proposée, d'obéir, en somme de faire un acte de foi en s'interdisant toute critique rationnelle, toute discussion, toute remise en question ou contestation; (cf. no 964-965, 1168, 1673-1674). Nous sommes donc en présence d'une théorie de la connaissance qui repose essentiellement sur des arguments d'autorité.

### 3. Les qualités requises du transmetteur de traditions.

Quelles qualités exige-t-on alors d'un rapporteur de *hadiths*? Est assez révélateur à ce sujet le parallèle qu'al-Shāfi'ī établit entre la transmission du *hadith* et le témoignage en justice (*shahāda*) pour justifier sa défense de l'information traditionnelle rapportée par un seul (*khabar al-wāhid*) (cf. no 1007-1086, 1187-1200, 1362, 1821). Un juge n'accepte la déposition d'un témoin que s'il sait par lui-même ou par d'autres dignes de confiance que ce témoin est un homme irréprochable ('*adl*'). Il refuse en revanche le témoignage de quelqu'un qui a mauvaise réputation. Enfin il réserve son jugement et y sursoit s'il n'a à sa disposition que la déposition d'un témoin qu'il ne connaît pas bien. Selon al-Shāfi'ī, on doit procéder de même, et avec plus de rigueur encore, à l'égard d'un transmetteur de *hadiths*, et s'assurer de sa sincérité et de la sincérité de ceux dont il détient ses informations, sous peine d'accepter - et c'est si facile et fréquent - des traditions faussement attribuées au Prophète: "Rechercher des indices qui m'aident à connaître la véracité de celui qui me rapporte des *hadiths* n'est pas pour moi une obligation plus grande que lorsqu'il s'agit de connaître la véracité de qui est au-dessus de lui, parce que j'ai besoin de trouver chez chacun d'eux ce que j'exige chez celui que je rencontre moi-même, vu que chacun d'eux confirme une information traditionnelle venant de quelqu'un qui est au-dessus de lui et pour quelqu'un qui est au-dessous de lui". (no 1027). Même si le transmetteur est un isolé, qu'il s'agisse d'un homme ou même d'une

femme (cf. no 1214-1217), al-Shāfi'ī fait remarquer qu'accepter son information est en Islam un principe traditionnel (*asl* : cf. no 1006, 1051), en dépit des nombreux détracteurs de ce principe, de même que dans certains cas on accepte en justice les déclarations de moins de deux témoins pourtant requis habituellement, si toutefois ce témoin est jugé digne de confiance et s'il prête serment. De plus, en ce qui concerne les *hadiths* en général, on doit pouvoir parfois éprouver leur exactitude en les confrontant avec le Livre de Dieu, la Sunna, l'accord universel ou le résultat du raisonnement analogique, ce qui est impossible et même impensable pour le témoignage en justice. (cf. no 1012).

De ce parallèle entre la transmission du *hadith* et le témoignage en justice on peut conclure avec al-Shāfi'ī que ce que l'on attend d'un transmetteur d'informations traditionnelles, c'est qu'il ait non pas d'abord des qualités intellectuelles de jugement, de compréhension, d'intelligence, mais des vertus morales : sincérité avant tout, irréprochabilité, désintéressement, en somme un certificat de bonne conduite. Sa grande faute n'est pas d'être bête, de se tromper, mais de mentir (cf. no 1088-1094, 1100), d'être un falsificateur (cf. no 1001, 1011), de manquer de conscience morale. Chez le menteur habituel ou chez les gens du commun, on fait appel à leurs sentiments de l'honneur de la crainte de Dieu ou du châtement par le feu, de la piété, pour les inciter à dire la vérité.

La seule chose qu'on exige absolument du transmetteur de *hadiths*, c'est de rapporter ceux-ci littéralement (*min al-lafz. . . bi hurūfi* : cf. no 1001, 1040, 1042), sans changer le moindre mot du texte ou de la parole dite (cf. no 1039), donc d'avoir une excellente mémoire (cf. no 1015, 1042, 1265). A la limite, on acceptera même de quelqu'un qu'il transmette quelque chose qu'il ne comprend qu'imparfaitement, du moment qu'il le fait littéralement (cf. no 1102). Chacun sait qu'avoir une bonne mémoire n'est pas toujours un critère de vie intellectuelle authentique et la preuve d'une intelligence développée. Mais là n'est pas la question. Ce qui importe ici, c'est que le transmetteur ne puisse pas se tromper - sa mémoire est une garantie - et qu'il ne veuille pas tromper les autres - son irréprochabilité morale en donne l'assurance. Cette double exigence de mémoire et d'irréprochabilité montre que l'on se situe à propos du rapporteur de *hadiths* dans le domaine de la foi.

Des considérations qui précèdent on peut déduire, avec textes à l'appui (no 1017, 1030, 1046 - 1048), que la critique du savoir ne se fait que sur la base de critères purement extérieurs, soit imposés d'en-

haut, soit relatifs à la qualité du traditionniste. Seule est possible une critique externe, voire subjective, de la sincérité du rapporteur, la critique interne et objective de ce qu'il rapporte n'étant absolument pas envisagée ni même envisageable, puisqu'il ne peut s'agir que d'une parole indiscutable de Dieu ou de son Prophète. Autrement dit, il semble bien que pour al-Shāfi'i la sincérité soit la vérité, et que la réalité objective des choses ne soit atteinte que par l'intermédiaire d'une autorité digne de confiance, qu'il s'agisse de Dieu, du Prophète, de l'ensemble de la communauté des croyants ou du traditionniste reconnu véridique après examen minutieux. Citons à ce propos un passage assez clair : "Le plus souvent, pour vérifier la véracité du *ḥadīth* ou son caractère mensonger, on n'a pas d'autre moyen que la véracité de l'informateur ou son caractère mensonger, sauf dans les cas particuliers d'un petit nombre de *ḥadīths*". (no 1099). La certitude, la science certaine (*iḥāṭa*) ne peut donc venir, par ordre décroissant d'importance, que du Coran, de la Sunna, de l'accord universel et du raisonnement analogique fait à partir d'eux.

#### 4. Le travail du savant.

Quelles sont alors les conditions pour être reconnu savant et sur quels points le spécialiste peut-il faire jouer ses capacités intellectuelles, user de sa compétence ? Nous avons vu que le transmetteur de *ḥadīths* devait être avant tout un homme sincère, irréprochable, doué d'une bonne mémoire pour pouvoir rapporter littéralement le *ḥadīth*. Outre ces qualités, le savant, c'est-à-dire celui qui pratique l'élaboration personnelle et le raisonnement analogique, doit avoir une raison saine, une intelligence bien formée, un esprit critique et une logique rigoureuse (cf. no 1472-1477). Il doit avoir acquis une solide connaissance des prescriptions du Livre de Dieu et de ses directives (cf. no 1469). De plus, "il ne revient à personne de faire de raisonnement analogique à moins de connaître ce qui a existé dans le passé, antérieurement à lui, en fait de *sunnas*, de dires des Prédécesseurs, d'accords universels des gens et de leurs divergences, et de la langue arabe". (no 1471). En somme, le savant doit posséder "l'ensemble instrumental" (*al-āla* : no 1469, 1472) qui lui permet de raisonner correctement et validement, sans oublier que "Dieu a gratifié d'une intelligence, / c'est-à-dire d'aptitudes à comprendre /, ses serviteurs, leur a ainsi montré la distinction entre les choses divergentes, et les a guidés sur le chemin de la vérité au moyen d'un texte et d'un indice". (no. 1445).

Mais quelle sorte de raisonnements peut faire le savant ? Si l'on s'en tenait à la liste des différents sujets abordés dans la seconde partie de la *Risāla*, on pourrait croire qu'al-Shāfi'ī propose au spécialiste un champ immense d'activités intellectuelles. Parler en effet de raisonnement analogique (*qiyās*), d'élaboration personnelle (*ijtihād*), d'appréciation ou d'approbation personnelle (*istihsān*) et de divergence autorisée (*ikhtilāf*), tout cela semble impliquer bien des possibilités pour l'homme d'élaborer le droit musulman. Seulement notre auteur dresse progressivement des barrières qui tendent à décourager tout effort d'invention, de réflexion et de pensée un peu libérées de l'autorité de la Tradition, et ceci, pensons-nous, au détriment d'une authentique recherche intellectuelle et d'une vraie vie de l'intelligence en quête de réalités objectives.

Le travail du savant juriste paraît se réduire à une pure déduction logique de conclusions tirées du Coran et de la Sunna, à une application à des cas particuliers de grands principes quasi révélés (la boisson fermentée est interdite; le profit est lié à la responsabilité; l'usure est illicite; la femme ne peut se marier qu'en état de pureté légale; il faut payer un prix du sang pour toute blessure ou crime; etc. . .), à une simple comparaison de cas particulier à cas particulier, la démarche inductive étant dargereuse (cf. tout ce qui est dit sur la dispense, *al-rukḥṣa* : no 1543, 1608, 1624-1626). A la question : sur quelle base et comment fait-on le raisonnement analogique ? al-Shāfi'ī répond : "Soit une prescription de Dieu ou de son Apôtre à propos de laquelle on trouve, contenu en elle-même ou dans une autre prescription de Dieu ou de son Apôtre, un indice comme quoi on s'en est servi pour déterminer un sens quelconque; que se produise un cas / nouveau / pour lequel il n'y a pas le texte d'une prescription : on juge à son propos d'après le jugement du cas réglé antérieurement, à condition qu'il soit porteur de la même signification". (no 1481). La pratique, même celle d'un homme "au faite de la science, de l'intelligence, de la fidélité et de la vertu" comme est le calife 'Umar (no 1200) ne peut en aucune façon s'opposer à une tradition formelle du Prophète qui, dès qu'elle est connue, l'abolit séance tenante (cf. no 1165, 1171, 1227). Le dernier mot reste toujours à la Tradition.

Le savant n'a à exercer son intelligence que dans l'art de saisir les indices plus ou moins présents dans les textes inspirés et capables de le guider vers la vérité, si du moins il remplit les conditions requises pour pratiquer le raisonnement analogique. Il peut donc se tromper à ce sujet, tomber à côté de la vérité et n'être pas d'accord avec d'autres

savants. Mais il n'a reçu obligation que de cette recherche d'un point de vue extérieur (*zāhir*), le sens caché des choses pouvant, comme pour le juge, lui échapper (cf. no 1402-1407, 1421, 1425-1426) du moment que Dieu ou son Prophète ne le lui ont pas fait connaître explicitement. Toutefois, dans le cas d'absence totale de textes révélés ou venant de l'Apôtre de Dieu - cas infiniment rares, semble-t-il, pour al-Shāfi'ī (cf. no 1682) - le savant peut se référer à ce qui est le plus convenable (cf. no 1334, 1626, 1799), le plus conforme par exemple à la linguistique arabe, le plus raisonnable même. Mais cet appel à la raison n'arrive qu'en tout dernier lieu et nous n'en avons relevé que trois exemples dans notre texte (cf. no 1709, 1720, 1741), ce qui ne veut pas dire que d'autres cas ne se présentent pas éventuellement dans le *Kitāb al-Umm*, collection des écrits d'al-Shāfi'ī à laquelle la *Risāla* sert d'introduction.

##### 5. Le rôle de la raison.

Dans l'ensemble on peut avancer que la doctrine juridique d'al-Shāfi'ī comporte une méfiance assez poussée à l'égard de la raison humaine livrée à elle-même : "L'approbation personnelle, n'est que plaisir capricieux" (no 1464) et la raison, s'y gargarise de mots vides de sens. Seul le raisonnement analogique, appuyé sur le Coran et la Sunna, est autorisé et valide, parce que "s'il était permis de faire un raisonnement analogique en l'air (c'est-à-dire privé de sa base de référence), il serait alors permis aux gens doués de raison, autres que les gens de science, de se prononcer au sujet de ce qui ne comporte pas d'information traditionnelle, selon ce qui se présentera à eux comme approbation personnelle. Or se prononcer sans information traditionnelle et sans raisonnement analogique n'est pas permis, à cause de ce que j'ai mentionné concernant le Livre de Dieu et la Sunna de son Apôtre, même à propos du raisonnement analogique". (no 1458-1459). C'est clair et net, et il n'y a pas à discuter.

Disons ceci pour conclure cet exposé sur le statut du savoir d'après al-Shāfi'ī : nous avons posé le problème de savoir si, dans les cas non prévus explicitement par le Coran ou la Sunna, la raison humaine avait un rôle à jouer. Nous devons répondre qu'al-Shāfi'ī offre bien des principes de solution énumérés plus haut, mais qu'il limite l'application de ces principes au point d'en faire une affirmation sans portée pour régler les cas non-envisagés par les sources traditionnelles du droit musulman. Le travail de l'intelligence du savant ne consiste pas à comprendre le

réel en soi pour créer une législation qui lui soit adaptée, mais à réduire le réel aux dimensions de la vérité révélée. La révélation semble donc établir les limites du champ conceptuel à l'intérieur duquel s'exercera la raison humaine; sans compter que l'exercice même de l'intelligence est limité, puisque les gens du commun, le *'amma*, n'y ont pas part et que tous les spécialistes n'y sont même pas individuellement tenus. (cf. no 971). Par conséquent, l'homme semble n'avoir aucune part personnelle à l'élaboration du droit musulman qui, à la fois moral et religieux, doit tout entier découler et dépendre de l'information traditionnelle venant du Prophète et donc de Dieu, seul législateur en Islam, puisqu'il s'agit finalement de la garantie des normes pour être sauvé.<sup>(1)</sup>

### CONCLUSION

Quoi que l'on puisse penser des limites et des défauts du système juridique d'al-Shāfi'ī et des conclusions auxquelles il est parvenu pour assurer au droit musulman une base technique et scientifique, il n'en reste moins vrai que, dans l'histoire des origines du droit en Islam, l'entreprise de l'auteur de la *Risāla* occupe une place capitale et décisive. Nous ne saurions mieux conclure cet article qu'en citant une dernière fois J. Schacht auquel nous avons déjà beaucoup emprunté : "La théorie juridique d'al-Shāfi'ī est un système magnifiquement cohérent et de loin supérieur à la théorie des Anciennes Ecoles. Ce fut la réalisation d'un puissant esprit individuel, et en même temps l'aboutissement logique d'une évolution qui s'amorça lorsque les traditions du Prophète furent pour la première fois invoquées comme arguments de droit." (*Esquisse d'une histoire du droit musulman*, p. 42.)

*Philippe Rancillac*

---

(1) Une analyse conceptuelle détaillée du langage même d'al-Shāfi'ī étayerait sans doute de telles conclusions en précisant l'importance donnée à tel ou tel terme au détriment d'autres. Nous tenons à la disposition d'éventuels chercheurs l'index complet de tous les mots arabes de la *Risāla* (2e partie) avec leur fréquence dans le texte.