

فتح القريب المجيب
بشرح متن غايه التقریب

Fath al-Qarīb al-Mujīb

LA RÉVÉLATION DE L'OMNIPRÉSENT COMMENTAIRE SUR LE PRÉCIS DE DROIT ȘAFI'ITE D'ABŪ ȘUJĀ'

Rédigé par
L'Imam Ibn al-Qāsim al-Ġazzī

Traduit en français par
L. W. C. VAN DEN BERG

Préface du
Dr. Abū Zakariyyā Muḥyiddīn al-Ḥusaynī

Réécrit et mis en ligne par
L'Équipe de l'Institut de l'Imam Shāfiī
<http://institut-shafii.com>

Préface

Au nom de Dieu Le Très Miséricordieux,
Louages à Dieu, Seigneur des Univers,

Nous nous sommes engagés dans la diffusion de la science et la mise à disposition de tout étudiant et intéressé en droit musulman. C'est pourquoi nous avons l'honneur de nous inscrire parmi les serviteurs de notre héritage scientifique par cet humble travail que nous mettons à disposition de tout lecteur.

La fameuse épître du juge Abū Ṣujā' est l'un des premiers ouvrages complets dans le droit shafiite à enseigner aux étudiants. C'est pourquoi il a fait l'objet d'un grand nombre de commentaires et d'annotations. Comme son auteur l'a indiqué dans son introduction, il visait à résumer tous les chapitres du droit shafiite en se limitant à exposer l'avis le plus probant dans l'école selon une rédaction facile et succincte.

Les commentateurs considèrent que la sélection des avis assurée par Abū Ṣujā' dans son épître est tellement pertinente qu'elle est considérée comme un de ses divers prodiges. En effet, les avis présentés dans cette épître sont identiques aux avis sélectionnés par les érudits de l'école ayant assuré la sélection parmi les avis des « Aṣḥāb al-wujūh » dans les quatre siècles suivants, malgré qu'elle soit rédigée avant l'édition (taḥqīq) des avis de l'école. Dans cette épître, nous trouvons seulement vingt sept avis délaissés dans l'école d'après les signalements de l'imam Ibn al-Qāsim dans son commentaire et de l'imam al-Bājūrī dans sa fameuse Ḥāshiya [glose] sur ce même commentaire de l'imam Ibn al-Qāsim.

Quant au commentaire rédigé par l'imam Ibn al-Qāsim sur ladite épître, il fut rédigé dans un volume adéquat pour les étudiants qui souhaitent débiter leur spécialité en fiqh shafiite. Son volume intermédiaire lui a permis de répondre aux besoins des étudiants et des professeurs loin des détails ennuyeux et du résumer insuffisant. Ces caractéristiques l'ont amenées à être positionné comme étant le premier ouvrage enseigné dans le cursus classique dit "résumé" de l'école et comme sixième dans le cursus classique dit "détail". Cela l'a rendu parmi les ouvrages les plus diffusés dans le monde académique classique. C'est ainsi qu'il fut l'objet d'un grand nombre de glose (Ḥawāṣī) rédigé par les savants de l'école, dont la plus connue et parmi les plus récentes est celle du Ṣayḥ al-Azhar l'imam al-Bājūrī.

C'est pourquoi la traduction de cet ouvrage en français pour les étudiants du fiqh shafiite devient une nécessité. Cette entreprise a déjà été réalisée par le grand orientaliste M. VAN DEN BERG qui a publié sa traduction auprès du fameux éditeur orientaliste Brill, siégré à Leide et ce, en 1894. Ce travail fut réalisé, en fait, afin de répondre aux besoins du gouvernement Néerlandais de l'époque pour connaître les coutumes et les régimes juridiques applicables dans les populations musulmanes colonisés. Cette ancienne traduction est disponible en ligne et téléchargeable sous format PDF vu

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

l'expiration des droits d'auteur et d'éditeur.

La reproduction du présent fichier est réalisée dans le but de rééditer scientifiquement la traduction réalisée par M. VAN DEN BERG en intervenant pour amender et modifier le texte en cas de besoin. Mais après révision pertinente de son travail, nous avons constaté qu'il a mieux valu refaire la traduction à nouveau. En effet, nous avons observé que M. VAN DEN BERG avait essayé de reproduire le sens voulu par l'auteur par son propre langage et selon sa propre compréhension. C'est pourquoi nous avons trouvé dans la majorité de son œuvre un éloignement du sens voulu par l'auteur et ce, notamment dans les phrases techniques comportant des sens dissimulés. De plus, la structure textuelle reproduite par le traducteur ne reflète pas la structure des phrases arabes qui contient, par elle-même, des significations voulues par les juristes dans leurs rédactions. Ce style de rédaction qui se rapproche parfois de l'encodage vise en premier lieu à assurer l'abaissement du volume du texte ainsi qu'à entraîner l'étudiant à la méthodologie de la rédaction juridique classique. Cette méthode de rédaction devient de plus en plus difficile dans les ouvrages dédiés aux niveaux avancés.

Afin d'éviter la perte des efforts dans la reproduction textuelle de ladite traduction, nous avons décidé de la mettre à la disposition des lecteurs. En effet, le format du PDF originel ne nous semble pas satisfaisant. La version disponible est difficile à consulter vu son ancienneté et sa faible qualité d'impression due aux techniques d'édition de l'époque. C'est pourquoi la mise à disposition d'une nouvelle reproduction de cette traduction assure aux étudiants une lecture plus facile du texte ainsi qu'une possibilité de recherche selon le moteur de recherche fourni par le logiciel PDF.

Dans ce document, nous sommes restés fidèles à l'œuvre du traducteur et nous nous sommes limités à quelques rares modifications colorées en rouge. De plus, nous avons fournis une table de matière à la fin du document afin de faciliter la consultation.

Le serviteur de la science et de ses gens
Dr. Abū Zakariyyā Muḥyiddīn al-Ḥusaynī
Recteur de l'institut de l'imam Shafii
<http://institut-shafii.com/>

Biographie de l'imam Abū Ŗujā'

C'est l'imam, le juge, l'éminent jurisconsulte, l'ascète : Abū aṭ-Ṭayyib Aḥmad bin al-Ḥasan bin Aḥmad, al-Aṣfahānī al-Baṣrī (434H-593H), surnommé Ŗihāb ad-dīn. Il était connu sous le surnom : Abū Ŗujā', qu'Allah lui accorde sa miséricorde.

Né à Bassora, il y a vécu durant sa jeunesse et y a enseigné le fiqh shafiite durant plus d'une quarantaine d'années. Al-Ḥāfiẓ as-Silafī a dit à son propos : « Il est de ceux qui sont uniques en leur époque. Il a enseigné l'école shafiite à Basora durant plus d'une quarantaine d'années. Il me l'a dit en l'an cinq cents (500H) et il a vécu après cela une durée que j'ignorais. Je lui ai demandé son année de naissance et il m'a dit : « en l'année 434H à Bassora, mon père est né à 'Abbādān et mon grand père est né à Ispahan » ».

Il est l'auteur d'un commentaire sur l'ouvrage « Al-Iqnā' » de l'imam « al-Māwardī » et l'auteur de la fameuse épître résumé connu sous plusieurs noms : « Al-Ġāya fī al-'ihṭiṣār », « Matn al-Ġāya wa-t-taqrīb » ou simplement « Matnu Abī Ŗujā' ».

Il a vécu cent soixante années tout en conservant sa santé et son intelligence. Il a pratiqué l'iftā' et l'enseignement jusqu'à son décès.

Il est décédé en 593H de l'hégire.

Malgré l'éminence de cette sommité dans le fiqh shafiite, rares sont les détails de sa vie exposés dans les ouvrages biographiques.

Qu'Allah lui accorde sa miséricorde.

Biographie de l'imam Ibn al-Qāsim

C'est l'imam al-muqri' [spécialiste en lectures coraniques], mutakallim [théologien], linguiste, Šams ad-dīn, Muḥammad bin Qāsim bin Muḥammad bin Muḥammad al-Ġazzī al-Qāhirī, connu sous le nom « Ibn al-Qāsim al-Ġazzī » ou « Ibn al-Ġarābīlī » (859H-918H).

Il est né à la ville de Ġazza durant le mois de Rajab de l'année 859H où il a grandi et mémorisé le Coran, la Šāṭibiyya [poésie regroupant les règles des sept lectures], « Minhāj aṭ-ṭālibīn » de l'imam an-Nawawī, « alfiyyatu al-ʿirāqī » [1000 vers de poésie de l'imam al-ʿirāqī] dans la science de ḥadīṭ, « alfiyyatu ibn Mālik » [1000 vers de poésie de ibn Mālik] en grammaire, ainsi que la majorité de « Jamʿ al-jawāmiʿ » en fondements du droit musulman.

Puis, il s'est déplacé en Égypte où il a étudié auprès de ses éminents savants les diverses sciences et les différentes spécialités. Durant son apprentissage, il a étudié auprès des plus éminents savants de son époque à Ġazza et en Égypte qui se regorgeait à l'époque par les plus éminents savants dans les différentes sciences rationnelles et textuelles.

Ses diverses rédactions prouvent son intelligence perçante et sa connaissance interdisciplinaire. Nous trouvons ses rédactions en fiqh, grammaire, morphologie, théologie et autres sciences. Parmi ses plus importantes rédactions nous citons les suivantes :

Une Ḥāšiya [glose] sur « Šarḥ Taṣrīf al-ʿIzzī »

Une Ḥāšiya [glose] sur « Šarḥ al-ʿaqāʿid » de l'imam at-Taftazānī.

« Faṭḥ ar-rabb al-mālik Šarḥ alfiyyatu ibn Mālik »

« Faṭḥ al-Qarīb al-Mujīb fī Šarḥ alfāz at-taqrīb », nommé aussi : « Al-qawl al-muḥtār fī Šarḥ ḡāyat al-ʿihṭiṣār », qui est cet ouvrage entre nos mains.

« Nizhatu an-Nāzir fī Šarḥ ʿIlmi aṣ-ṣarf ».

Après une vie pleine par la quête et la diffusion de la science, il est décédé en 918H.

Qu'Allah lui accorde Sa Miséricorde.

AU NOM DE DIEU, LE CLÉMENT ET LE MISÉRICORDIEUX.

Ceci sont les paroles du savant et érudit Šayḥ et Imām Šams ad-Dīn Abū ʿAbd Allāh Muḥammad bin al-Qāsim al-Ġazzī aṣ-Šāfiʿī. Que Dieu, dans Sa clémence, couvre ses fautes et soit satisfait de lui ! Amīn !

Gloire à Dieu, qui, dans Sa grâce, a daigné nous révéler⁽¹⁾ le Coran. Or la proclamation de Sa gloire doit, non seulement précéder tout acte que nous avons à cœur, et terminer toute invocation dont on espère qu'elle sera exaucée, mais encore c'est par elle que finissent les vœux des musulmans admis au Paradis en récompense de leur vertu.

Je glorifie Dieu, parce que Sa volonté souveraine a daigné seconder dans l'étude du droit divin les élus parmi Ses serviteurs. J'invoque la grâce et la bénédiction de Dieu sur le chef-d'œuvre de la création, sur Muḥammad, le seigneur des envoyés de Dieu, l'homme qui a prononcé **les paroles remarquables** : « Si Dieu veut favoriser un mortel, Il lui accorde la science du droit divin ». ⁽²⁾ J'invoque aussi la grâce et la bénédiction de Dieu sur la famille et les compagnons de Muḥammad. Qu'ils soient tous bénis aussi longtemps qu'il y aura dans le monde des gens sérieux qui penseront à Dieu et des gens irréfléchis qui L'oublieront.

Ensuite. L'ouvrage qu'on va lire est un manuel de jurisprudence **très succinct** et scrupuleusement élaboré. Je l'ai composé en guise de commentaire sur le précis de jurisprudence bien connu, intitulé at-Taqrīb (le Rapprochement, c'est-à-dire : vers Dieu), et à l'usage des étudiants qui ont besoin d'instruction dans les principes ⁽³⁾ de la loi civile et religieuse. J'espère qu'au dernier jugement ce travail sera accueilli par Dieu comme un de mes titres au salut, et en tout cas que Ses serviteurs, les musulmans, en tireront quelque profit ici-bas. Certes Dieu entend les invocations de Ses serviteurs ; Il est omniprésent ; Il exauce les prières, et le fidèle qui s'adresse à Lui n'est jamais trompé. On lit dans le Coran (II:182) : « Lorsque Mes Serviteurs te parleront de Moi, Je serais près d'eux »⁽⁴⁾

Il faut savoir que dans quelques exemplaires du précis dont je viens de parler, il est appelé at-Taqrīb, et dans d'autres Ġāyat al-Iḥtišār (le Précis succinct) ; mais dans la doxologie l'auteur ne nous apprend point comment son livre doit être intitulé. Vu cette incertitude relativement au titre du Précis, j'ai donné à mon commentaire deux titres :

⁽¹⁾Il y a ici en arabe un jeu de mots : littéralement l'auteur dit : « ouvrir », en faisant allusion au titre du premier chapitre du Coran, al-Fātiḥa « ouverture », « commencement »

⁽²⁾D'après une tradition qu'on trouve dans le Ṣaḥīḥ ou Recueil d'Abū ʿAbd Allāh Muḥammad ibn Ismaʿīl al-Bōḥārī (ed. Krehl) vol. I p.28. Bōḥārī est mort l'an 256 de l'Hégire.

⁽³⁾Le mot arabe far' pl. Forou' signifie littéralement « branche ». Les jurisconsultes l'emploient par opposition à aḥl pl. Oḥoul « racine ». Les « racines » du droit sont les bases philosophiques et métaphysiques sur lesquelles sont fondées non seulement les prescriptions constitutives, mais encore la raison d'être et l'autorité du droit. En revanche les « branches » sont les principes pratiques dérivés de ces bases. L'auteur veut dire qu'il ne s'occupera point de la philosophie du droit, mais seulement de la dogmatique.

⁽⁴⁾En arabe qarīb. Il y a ici encore un jeu de mots. Le titre du Précis, taqrīb est l'infinitif de la deuxième forme du verbe qariba ou qaroba, tandis que le mot qarīb est un adjectif dérivé de la même racine. Les passages du Coran sont cités selon la traduction de Kasimirski.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

Faṭḥ al-Qarīb al-Mujīb fī Ṣarḥ Alfāz at-Taqrīb (la Révélation de l'Omniprésent qui exauce les prières, Commentaire sur les Paroles du Taqrīb), et, en second lieu : al-Qawl al-Muhtār fī Ṣarḥ Ġāyat al-Iḥtiṣār (la Sentence Choisie, Commentaire sur la Ġāyat al-Iḥtiṣār).

Je vais insérer dans mon commentaire le texte du Précis, ⁽⁵⁾ c'est-à-dire les paroles mêmes de son auteur, le ṣayḥ et Imām Abū ʿ-Ṭayyib, plus connu sous le nom d'Abū Ṣujā° Ṣihāb ad-Dīn wa l-Milla Aḥmad ibn al-Ḥusayn ibn Aḥmad al-Iṣfahānī. Que Dieu arrose la terre où il est enseveli de la pluie de Sa clémence et de Son contentement, et qu'Il le fasse habiter dans les plus hautes régions du Paradis !

Au nom de Dieu, le Clément et le Miséricordieux.

Je commence mon commentaire en faisant observer le lecteur que « Dieu » (Allāh) est pour l'Être Suprême le nom qui désigne son essence, laquelle a une existence nécessaire. L'idée exprimée par « Clément » (ar-Raḥmān) est plus élevée que celle exprimée par « Miséricordieux » (ar-Raḥīm). *Gloire à Dieu*. Ces mots constituent une glorification de Dieu ; l'auteur Lui attribue quelque chose de beau pour dénoter Sa majesté, et ajoute : *Le Maître*, c'est-à-dire le propriétaire, *de toutes les créatures*. Le mot arabe ʿālamīn (créatures) ne doit pas être confondu avec le mot ʿālamīn (savant). Comme l'a déjà fait remarquer Ibn Mālik⁽¹⁾, le premier mot, tout en ayant la forme d'un pluriel, est en réalité un nom collectif, qui se rapporte spécialement aux êtres raisonnables. Quoique le singulier grammatical en soit ʿālam, ce dernier mot n'en est point le singulier logique, parce qu'il implique tout ce qui existe, pris ensemble, excepté Dieu, tandis que le mot ʿālamīn (créatures) implique seulement les êtres raisonnables. *Que Dieu accorde Sa grâce et Sa bénédiction à notre Seigneur Muḥammad, le Prophète*. Le mot arabe nabī s'écrit tout aussi bien avec que sans hamza. C'est un homme à qui Dieu a révélé une loi pour être observée, lors même que ce serait sans l'obligation de la promulguer ; s'il a reçu l'ordre de promulguer la loi à lui révélée, il est non seulement « prophète » mais encore « ambassadeur »⁽²⁾ de Dieu.

L'auteur veut exprimer son désir personnel que la grâce et la bénédiction divines soient accordées à Muḥammad. Quant au nom de Muḥammad (littéralement : le loué), c'est étymologiquement un participe passif de la deuxième forme du verbe ḥamada, duquel participe l'usage a fait un nom propre. L'expression an-nabī (le Prophète) est une apposition épithétique et explicative du nom de Muḥammad. L'auteur continue : *avec la grâce de Dieu que je souhaite à sa famille immaculée*. Selon Ṣāfi'ī il faut entendre par la « famille » de Muḥammad ses proches parents parmi les Banu Hāchim et les Banu l-Muṭṭalib, pour peu qu'ils aient embrassé la foi. Cependant quelques auteurs, et parmi

⁽⁵⁾ Le texte du Précis sera imprimé en italique, pour le distinguer du commentaire d'Ibn Qāsim lequel sera imprimé en romain. Sur Abū Choḡā°, Ibn Qāsim et leurs ouvrages, voy. La Préface.

⁽¹⁾ Célèbre grammairien, mort l'an 672 de l'Hégire. L'observation relative au mot ʿālamīn se trouve dans son ouvrage intitulé al-Alfja, p. 6 du texte arabe d'après l'édition de S. de Sacy.

⁽²⁾ En arabe rasoul. Par conséquent tout rasoul est un nabī, mais pas tout nabī est un rasoul.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

eux an-Nawawī ⁽³⁾, soutiennent que tous les musulmans appartiennent à la famille de Muḥammad. Peut-être le mot « immaculée » (aṭ-ṭāhirīn) est-il chez l'auteur une réminiscence des paroles du Coran (XXXIII: 33) : « et vous assurer une pureté parfaite ». L'auteur continue : *et* que Dieu accorde sa grâce à *ses compagnons*. C'est le pluriel du mot « compagnon », à savoir du Prophète, lequel pluriel est encore corroboré par les mots : *tous ensemble* !

L'auteur nous apprend ensuite qu'il a été invité à composer son Précis. C'est ce qui résulte de la phrase : *J'ai été invité par un de mes amis*, – l'auteur se sert du pluriel – *Que Dieu les garde !* – c'est une phrase dépréciative – à *composer un précis*, c'est-à-dire un livre où il y a peu de mots et beaucoup de choses, et qui contient un traité de *jurisprudence*. Le mot arabe fiqh (jurisprudence) signifie littéralement l'intelligence, mais, comme terme technique, il désigne la science des prescriptions légales concernant la pratique du droit, fondée sur des arguments analytiques. Le droit sera exposé dans le Précis *selon le l'Imām* et excellent juriste Nāṣir as-Sunna wa ad-Dīn Abū ʿAbd Allāh Muḥammad ibn Idrīs ibn al-'Abbās ibn ʿUṭmān ibn Ṣāfiʿ aṣ-Ṣāfiʿī, né à Ġazza l'an 150 de l'Hégire, ⁽⁴⁾ et mort – *Que Dieu, dans Sa clémence, soit satisfait de lui !* – le dernier vendredi du mois de Rajab de l'an 204 de l'Hégire. ⁽⁵⁾ L'auteur rend compte du caractère de son Précis. En premier lieu, il déclare que *L'ouvrage devra être très succinct et abrégé au plus haut point*, deux expressions qui ont à peu près la même force. En deuxième lieu, l'opuscule devra être *accessible à tout étudiant en droit, et facile à apprendre par cœur, même pour les moins avancés*. Cela signifie que celui qui désire apprendre par cœur un précis de jurisprudence pourra aussi facilement porter le livre de l'auteur dans sa mémoire qu'il porterait un objet sur son dos. *Enfin*, selon les instances de mon ami, *je devrai y, c'est-à-dire dans le Précis, insérer autant de distinctions que possible* relativement aux règles de droit, *et faire bien ressortir, c'est-à-dire constater, le caractère des différents préceptes*, de sorte que le lecteur puisse s'assurer si ce sont des préceptes obligatoires, recommandables, etc.

J'ai accueilli favorablement la demande formulée dans les paroles précitées de mon ami, *dans l'espoir d'obtenir une récompense*, de la part de Dieu dans l'autre vie, laquelle récompense me dédommagera de la peine que m'a coûtée le Précis qu'on va lire. L'auteur continue : *et soupirant après Dieu, le Loué, le Suprême*, afin que, dans Sa bonté, Il m'aide à mener à bonne fin le travail commencé, et *afin qu'Il m'assiste dans mes efforts pour annoncer la vérité*, c'est-à-dire l'opposé de l'erreur. Certes Il est l'être Suprême, et *peut*, c'est-à-dire Il a le pouvoir d'accomplir, *tout ce qu'Il désire*, c'est-à-dire tout ce qu'il veut, *et par rapport à Ses serviteurs Il est plein de bonté et instruit* de l'état où ils se trouvent. La sentence que Dieu est plein de bonté et instruit a été empruntée aux paroles du Coran (XLII:18) : « Dieu est plein de bonté envers Ses Serviteurs », et (VI:18,73 ; XXXIV:1) : « Il est sage et instruit de tout ». Du reste, « plein de bonté » (en arabe laṭīf) et « instruit » (ḥabīr) sont deux des épithètes de Dieu. La première signifie

⁽³⁾Sur an-Nawawī et ses œuvres voy F. Wüstenfeld : Ueber das Leben und die Schriften des Schreich Abu Zakarija Jahja an-Nawawī, Gottingen 1849. Il mourut l'an 676 de l'Hégire. J'ignore dans quel ouvrage an-Nawawī a émis l'opinion que le commentateur a en vue.

⁽⁴⁾= A. D. 767-768.

⁽⁵⁾= A. D. 819-820.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

primitivement qu'Il connaît toutes les subtilités et les difficultés, puis, dans un sens dérivé, qu'Il est bienveillant. Or Dieu, qui connaît Ses serviteurs et leurs besoins, doit forcément être plein de bonté envers eux, puisque tout savoir est ordinairement tout pardonner. L'épithète « instruit » implique à peu près la même idée. En arabe le verbe ḥabara (être instruit de) et l'adjectif ḥabīr (instruit) sont tous les deux des modalités de la notion de « savoir ».

L'auteur – Que Dieu ait pitié de son âme ! – continue ainsi qu'il suit :

LIVRE I.

Des prescriptions relatives aux purifications.

Section I.

Le mot arabe de kitāb (livre) est proprement un infinitif du verbe kataba, dont la signification primitive se rapporte à l'idée de jonction ou de réunion. Ce n'est que dans un sens conventionnel qu'on peut employer le mot de kitāb (livre) pour désigner la partie d'un ouvrage où ont été réunies des notions d'un même genre. Quant au mot arabe bāb (littéralement « porte » mais, dans le langage scientifique, « titre »), il désigne la partie d'un ouvrage où ont été réunies des notions d'une même espèce. C'est donc une subdivision. Le mot arabe pour « pureté légale » est ṭahāra. La signification dans le langage ordinaire en est « propreté » en général, mais, comme terme de droit, ce mot comporte un grand nombre d'explications, dont je me borne à citer la suivante : l'acte par lequel on se met à même d'accomplir la prière, le mot « acte » se rapportant tout aussi bien à l'ablution rituelle et au bain, qu'à la lustration pulvérale et aux différentes manières dont on peut faire cesser l'impureté matérielle. Outre le mot de ṭahāra on a encore en arabe le mot de ṭohāra ; mais ce dernier a une autre signification : c'est l'eau restée dans un vase quelconque après que l'on s'en est servi pour la purification.

L'eau étant par excellence l'instrument de la purification, l'auteur expose en premier lieu quelles sont les différentes espèces de ce liquide, dans les termes suivants : *Les espèces d'eau dont il est permis de, c'est-à-dire dont on peut légalement, se servir dans la purification, sont au nombre de sept: l'eau du ciel, c'est-à-dire l'eau descendue du ciel, appelée ordinairement l'eau de pluie, l'eau de mer, c'est-à-dire l'eau ayant un goût salé, l'eau de rivière, c'est-à-dire l'eau douce, l'eau de puits, l'eau de source, l'eau de neige et l'eau de grêle.* Les sept espèces d'eau sont comprises dans la règle de droit qu'on peut se servir dans la purification de toute eau descendue du ciel ou jaillissant de la terre, quelle qu'en soit la qualité ou l'origine. *En second lieu, l'eau est de, c'est-à-dire peut se diviser en, quatre catégories : il y a*

1° *l'eau pure en elle-même, qui purifie les objets ou le corps, et qui, ou plutôt dont l'emploi, n'est point blâmable ; c'est l'eau en général, sans restriction essentielle.* La restriction accidentelle n'a pas, comme la restriction essentielle, l'effet que le liquide cesse de pouvoir s'appeler « eau » tout court. Ainsi le jus des végétaux, quoique appelé en arabe leur « eau » (mā), n'est plus de l'eau proprement dite ; mais l'eau de puits n'en reste pas moins de l'eau dans le sens absolu du terme ; *puis il y a*

2° *l'eau pure qui purifie, mais qui est blâmable, c'est-à-dire que la loi blâme d'employer dans la purification du corps humain, mais non pas dans celle des objets devenus impurs, par exemple dans la purification d'une pièce d'étoffe.* L'auteur continue : *c'est l'eau ayant été exposée au soleil, et chauffée par l'effet de ses rayons.* Toutefois l'emploi de l'eau en question est seulement blâmable, selon la loi, dans les

climats chauds, et quand on l'a mise dans un vase dont la matière subit l'influence de l'eau chaude ; mais non pas si le vase est d'or ou d'argent, c'est-à-dire d'une matière qui ne s'oxyde point. De même, l'emploi d'eau chauffée par les rayons du soleil cesse d'être blâmable aussitôt qu'elle a perdu sa chaleur. Le juriste An-Nawawī rejette la règle entière ; ⁽¹⁾ seulement on est d'accord que l'emploi d'eau très-chaude ou très-froide est dans tous les cas blâmables ; *puis* il y a

3° *l'eau pure en elle-même, mais qui ne purifie point* les objets ou le corps ; *c'est l'eau dont on s'est déjà servi* pour faire disparaître une souillure du corps humain ou l'impureté accidentelle d'un objet, lors même que l'eau en question n'aurait pas été modifiée dans sa nature, et que le poids n'en aurait pas été augmenté par l'introduction de substances étrangères. Pour constater l'augmentation du poids, il faut prendre en considération la quantité d'eau que le corps ou l'objet auraient pu avoir absorbée pendant l'ablution. L'auteur continue : *ou qui a été modifiée dans sa nature* ; or la troisième catégorie comprend encore l'eau modifiée dans une ou plusieurs de ses qualités, *par le fait qu'on y a mêlé quelque chose*, c'est-à-dire une substance quelconque, *même de pur* ; mais la modification dont nous nous occupons doit être assez importante pour empêcher d'appeler désormais le liquide de l'« eau » sans restriction. L'eau modifiée de la sorte, quoique restée pure, est devenue impropre à purifier, et à cet égard il est indifférent que la modification soit réelle ou virtuelle, c'est-à-dire qu'elle soit perceptible par son odeur, son goût ou sa couleur, ou ne le soit point. Comme exemples d'une modification virtuelle on cite les cas où l'eau pure a été mélangée d'eau de roses qui a perdu son odeur et qui lui ressemble parfaitement, ou d'eau ayant servi à une purification antérieure, quoique n'ayant gardé aucune trace de cet emploi. En revanche, l'eau ne perd pas sa qualité purificatrice, et peut par conséquent encore servir à purifier, si l'introduction de la substance étrangère n'empêche point que le liquide s'appelle désormais de l'« eau » sans restriction, parce qu'il s'agit d'une substance pure et introduite en quantité minime, ou bien parce qu'il s'agit d'une substance ressemblant à de l'eau. La loi admet la ressemblance dans tous les cas où il n'y a pas une différence trop prononcée entre les qualités de l'eau et celles de la substance étrangère, le tout à la condition que le liquide n'ait point subi une modification proprement dite. Par l'emploi du mot « mélangée » l'auteur a voulu exclure l'idée d'un simple contact ; il en résulte que l'eau qui a seulement été en contact avec d'autres substances pures, ne perd point sa qualité purificatrice, même dans le cas d'une modification considérable. Il en est de même des substances qui sont l'accessoire naturel de l'eau, comme la boue et la mousse aquatique, et en général de tous les objets purs qui se trouvent par hasard dans le bassin ou dans le canal. L'eau modifiée de sa nature par le seul fait qu'elle est demeurée stagnante, reste propre à purifier ; *enfin* il y a

4° *l'eau impure*, ou plutôt devenue impure. Cette catégorie se subdivise en deux espèces, l'eau en petite quantité, et l'eau en grande quantité. L'eau impure en petite quantité, *c'est l'eau dans laquelle quelque substance impure a été dissoute*. Elle est devenue impure, aussi bien dans le cas où elle en a subi une modification de sa nature, que lorsqu'elle est restée de l'« eau » sans restriction. L'auteur continue : *et dont*, c'est

⁽¹⁾Toutefois dans le Minhāj at-Ṭālibīn (I, p. 10) Nawawī blâme l'emploi d'eau chauffée par le soleil

une condition nécessaire, *la quantité est inférieure à deux qolla*. Il me faut citer deux exceptions à cette règle : en premier lieu l'eau, même en une quantité de moins de deux qolla, n'est point rendue impure par un animal mort, pourvu que ce soit un animal dont le sang ne coule pas quand on le tue ou qu'on lui coupe un membre, par exemple une mouche, pourvu que l'insecte en question n'ait pas amené une modification de la nature du liquide. En second lieu, on ne fait aucun cas d'une impureté imperceptible de l'eau. Dans les ouvrages détaillés de jurisprudence on trouve encore d'autres exceptions, mais je dois suivre l'auteur, qui va parler de la seconde espèce d'eau impure dans les termes suivants : *ou bien l'eau en grande quantité, c'est-à-dire en quantité de deux qolla ou plus, mais ayant subi une modification de sa nature*. Alors on ne distingue pas entre une modification de peu ou une de beaucoup d'importance.

Deux qolla équivalent à-peu-près à 500 raṭl de Baḡdād, du moins c'est la meilleure doctrine. Selon An-Nawawī le raṭl de Baḡdād serait de 128 dirham.¹¹⁾

L'auteur a entièrement oublié de faire mention de l'eau qui, tout en étant en elle-même propre à purifier, est cependant prohibée par un motif spécial. Ainsi on ne peut légalement s'acquitter de l'ablution rituelle avec de l'eau mise à part pour être bue.

Section II.

De quelques objets qui, devenus impurs, admettent la purification par le tannage et d'autres qui ne sauraient être purifiés. *Les peaux des animaux morts de leur mort naturelle sont toutes susceptibles d'être purifiées par le tannage*, sans distinction entre les animaux dont la chair peut légalement servir de nourriture aux hommes et ceux dont la chair est prohibée.

Le tannage consiste à faire disparaître de la peau tout ce qui peut en causer la putréfaction, comme le sang, etc. ; mais il est de rigueur que ce soit au moyen d'un corrosif comme la noix de galle, lors même que le corrosif serait une chose impure. Ainsi, par exemple, des excréments de pigeons, tout en étant impurs, peuvent légalement servir au tannage. A cette règle toutefois il y a une exception, que l'auteur formule dans les termes suivants : *exception faites des peaux de chien ou de porc et de celles des animaux nés de leur copulation même avec un autre animal qui soit pur*. Or les peaux de tous ces animaux ne sauraient être purifiées par le tannage. *En outre, la loi considère comme impurs les os des animaux morts de leur mort naturelle, de même que leurs poils*, et à plus forte raison leur corps en son entier. Par « animal mort de sa mort naturelle » il faut entendre tout animal mort d'une autre façon que par l'abatage réglementaire ; il n'y a que le fœtus, trouvé mort dans le sein de la mère par suite de l'abatage réglementaire de celle-ci, qui soit pur, parce que l'abatage du fœtus est compris de plein droit dans celui de la mère. Il y a encore plusieurs autres exceptions aux règles qui précèdent ; on les trouve dans les ouvrages détaillés. L'auteur n'en mentionne qu'une seule, dans ces termes : *mais non les cheveux humains*, lesquels sont purs comme

¹¹⁾Cf. Minhaj at-Ṭālibīn I, p. 238. Sur le raṭl et le dirham v. Journal Asiatique 8ème Série, tome III, p. 428 et s. et IV, p. 210 et s.

du reste tout le cadavre humain.

Section III.

De la vaisselle dont l'emploi est illicite et de celle dont l'emploi est licite. L'auteur commence par la première, et dit : *Il est défendu* tant à l'homme qu'à la femme, exception faite du cas de force majeure, *de se servir* d'une espèce quelconque *de vaisselle d'or ou d'argent*, soit pour manger, soit pour boire, soit pour quelque autre usage que ce soit. Non seulement il est défendu de se servir de vaisselle de cette nature, mais encore la meilleure doctrine en interdit l'acquisition aux fidèles. La vaisselle dorée ou argentée est également prohibée dans le cas où l'objet aurait été doré ou argenté au feu, même partiellement. *Mais on peut légalement se servir de toute autre vaisselle* précieuse, à la seule condition que ce ne soit point de la vaisselle d'or ou d'argent. Ainsi la vaisselle ornée de pierreries est parfaitement licite. Quant à la vaisselle garnie de morceaux ou de plaques d'argent, la loi distingue les cas suivants :

1° les morceaux ou plaques sont d'un grand volume et ne servent que d'ornement : alors c'est de la vaisselle prohibée ;

2° les morceaux en plaques sont d'un grand volume, mais il en résulte quelque commodité dans l'usage : alors on peut se servir de la vaisselle, quoique ceci reste toujours un acte blâmable ;

3° les morceaux ou plaques ne sont que d'un petit volume et ne servent que d'ornement : alors l'emploi de la vaisselle est encore non prohibé mais blâmable ;

4° les morceaux ou plaques ne sont que d'un petit volume et il en résulte quelque commodité dans l'usage : alors il n'est ni défendu ni même blâmable de se servir de la vaisselle en question.

C'est la coutume locale qui détermine dans tous ces cas ce qu'il faut entendre par un grand ou par un petit volume.

La vaisselle ornée de morceaux ou de plaques d'or est toujours prohibée ; c'est ce qui a été bien décidé par An-Nawawī⁽¹⁾.

Section IV.

De l'emploi du cure-dents. L'emploi du cure-dents dans l'ablution est une pratique de la sunna. Le mot signifie en général tout objet dont on peut se servir pour se nettoyer les dents, comme les branches et racines de l'arbre appelé arāk, etc.⁽²⁾ *L'emploi du cure-*

⁽¹⁾Cf. Minhāj at-Tālibīn I, p. 14.

⁽²⁾Cf. Minhāj at-Tālibīn I, p. 453

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

dents est toujours recommandable, et même on peut sans blâme se servir de l'instrument en guise de passe-temps, à moins que l'on ne soit en jeûne dans l'après-midi. À cet égard, la loi ne distingue point entre le jeûne obligatoire et le jeûne surérogatoire, mais l'acte cesse d'être blâmable aussitôt que le soleil s'est couché, et même si An-Nawawī a soutenu qu'il ne l'est jamais.⁽³⁾ Il est surtout recommandable de se servir de l'instrument, c'est-à-dire du cure-dents, dans les trois cas suivants en particulier :

1° lorsque le goût dans la bouche est changé par l'abstinence de parler ou, selon d'autres, de manger. L'auteur ajoute le mot etc., pour désigner toute autre cause de changement de goût dans la bouche, par exemple le changement du goût résultant de ce que l'on a mangé quelque chose qui sent mauvais, comme de l'ail ou de l'oignon ; puis l'emploi du cure-dents est recommandable

2° lorsqu'on se lève, c'est-à-dire lorsqu'on s'éveille du sommeil, et enfin

3° lorsqu'on va s'acquitter d'une prière soit obligatoire, soit surérogatoire.

L'emploi du cure-dents est encore indiscutablement méritoire dans plusieurs autres occasions, que l'on trouve exposées dans les ouvrages détaillés de la jurisprudence, par exemple quand on va réciter le Coran, ou quand les dents sont devenues jaunes. Dans tous les cas où l'emploi du cure-dents est prescrit par la Sunna, celle-ci exige que l'acte soit précédé de l'intention d'accomplir une œuvre méritoire. Elle a introduit en outre de tenir le cure-dents de la main droite, de commencer le nettoyage des dents par le côté droit de la bouche, et de faire passer le cure-dents doucement sur la voûte palatine et sur la couronne des dents molaires.

Section V.

Des pratiques obligatoires (*fard*) pour la validité de l'ablution rituelle (*wuḍū*). D'après l'opinion générale des grammairiens, le mot arabe de *wuḍū* signifie « ablution », c'est-à-dire l'acte, tandis que le mot arabe de *waḍū* signifie l'eau dont on se sert pour accomplir l'ablution. Ici il ne s'agit que de l'ablution rituelle, laquelle se compose de pratiques obligatoires et pratiques de la sunna. L'auteur mentionne en premier lieu des pratiques obligatoires (*fard*), dans ces termes : *Les pratiques obligatoires (fard) dans l'ablution sont au nombre de six : il y a*

1° l'intention, en arabe nīya, mot par lequel on entend, aux termes de la loi, que l'on se propose un acte quelconque et que l'on se met à l'accomplir. Lorsqu'au contraire c'est un acte dont l'accomplissement est encore éloigné, le fait de s'être proposé l'acte appelle une « résolution » (‘azm). L'intention doit se formuler au moment de procéder à l'ablution de la première partie du visage, c'est-à-dire elle doit accompagner l'ablution de la partie du visage par laquelle on commence l'acte de dévotion. La loi n'exige pas que

⁽³⁾Dans le Minhāj at-Tālibin I, p. 25 on lit précisément le contraire.

l'intention dure jusqu'à ce que l'ablution du visage soit terminée, mais, d'un autre côté, l'intention ne saurait se formuler avant de commencer l'ablution du visage, ni après que celle-ci est terminée. L'intention du fidèle procédant à l'ablution du visage doit consister dans le dessein, soit de faire cesser la souillure légère dont il a peur d'être atteint, soit de se rendre légalement capable d'accomplir un acte de dévotion exigeant l'ablution préalable, soit d'accomplir l'ablution comme un devoir prescrit par la loi, soit d'accomplir l'ablution sans la préciser, soit enfin de se purifier d'une souillure légère. Dans le dernier cas il ne suffirait point d'avoir le dessein de se purifier sans rien de plus, mais il faut encore y ajouter que ce sera une purification relative à une souillure légère. Quand on a formulé une des intentions précitées, l'ablution reste valable, lors même qu'on aurait eu en même temps l'intention de se nettoyer le corps ou de se rafraîchir ; *puis la loi exige*.

2° *l'ablution du visage* en son entier, premièrement de haut en bas, depuis l'endroit où commence la chevelure jusqu'à l'extrémité des mâchoires inférieures, c'est-à-dire à l'extrémité des deux os qui supportent les dents inférieures et qui vont du menton aux oreilles. En second lieu, on lave le visage de droite à gauche, d'une oreille à l'autre. Dans le cas où le visage serait couvert de poils, soit épars, soit denses, il faut encore que l'eau parvienne jusqu'à la peau au-dessous. Quant à la barbe d'un homme, lorsqu'elle est bien fournie, c'est-à-dire lorsque celui qui adresse la parole à l'homme en question ne voit pas la peau entre les poils dont elle se compose, il suffit d'en laver la superficie. Lorsqu'au contraire la barbe d'un homme est légère, c'est-à-dire lorsqu'un interlocuteur peut distinguer la peau au-dessous, il est de rigueur que l'eau parvienne jusqu'à la peau, et il en est de même de la barbe d'une femme ou d'un hermaphrodite, quelque épaisse qu'elle soit. L'ablution du visage doit sans conteste s'étendre encore à une partie du crâne et du cou, soit au-dessous du menton ; *puis la loi exige*

3° *l'ablution des mains et des bras y compris les coudes*. Dans le cas où le croyant n'aurait pas de coudes, il lui faut pratiquer cette ablution à l'endroit où ils devraient se trouver. L'ablution des mains et des bras implique celle des poils qui s'y trouvent, des glandes, des doigts, même des doigts surabondants, et des ongles. Quant à ces derniers, on doit non seulement en nettoyer la surface, mais encore enlever de dessous toute saleté formant obstacle à ce que l'eau pénètre entre l'ongle et la peau ; *puis la loi exige*

4° *la madéfaction d'une partie du crâne*, prescription qui concerne tout aussi bien les hommes que les femmes et les hermaphrodites. Il suffit de mouiller quelques-uns des cheveux qui poussent à l'extrémité du cuir chevelu, et même pour cela il n'est pas de rigueur de se mouiller avec la main : on peut se mouiller avec un lambeau d'étoffe ou avec tout autre objet. Du reste, rien n'empêche de se laver la tête entière, et en revanche on est encore en règle quand on s'est borné à se poser la main mouillée sur la tête, sans procéder à une ablution proprement dite ; *puis la loi exige*

5° *l'ablution des pieds, les chevilles compris*, du moins si le fidèle n'est pas chaussé. Or, s'il porte une chaussure, il a le choix entre la madéfaction de celle-ci et l'ablution des pieds. L'ablution des pieds, comme celle des mains et des bras, implique l'ablution des poils qui s'y trouvent, des glandes, et des doigts, même des doigts surabondants ; *enfin il y a à noter*

6° *l'observation de l'ordre prescrit* pour les actes qui constituent l'ablution, comme, c'est-à-dire de la manière dont, *nous venons de l'exposer* en énumérant les pratiques obligatoires (fard). L'inobservance de l'ordre prescrit a pour effet d'invalidier en son entier l'ablution rituelle. Il résulte encore de ce principe que le fidèle qui, en se lavant le visage, accomplit en même temps l'ablution des bras et des pieds et de la madéfaction du crâne, est censé n'avoir pratiqué que l'ablution du visage, c'est-à-dire le premier acte de l'ablution rituelle. Dans ces circonstances la loi ne distingue pas entre les contraventions commises à dessein et celles commises par inadvertance.

Les pratiques de la sunna dans l'ablution rituelle sont au nombre de dix ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, forment dix catégories. Or la sunna prescrit au fidèle de commencer l'ablution rituelle par *l'acte de prononcer la formule « Au nom de Dieu, etc. »*. Il faut dire au moins : « Au nom de Dieu », mais il vaut mieux qu'on prononce la formule entière : « Au nom de Dieu, le Clément et le Miséricordieux ». Celui qui a négligé de prononcer la formule en commençant son acte de dévotion, doit réparer sa faute en la prononçant au milieu ; mais, l'ablution rituelle terminée, la formule ne saura plus se prononcer aux termes de la loi. On accomplit *l'ablution des mains* jusqu'aux poignets avant de procéder au rincement de la bouche. Dans le cas où l'on n'a pas de certitude relativement à la pureté de ses mains, on les lave trois fois *avant de les tremper dans le vase* qui contient l'eau destinée aux ablutions rituelles de la communauté, si la quantité de l'eau est inférieure à deux qolla.⁽¹⁾

Or dans ce cas il est blâmable de tremper ses mains non lavées dans le vase commun, à moins que l'on ne sache pour sûr que l'on a les mains pures. Lorsque, au contraire, on s'est assuré de la pureté de ses mains, on peut sans blâme les tremper dans l'eau en question sans les laver préalablement. On accomplit *le rincement de la bouche* après l'ablution des mains. On a satisfait en principe à la sunna, quand on a pris l'eau dans sa bouche, même sans l'avoir fait circuler et sans l'avoir rejetée. Ces deux actes sont toutefois de rigueur lorsqu'on veut pratiquer le rincement de la meilleure manière possible. On accomplit *le reniflement de l'eau par les narines* après le rincement. On a satisfait en principe à la sunna, quand on a introduit l'eau dans les narines, même sans l'avoir attirée jusque dans les canaux intérieurs du nez et sans l'en avoir fait ressortir. Toutefois l'acte cité en dernier lieu est de rigueur lorsqu'on veut pratiquer le reniflement de la meilleure manière possible. Le rincement peut se combiner avec le reniflement : alors on prend trois gorgées d'eau, dont on se rince et qu'on renifle ensuite, et ce procédé est même regardé comme meilleur que d'accomplir les deux actes séparément. Puis on procède à *la madéfaction du crâne en son entier*, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, à la madéfaction générale du crâne. Quant à la madéfaction d'une partie du crâne, nous venons de voir que c'est, non une pratique de la sunna, mais une pratique rigoureusement obligatoire. Le fidèle qui ne veut pas se découvrir, peut tout aussi bien pratiquer la madéfaction sur le turban, etc. qu'il a sur la tête. On s'acquitte de *la madéfaction des deux oreilles entières, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur, madéfaction pour laquelle on prend de l'eau n'ayant pas encore servi*, c'est-à-dire n'ayant

⁽¹⁾Voy. Section I du présent Livre.

pas servi pour la madéfaction du crâne. La sunna prescrit le procédé suivant pour accomplir la madéfaction des oreilles : on introduit les deux index, chacun dans la cavité d'une des deux oreilles ; on les fait tourner dans les replis ; on fait passer les pouces sur les conques extérieures des oreilles, et enfin on met ses deux mains mouillées sur ses deux oreilles pour être certain de les avoir humectées entièrement. On accomplit *la séparation des poils de la barbe quand elle est bien fournie*, et lorsqu'il s'agit de la barbe d'un homme. Quant à la barbe légère d'un homme, nous venons de voir qu'il est obligatoire d'en séparer les poils, et il en est de même de la barbe d'une femme ou d'un hermaphrodite, quelque épaisse qu'elle soit.⁽²⁾ Pour séparer les poils de la barbe on passe les doigts à travers, à commencer par l'extrémité des poils, c'est-à-dire de bas en haut. L'auteur continue : *la séparation des doigts des mains et des pieds* dans le cas où l'eau serait déjà parvenue entre les doigts par la suite de l'ablution des pieds.⁽³⁾ Dans le cas contraire, c'est-à-dire quand l'eau ne peut pas parvenir entre les doigts sans une séparation préalable, par exemple quand les doigts sont entrelacés, l'acte de les séparer est même obligatoire. A cette règle il n'y a qu'une seule exception : si la séparation des doigts ne peut avoir lieu sans les blesser, l'acte de les séparer est défendu. On se sépare les doigts des mains en mettant simplement les doigts de l'une des mains entre ceux de l'autre ; mais pour la séparation des doigts des pieds, la loi a introduit un procédé spécial ; on les sépare avec le petit doigt de la main gauche, à commencer par le petit doigt du pied droit et pour finir par le petit doigt du pied gauche, le tout en opérant la séparation de bas en haut. On observe *la priorité du côté droit*, tant par rapport aux mains que par rapport aux pieds, *sur le côté gauche*. S'il s'agit de parties du corps dont on peut facilement accomplir ensemble l'ablution, comme les deux joues, la loi n'admet point de priorité entre les deux côtés et on procède à l'ablution d'un seul coup.

L'auteur mentionne encore comme une règle de la sunna que l'ablution ou la madéfaction de chaque membre du corps doivent avoir lieu trois fois. Il formule cette règle par le terme : *la purification par trois fois* ; mais cette règle n'a pas trait à la madéfaction de la chaussure. Dans quelques exemplaires on lit : « la répétition par trois fois », c'est-à-dire des ablutions et des madéfactions. L'auteur formule ainsi qu'il suit la dernière des dix pratiques de la sunna : *et la continuité*, ce qui veut dire que les actes constituant l'ablution rituelle se succèdent sans interruption. La continuité est suffisamment observée s'il n'y a pas un long intervalle entre l'ablution ou la madéfaction des différentes parties du corps, de sorte que l'on procède à la purification des parties du corps l'une après l'autre, et que l'ablution ou la madéfaction d'une partie suivante commence avant que la partie précédente puisse s'être séchée dans les conditions ordinaires de la température, de la constitution physique du fidèle et de la saison. Au cas où il s'agit d'une ablution qui se répète trois fois, on prend en considération, en ce qui regarde le sujet qui nous occupe, la dernière des trois ablutions. La continuité est seulement un précepte de la sunna quand on n'est pas pressé ; mais si l'heure de la prière est proche, elle est même obligatoire.

Il y a encore d'autres préceptes de la sunna relatifs à l'ablution rituelle, mais pour ces préceptes il nous faut renvoyer le lecteur aux livres de jurisprudence détaillés.

⁽²⁾Voy. Plus haut page 7

⁽³⁾Voy. Plus haut page 7

Section VI.

Du **nettoiemnt** après la selle et de ce que le fidèle doit observer s'il veut faire ses besoins naturels avec décence. Le **nettoiemnt** après la selle s'appelle en arabe istinjā, mot dérivé du verbe najā « se délivrer de quelque chose », c'est-à-dire la retrancher, comme si le croyant, en se nettoyant après la selle, retranchait la saleté de son corps. Ce **nettoiemnt** est rendu nécessaire par l'évacuation de tout excrément liquide ou solide. Il s'opère avec de l'eau ou avec des pierres, la loi comprenant sous la dénomination de « pierre », par rapport au sujet qui nous occupe, tout objet solide et pur propre à enlever la saleté, pourvu que ce ne soit pas un objet vénérable. La meilleure façon de l'accomplir consiste toutefois, en ce que l'on se serve en premier lieu de pierres, et ensuite que l'on procède, en second lieu, à un nouveau **nettoiemnt** avec de l'eau. Il est obligatoire de réitérer le frottement par trois fois, lors même que ce serait avec trois différents côtés d'une seule pierre. La loi permet que l'on, c'est-à-dire que le fidèle qui a été à la selle, se borne, soit au **nettoiemnt** avec de l'eau, soit à celui avec trois pierres, le dernier cependant à la condition que l'endroit souillé soit nettoyé réellement. Si trois pierres n'y suffisent pas, il faut en employer un plus grand nombre.

Après que l'on a fait disparaître du corps toutes les traces de saleté, la sunna exige un frottement trois fois répété ; mais quand on veut se borner à l'emploi seul, soit de l'eau, soit des pierres, alors l'emploi de l'eau est toujours préférable, parce que l'eau enlève non seulement les traces de l'impureté, mais encore l'impureté elle-même. Le **nettoiemnt** seulement avec des pierres n'est valable qu'à la triple condition que la matière impure sortie du corps ne soit pas encore sèche, qu'elle se trouve encore à l'orifice du canal, et que l'endroit n'ait pas été atteint d'une impureté ultérieure. Dans tous les cas où une ou plusieurs de ces conditions font défaut, le **nettoiemnt** avec de l'eau est obligatoire.

Le fidèle doit nécessairement, durant l'acte de faire ses besoins naturels, éviter de tourner le visage vers la qibla⁽¹⁾ actuelle, c'est-à-dire dans la direction de la Ka'ba ou sanctuaire de la Mecque. S'il se trouve dans une plaine, il doit encore prendre garde de ne pas tourner le dos dans cette direction à moins qu'il n'y ait entre lui et le sanctuaire un objet intermédiaire d'une hauteur de deux tiers d'une coudée ou plus, la distance entre lui et l'objet en question ne dépassant pas trois coudées. Selon quelques auteurs, il faut ajouter que la coudée est ici la coudée humaine et non la mesure conventionnelle. En faisant ses besoins naturels dans un édifice, on est soumis aux mêmes prescriptions que quand on les fait dans une plaine ; seulement, s'il s'agit d'un édifice spécialement destiné à servir de latrines, toutes les règles précitées n'ont pas besoin d'être suivies. Nous venons d'ajouter au mot de qibla le mot d'« actuelle » pour exclure toute autre direction que celle du sanctuaire de la Mecque, lors même que ce serait la direction d'un endroit qui, comme Jérusalem, a été la qibla dans le temps passé, mais ne l'est plus de nos jours. Or, tourner le visage ou le dos vers cette ville constitue seulement un acte blâmable, mais non un acte défendu.

Il ne doit pas, c'est-à-dire la décence interdit au fidèle qui fait ses besoins naturels,

⁽¹⁾Endroit vers lequel il faut se tourner pendant la prière. Voy. Plus bas, Livre II, Section III.

de faire couler son urine ou de déposer ses matières stercorales dans de l'eau stagnante. Quant à l'eau courante, l'acte en question est seulement blâmable si le courant d'eau est exigü, mais non dans le cas contraire. Toutefois an-Nawawî a émis l'opinion que l'acte d'uriner ou de déposer ses matières stercorales dans un petit volume d'eau, soit stagnante, soit courante, doit être considéré, non comme blâmable, mais comme rigoureusement défendu. ⁽¹⁾ L'auteur ajoute : *ni* peut-on convenablement faire ses besoins naturels sous un arbre fruitier, même quand l'arbre ne porte point de fruits ; *ni* peut-on faire sur le chemin public, du moins si c'est un chemin fréquenté ; *ni enfin* peut-on les faire quelque part où l'on est dans l'ombre, en été, ou dans un lieu exposé au soleil, en hiver ou dans un trou creusé dans la terre. Le mot « trou » signifie, par rapport au sujet qui nous occupe, toute ouverture en creux de forme circulaire ; mais il faut savoir que les paroles « ou un trou » manquent dans quelques exemplaires du Précis. En outre, selon les convenances, en faisant ses besoins naturels, le fidèle n'adressera la parole à personne, ni en urinant, ni pendant l'acte de déposer ses matières stercorales, à moins que ce ne soit en cas d'urgence, par exemple, quand il veut avertir quelqu'un d'autre qu'un serpent est sur le point de l'attaquer. Alors on peut sans blâme adresser la parole à la personne menacée. L'auteur continue ; *et il ne doit pas non plus tourner le visage ou le dos dans la direction du soleil ou de la lune*, car ce sont aussi des actes blâmés par la loi pendant que l'on est occupé à faire ses besoins naturels. Seulement An-Nawawî, dans ses ouvrages intitulés ar-Rawḍa et Šarḥ al-Muhaddab (Commentaire sur le Muhaddab), prétend que l'on peut sans blâme tourner le dos vers le soleil ou la lune dans les circonstances que nous avons en vue. Dans son Charḥ al-Wasīṭ (Commentaire sur le Wasīṭ), cet auteur va plus loin encore, en disant que l'acte de tourner le visage ou le dos vers le soleil ou vers la lune est également licite, tandis que, dans son livre intitulé at-Taḥqīq, il ajoute que la règle qui déclare blâmable de tourner le visage vers le soleil ou vers la lune n'a aucune base solide. ⁽²⁾ Au reste, il faut savoir que cette règle entière manque dans quelques exemplaires du Précis.

Section VII.

Des circonstances qui invalident l'ablution rituelle, ou, en d'autres termes, des causes de la souillure légère du corps humain. *Les circonstances qui invalident, c'est-à-dire annulent, l'ablution rituelle sont au nombre de cinq* : il y a

1° la sortie du corps humain d'une substance quelconque par l'une des deux voies, c'est-à-dire par la voie urinaire et par la voie stercoraire, pourvu qu'il s'agisse d'une personne vivante et ayant un sexe déterminé. La loi ne distingue point entre les

⁽¹⁾Cf. Minhâj at-Ṭālibin I, p. 18 et 19.

⁽²⁾Sur la Rawḍa, voy. Wüstenfeld, op. cit. p. 53. C'est un extrait du Faṭḥ al-'Azîz, c'est-à-dire du commentaire écrit par ar-Rāfi'î sur le Wajîz de Ġazzâlî. Le Mohadsdsab est un ouvrage d'Abū Ishâq ach-Chîrâzî, célèbre juriste, mort l'an 476 de l'Hégire, et le commentaire de Nawawî porte le titre de Majmou' (cf. Ibid. p. 55). Le commentaire sur le Wasīṭ de Ġazzâlî se trouve mentionné Ibid. p. 56 sous le titre de Nokat 'alâ l-Wasīṭ, et le Taḥqīq Ibid. p. 55. Hojjat al-Islâm Abū Hâmid Muḥammad al-Ġazzâlî mourut l'an 505 de l'Hégire, et Abū l-Qâsim 'Abd al-Karîm ibn Muḥammad ar-Rāfi'î, l'an 623.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

sécrétions ordinaires, comme l'urine et les matières stercorales, et les sécrétions exceptionnelles, comme le sang et les calculs, ni entre les sécrétions impures, comme celles dont nous venons de parler, et les sécrétions pures, comme des vers. A cette règle il n'y a d'autre exception que celle formulée par l'auteur en ces termes : *excepté le sperme émis, dans un rêve lascif, par un croyant qui s'était endormi en restant solidement assis*. Quant à l'hermaphrodite, son ablution n'est invalidée que par une sécrétion sortant de ses deux parties génitales à la fois ; *puis il y a*

2° *le sommeil, à moins que l'on ne se soit endormi en restant solidement assis*. Dans quelques exemplaires du Précis l'auteur ajoute « à terre » ; mais ces mots sont superflus, parce qu'ils ne constituent point une restriction. En disant « solidement assis », l'auteur a voulu excepter, premièrement, le sommeil d'une personne assise mais non solidement assise, et, en second lieu, le sommeil d'une personne restée debout ou couchée sur l'occiput, lors même qu'elle se serait reposée sur un objet solidement placé ; *puis il y a*

3° *la perte de la connaissance, c'est-à-dire de l'empire sur soi-même, par suite d'ivresse ou de maladie, ou bien par suite de démence, d'évanouissement, etc. ; puis il y a*

4° *le fait qu'un homme a touché l'épiderme d'une femme étrangère, excepté celle de ses parentes aux degrés prohibés*. Cette règle regarde non seulement l'attouchement d'une femme vivante, mais encore celui d'un cadavre. Par « homme » et « femme », il faut entendre ici toute personne de l'un ou de l'autre sexe, parvenue à l'âge où le désir sexuel se manifeste ordinairement, et par « degré prohibé » le degré de parenté, de parenté de lait ou d'affinité, qui forme obstacle au mariage. L'auteur ajoute : *d'un contact immédiat*, pour faire ressortir que l'ablution rituelle préalable reste intacte dans tous les cas où il y a quelque objet intermédiaire entre l'épiderme de l'homme et celui de la femme ; *enfin*

5° l'auteur nous apprend que la dernière circonstance qui invalide l'ablution rituelle, est *l'attouchement des parties génitales d'un être humain avec l'intérieur de la main*. A cet égard, la loi ne distingue pas entre les parties génitales mêmes de celui qui les touche et celles d'une autre personne, ni entre les parties génitales d'un homme et celles d'une femme, ni entre les parties génitales d'une personne en bas âge et celles d'une personne nubile, ni enfin entre les parties génitales d'une personne vivante et celles d'un cadavre. Les mots « d'un être humain » manquent dans quelques exemplaires du Précis, et il en est de même des mots : *et l'attouchement de l'orifice de l'anus*. Cependant il est avéré que l'attouchement de cette partie du corps d'un être humain est encore une circonstance qui invalide l'ablution, *d'après la doctrine* exposée dans les ouvrages *de la seconde période de Šāfi'i*. ⁽¹⁾ En revanche, dans la première période de sa vie, cet Imām n'admettait point l'attouchement de l'orifice de l'anus comme une cause de souillure légère. Les mots « orifice de l'anus » doivent s'interpréter restrictivement et n'impliquent point les autres parties de l'anus, et l'expression « l'intérieur de la main » se rapporte à la paume de la main et à l'intérieur des doigts, mais non au dessus de la main, ni aux bords de la main, ni aux bouts des doigts, ni enfin aux côtés des doigts, c'est-à-dire la partie entre les bouts et le bord supérieur de la main.

⁽¹⁾Cf. Minhāj at-Ṭālibin III, p. 522

Or tous ces attouchements restent sans effet légal, à la condition qu'il s'agisse d'un attouchement léger.

Section VIII.

Des circonstances qui rendent le bain nécessaire. Dans le langage ordinaire le mot « bain » (ḡusl) signifie en général l'écoulement d'eau sur un objet quelconque, mais, comme terme de droite, le « bain » est l'ablution générale du corps accomplie dans une intention spéciale.

Les circonstances qui rendent le bain nécessaire sont au nombre de six. Trois de ces six circonstances se rapportent aux deux sexes. La première en est la rencontre des parties circoncises de deux individus de sexe différent. « Rencontre » signifie ici l'introduction du gland de la verge ou de ce qui en tient lieu en cas de perte du gland, par un homme vivant dans les parties génitales d'une femme, d'un animal quelconque, même d'un poisson. L'homme qui a commis cet acte est atteint d'une souillure grave tout aussi bien que la femme ; mais si l'acte a été commis sur un cadavre ayant déjà subi l'ablution funéraire, le cadavre en question n'a pas besoin d'être lavé de nouveau.

L'hermaphrodite, dont le sexe est incertain, n'est point en état de souillure grave, ni quand il a introduit sa verge dans une autre personne, ni quand il a subi l'introduction.

La deuxième des circonstances qui rendent le bain nécessaire pour l'homme aussi bien que pour la femme *consiste dans l'émission*, c'est-à-dire la sortie, *du sperme*, non causée par l'introduction de la verge. L'émission est une cause de souillure grave, de quelque petite importance qu'elle soit ; même l'émission d'une seule goutte et l'émission malade de sperme ayant la couleur du sang sont comprises dans les termes de la loi. Il est encore indifférent que l'émission ait lieu par suite du coït ou non, qu'elle ait lieu pendant qu'on est éveillé ou pendant le sommeil, qu'elle soit ou non accompagnée d'un sentiment lascif, et enfin qu'elle ait lieu par la voie ordinaire ou par une autre voie, ce qui peut arriver par exemple à la suite d'une lésion de l'épine dorsale. *En troisième lieu le bain est nécessaire* pour l'homme et pour la femme *par suite de la mort*, excepté quand il s'agit d'un martyr.

Trois autres circonstances qui rendent le bain nécessaire, sont spéciales aux femmes, savoir : la menstruation, c'est-à-dire la sécrétion périodique de sang d'une femme ayant neuf ans accomplis ; puis *les lochies*, c'est-à-dire la sécrétion de sang après les couches. Tout le monde est d'accord que les lochies rendent le bain nécessaire. L'auteur ajoute : *et les couches* elles-mêmes. Les couches accompagnées d'écoulements rendent encore le bain nécessaire selon tous les juristes, et selon la meilleure doctrine, il en est de même des couches non accompagnées d'écoulements.

Section IX.

Les pratiques obligatoires (fard) pour la validité du bain sont au nombre de trois, dont la première est l'intention. Le croyant, lorsqu'il est atteint d'une souillure grave, doit avoir l'intention de la faire disparaître ; mais la loi n'exige point qu'en formulant son intention, il prononce les mots : « souillure grave ». Seule la femme qui prend le bain après sa menstruation ou ses lochies doit, en formulant son intention, se servir des mots « menstruation » ou « lochies », comme paroles sacramentelles. L'intention se formule dès que l'on procède au premier acte nécessaire du bain, c'est-à-dire au moment où l'eau atteint le corps soit de haut en bas, soit de bas en haut. Quand on ne formule l'intention qu'après avoir mouillé une partie du corps, le bain est à recommencer.

La deuxième des pratiques obligatoires (fard) est *l'acte de faire disparaître toute impureté du corps*, c'est-à-dire du corps du fidèle qui prend le bain. C'est ce qui a été établi comme une règle de droit par ar-Rāfi'ī ⁽¹⁾. Il s'ensuit que le bain à lui seul ne suffit pas pour enlever la souillure et l'impureté à la fois ; mais cette règle entière est rejetée par an-Nawawī ⁽²⁾. Cependant, la divergence d'opinion entre les deux auteurs n'a trait qu'à l'impureté imperceptible ; car s'il s'agit d'une impureté matérielle et perceptible, tout le monde est d'accord qu'il faut en premier lieu la faire disparaître par un lavage et puis prendre un bain.

La dernière des pratiques obligatoires (fard) pour la validité du bain a été formulée par l'auteur ainsi qu'il suit : *et l'acte de faire parvenir l'eau non seulement aux cheveux et aux poils sur le corps, mais encore à la peau au-dessous.* Dans quelques exemplaires du Précis on lit que l'eau doit parvenir aux « racines » des cheveux et des poils. En tout cas les cheveux sur la tête et les poils sur les autres parties du corps sont soumis à la même règle, et la loi ne distingue pas non plus entre les cheveux ou poils qui sont épais et ceux qui ne le sont point. Une personne portant les cheveux en tresses doit défaire celles-ci, dans le cas où elles formeraient obstacle à ce que l'eau parvienne à l'intérieur des tresses. Par « peau », l'auteur entend l'épiderme visible. Il faut laver en outre la partie extérieure de la cavité des oreilles et du nez ; à supposer que le croyant ait un nez mutilé de manière à ce que la cavité en soit visible, et il en est de même de tous les plis de la peau. L'incirconcis doit faire parvenir l'eau sous le prépuce et la femme dans l'orifice du vagin, pour peu que cet orifice s'ouvre quand elle s'assied pour faire ses besoins naturels. Parmi les parties du corps qu'il faut laver, la loi fait une mention spéciale de l'orifice de l'anus parce que parfois il s'ouvre aussi et qu'il appartient par conséquent à l'extérieur du corps.

Les pratiques de la sunna, c'est-à-dire par rapport au bain, sont au nombre de cinq, savoir: l'acte de prononcer la formule « au nom de Dieu, etc., » l'ablution rituelle entière et préalable. Le fidèle doit avoir l'intention d'accomplir cette ablution comme un pratique de la sunna relative au bain, dans tous les cas où sa souillure légère : autrement son intention doit se rapporter à celle-ci. L'auteur continue : *l'acte de passer la main sur*

⁽¹⁾Sur ar-Rāfi'ī voy. Plus haut p. -- n.-. Il est l'auteur du manuel de droit intitulé al-Moḥarrar dont, comme on sait, le Minhāj at-Ṭālibīn de Nawawī (voy. Plus haut p. - n. -) est un abrégé ou plutôt une paraphrase.

⁽²⁾Cf. Minhāj at-Ṭālibīn, I p. 35

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

ce qu'elle peut atteindre de la *chair*, en d'autres termes, l'acte de se frotter de la main, et la *continuité*. Nous avons déjà expliqué ce que veut dire « continuité, » en parlant de l'ablution rituelle ⁽³⁾. L'auteur ajoute encore : *et la priorité du côté droit du corps sur le côté gauche*.

Il y a encore d'autres pratiques que la sunna exige d'observer dans le bain, mais le lecteur les trouvera exposées dans les ouvrages détaillés. J'en mentionne deux seulement : la répétition par trois fois de tous les actes constituant le bain, et la séparation des poils et des cheveux.

Section X.

Les bains exigés par la sunna sont au nombre de dix-sept : le bain du Vendredi. Ce bain est prescrit seulement au fidèle qui va assister à la prière publique. Le temps légal pour ce bain commence dès l'apparition de l'aube. L'auteur continue : et le bain des deux fêtes, à savoir le bain de la fête de la rupture du jeûne et le bain de la fête des sacrifices. Le temps légal pour ces bains commence dès minuit. Puis il y a celui à l'occasion de la prière en temps de sécheresse, c'est-à-dire de la prière adressée à Dieu pour demander de la pluie ; celui à l'occasion d'une éclipse nocturne, c'est-à-dire de la lune, ou d'une éclipse diurne, c'est-à-dire du soleil. L'auteur continue : le bain à cause de l'ablution funéraire, sans distinguer si le défunt était musulman ou infidèle, et le bain, à cause de la conversion d'un infidèle. Or la sunna a introduit que l'infidèle lors de sa conversion ait à prendre un bain, à supposer qu'il n'ait pas été atteint d'une souillure grave ou, s'il s'agit d'une femme, qu'elle n'ait pas encore eu ses menstrues avant la conversion ; car dans ces cas, le bain ne serait point une simple affaire de sunna, mais rigoureusement obligatoire. C'est la meilleure doctrine, quoique d'autres prétendent que la conversion fait cesser de plein droit toutes les souillures antérieures. L'auteur continue : celui des personnes qui reviennent à elles après un accès de démence ou après un évanouissement, pour peu qu'il n'existe pas à leur égard une cause de souillure grave comme l'émission du sperme, car, ce cas échéant, le bain serait encore obligatoire. L'auteur continue : et celui d'un mineur qui atteint sa puberté ; le bain à l'occasion de la prise de l'ihrām. Ce bain est prescrit par la sunna à tout individu qui se met en ihrām, sans distinguer entre les majeurs et les mineurs, ni entre les aliénés et les gens doués de raison, ni entre les femmes souillées par la menstruation et celles qui ne le sont pas. En cas de manque d'eau, ce bain est remplacé par la lustration pulvérale. L'auteur continue : et le bain à l'occasion de l'entrée dans la Mecque dans le but d'y accomplir le pèlerinage ou la visite ; celui à l'occasion de la halte au mont °Arafa, le neuvième jour du mois Dûl Hijja ; celui à l'occasion de la halte nocturne à Mozdalifa ; celui à l'occasion de la lapidation des trois tas de pierres aux trois jours appelés Ayyām at-Tachriq. Le dernier bain se prend à chacun de ces trois jours. En revanche, on ne prend pas un bain spécial pour la lapidation du tas de pierres appelé Jamrat al-°Aqaba, le jour de l'immolation des victimes, parce qu'alors on a pris récemment le bain de la halte au mont °Arafa ; et en dernier lieu l'auteur mentionne le

⁽³⁾Voy. Plus haut, p. 8-9

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

bain à l'occasion des tournées autour du sanctuaire de la Mecque. Cette règle concerne seulement les tournées prescrites à l'occasion du pèlerinage ou de la visite, c'est-à-dire les tournées d'arrivée, les tournées définitives et les tournées d'adieu.

Il y a encore d'autres bains prescrits par la sunna ; on les trouve mentionnés dans les livres détaillés.

Section XI.

La madéfaction de la chaussure est licite et peut remplacer l'ablution des pieds quand il s'agit de l'ablution rituelle, mais non quand il s'agit du bain obligatoire ou surérogatoire, ni quand il faut faire disparaître du corps quelque impureté matérielle. Ainsi le croyant atteint d'une souillure grave ou ayant le pied ensanglanté ne saurait recourir à la madéfaction de sa chaussure ; mais il lui faut, selon les circonstances, prendre un bain ou se laver le pied. L'auteur en se servant du mot « licite », a voulu indiquer que l'ablution des pieds est toujours préférable à la madéfaction de la chaussure. Il est encore à remarquer que la madéfaction doit s'étendre à la chaussure entière, c'est-à-dire à celle des deux pieds : la madéfaction de la chaussure de l'un des pieds est seulement permise quand on est privé de l'autre pied. Au reste, la madéfaction de la chaussure n'est licite que *sous les trois conditions suivantes*⁽¹⁾ : *qu'au moment où l'on, c'est-à-dire l'individu en question, mettait sa chaussure, on se trouvait dans un état de pureté complète*. Il en résulte que la madéfaction de la chaussure ne suffit pas quand on s'est chaussé à l'un des pieds après l'avoir lavé, et qu'ensuite on a fait de même par rapport à l'autre pied, mais il faut avoir lavé ses deux pieds en même temps avant de mettre sa chaussure. La madéfaction de la chaussure serait également illicite quand le fidèle, tout en étant dans un état de pureté complète au moment de mettre sa chaussure, a été atteint d'une souillure légère avant que la plante du pied touchât le fond de la chaussure. Une autre condition est *qu'elle, savoir la chaussure, couvre toutes les parties des pieds qu'il faudrait laver dans des circonstances ordinaires*, et non seulement les pieds, mais encore les chevilles. Ainsi une chaussure qui ne couvre point les chevilles, par exemple une paire de souliers, ne permet point la madéfaction que nous avons en vue. Par « couvrir » il faut entendre ici que la chaussure soit imperméable ; mais la loi ne défend pas que la chaussure soit transparente, ni qu'elle soit ouverte sur le dessus du pied, pourvu qu'elle en couvre seulement les côtés. L'auteur continue dans ces termes : *et qu'elle soit de nature à ce qu'on n'ait pas besoin de se déchausser*, ni quand on doit s'arrêter, ni quand on est en route.

Il résulte encore des paroles de l'auteur que la chaussure doit être assez forte pour empêcher l'eau de mouiller les pieds, et enfin, c'est une condition essentielle que la chaussure fût pure au moment qu'on la mettait.

Dans le cas où le croyant aurait mis deux chaussures, l'une sur l'autre, par

⁽¹⁾Comme on le verra plus loin, l'auteur se sert presque constamment du mot *charâit* en guise de pluriel du mot *charṭ*, dont le pluriel correct est *chorouṭ*, tandis que *charâit* est en réalité le pluriel de *charṭa*, c'est-à-dire d'un mot féminin. Toutefois, parce que *charṭ* est masculin, il y a dans le texte arabe *thalâtha* au lieu de *thalâth*.

exemple pour se garantir les pieds contre un froid excessif, la madéfaction doit se pratiquer sur la chaussure qui répond aux conditions de validité de cet acte : si c'est la chaussure de dessus et non la chaussure de dessous, on pratique la madéfaction sur celle-là ; dans le cas opposé on la pratique sur celle-ci. Si les deux chaussures répondent aux conditions légales, on peut pratiquer la madéfaction sur l'une ou l'autre à son choix. Alors il est indifférent, si l'on pratique la madéfaction sur la chaussure supérieure, que l'eau, par accident, mouille aussi la chaussure de dessous, pourvu que l'intention du croyant se rapportât soit à la chaussure de dessous, soit aux deux chaussures, mais non à la chaussure supérieure sans rien de plus. Il en serait de même, selon la meilleure doctrine, en cas que l'intention ne se rapportât point à une chaussure déterminée mais à la madéfaction en général.

La madéfaction de la chaussure est permise à celui qui se trouve en séjour fixe, pendant un jour et une nuit, au lieu que le voyageur peut profiter de l'indulgence de la loi, de se mouiller la chaussure, pendant trois jours et trois nuits. Les jours et les nuits doivent se succéder sans interruption ; mais, d'un autre côté, la loi ne distingue pas à cet égard si les jours et les nuits se comptent de la façon ordinaire, c'est-à-dire les nuits d'abord, ou bien contre la coutume des Musulmans, c'est-à-dire en commençant par le jour.

La période de l'indulgence commence, à se compter, dès la première souillure légère, ou plutôt dès la fin de la cause qui a amené la première souillure légère survenue après l'accomplissement de l'acte de se chausser. Ainsi la période de l'indulgence ne commence point avec la cause de la souillure légère, ni à la première madéfaction, ni au moment de se chausser.

Le fidèle qui a entrepris un voyage illicite, et le fidèle qui voyage sans but déterminé, sont assimilés, par rapport à la durée de l'indulgence, à des personnes en séjour fixe. Le fidèle qui se trouve dans un état de souillure légère chronique peut encore jouir pleinement de l'indulgence de se mouiller la chaussure, s'il s'agit d'une souillure légère survenue après l'acte de se chausser, mais avant qu'il se fût acquitté d'une prière obligatoire tout en étant chaussé. Après la madéfaction il peut légalement accomplir tout ce qui lui aurait été licite dans le cas où sa pureté légale primitive serait restée intacte, c'est-à-dire les prières obligatoires et surérogatoires, puisque la souillure légère chronique n'empêche point de prier. En revanche, si dans le cas posé la nouvelle souillure légère n'était survenue qu'après l'accomplissement d'une prière obligatoire, la madéfaction de la chaussure rend seulement licites les prières surérogatoires, mais non une nouvelle prière obligatoire.

Il y a encore un autre cas spécial à éclaircir. *Quand on, c'est-à-dire un individu quelconque, a recouru à la madéfaction de la chaussure en se trouvant en séjour fixe, après quoi l'on entame un voyage, ou bien quand on a recouru à la madéfaction en voyage, après quoi l'on s'arrête, avant l'expiration du terme d'un jour et d'une nuit, on doit se considérer comme si l'on était toujours resté en séjour fixe.*

Pour la validité de la madéfaction de la chaussure, la loi exige que la chaussure puisse être dite « mouillée », dans le sens absolu du terme, et que la madéfaction s'opère sur l'extérieur de la chaussure. Il s'ensuit de ce dernier précepte que la madéfaction de

l'intérieur de la chaussure ne suffit point, ni celle du talon, ni celle des bords, ni enfin celle de la semelle. C'est la sunna qui a introduit la pratique de mouiller la chaussure avec les bouts des doigts comme si l'on y traçait des lignes, en tenant les doigts séparés, mais non en les tenant serrés.

La madéfaction de la chaussure est annulée par trois circonstances, savoir : le déchaussement des deux pieds, ou bien de l'un des pieds. La loi assimile au déchaussement la perte de la chaussure et la circonstance que la chaussure cesse de répondre aux conditions requises pour la madéfaction réglementaire ; par exemple lorsqu'elle s'est déchirée ou trouée. En deuxième lieu, la madéfaction se trouve annulée par l'échéance du terme. Dans quelques exemplaires du Précis on lit : « du terme d'un jour et d'une nuit pour le fidèle qui se trouve en séjour fixe et de trois jours et de trois nuits pour le voyageur ». Enfin la troisième cause de nullité est formulée par l'auteur ainsi qu'il suit : et tout accident survenu au fidèle, qui rend le bain obligatoire, comme la souillure grave en général, et les menstruations ou les lochies pour les femmes en particulier.

Section XII.

De la lustration pulvérale. Dans quelques exemplaires du Précis, cette Section précède celle de la madéfaction de la chaussure.

Le mot arabe tayammum signifie, dans le langage ordinaire, « dessein », mais comme terme de droit, il a le sens de « lustration pulvérale », c'est-à-dire qu'il désigne l'acte de se frotter le visage et les mains avec du sable purifiant. La lustration pulvérale peut remplacer, soit l'ablution rituelle, soit le bain, soit l'ablution spéciale d'un membre du corps, mais seulement dans des circonstances particulières. *Les conditions de la validité de la lustration pulvérale sont au nombre de cinq*, ou, comme on lit dans quelques exemples du Précis, de cinq catégories. Or la loi exige

1° *que l'on soit empêché d'accomplir l'ablution ou le bain par suite d'un voyage ou de maladie ; puis il faut*

2° *que le temps légal de la prière soit arrivé*, car la lustration n'est pas valable avant que l'heure de la prière n'ait sonné ; *puis il est de rigueur*

3° *que l'on ait fait de vains efforts pour se procurer de l'eau* après que le temps légal de la prière était arrivé. Ces efforts doivent être des efforts personnels ou, du moins, des efforts faits par une personne de confiance, autorisée par le croyant qui va faire sa lustration. Il faut en outre avoir cherché l'eau dans son bagage et, le cas échéant, en avoir demandé à ses compagnons de route. Quand on est seul en route, et que l'on se trouve dans une plaine, il faut avoir regardé autour de soi vers les quatre régions du ciel pour constater l'absence d'eau propre à purifier ; mais quand le terrain offre des élévations et des dépressions, il faut à cet effet parcourir le voisinage jusqu'à l'horizon ; *puis c'est une condition essentielle*

4° *que l'on soit empêché de se servir du liquide, tout en l'ayant à sa portée, c'est-à-*

dire de se servir de l'eau de peur qu'elle ne porte préjudice à la santé ; la lustration étant permise, non seulement en cas de crainte pour la vie, mais encore si l'on craint de perdre l'usage d'un des membres du corps. Parmi les cas d'empêchement, la loi compte en outre que l'eau se trouve à proximité du croyant, mais qu'il n'ose aller la chercher par crainte d'être mangé par une bête féroce, ou d'être tué par un ennemi, ou même de voir ses biens volés ou usurpés, s'il les laisse à l'abandon. Dans quelques exemplaires du Précis on lit encore une autre cause d'empêchement, dans ces termes : « et que l'on suppose que plus tard on aura fortement besoin de l'eau en question ; *enfin* il est indispensable

5° *que le sable soit pur*, c'est-à-dire propre à purifier et non humide. Pour être usurpé le sable n'en reste pas moins pur, et il en est de même si le sable a été pris dans un cimetière encore en usage. Quelques exemplaires du Précis ajoutent encore : « et pulvérulent, au lieu que le sable mêlé de gypse ou de gravier ne suffit point ». Cette dernière règle est conforme à ce qu'on lit dans les ouvrages de An-Nawawî, intitulés *Šarḥ al-Muḥaḍḍab* (commentaire sur le Muḥaḍḍab) et *at-Taṣḥīḥ*, mais dans ses livres, intitulés *ar-Rawḍa* et *al-Fatāwā*, ce savant a admis l'emploi de sable mêlé de gypse ou de gravier.² En tout cas on peut légalement se lustrer avec du gravier mêlé de poussière. En se servant du mot « sable », l'auteur a implicitement défendu l'emploi de toute autre espèce de poudre, comme de la chaux et de la poterie broyée, tandis que le mot « pur » exclut le sable impur. Enfin on ne saurait en aucun cas employer dans la lustration pulvérale du sable ayant déjà servi à une lustration antérieure.

Les pratiques obligatoires (farḍ) dans la lustration pulvérale sont au nombre de quatre : il faut avoir

1° *l'intention*. Quelques exemplaires du Précis portent : « Les pratiques obligatoires (farḍ) dans la lustration pulvérale sont de quatre catégories, dont la première est l'intention l'accomplir un acte de dévotion obligatoire ». Le fidèle qui, en recourant à la lustration pulvérale, formule l'intention de se mettre à même d'accomplir une prière obligatoire et une prière surérogatoire, peut s'acquitter de l'une et de l'autre. Même dans le cas où son intention ne concernerait que la prière obligatoire, il pourrait, en vertu de sa lustration, accomplir encore une prière surérogatoire ou une prière funéraire. En revanche, si l'intention formulée ne se rapportait qu'à la prière surérogatoire, ce n'est que cette prière qui peut lui succéder, et non une prière obligatoire, et il en serait de même si l'intention visait la prière en général. L'intention, de quelque nature qu'elle soit, se formule au moment de porter le sable au visage et aux mains ; elle doit durer jusqu'à ce que l'on se soit frotté au moins une partie du visage. Le fidèle qui, après avoir pris du sable pour le porter à ses membres, est atteint d'une nouvelle souillure légère, doit rejeter le sable en question, et en prendre d'autre pour sa lustration ; *puis* la loi exige

²Dans le *Mināj at-Tālibîn* Nawawî fait dépendre la légalité de l'emploi de sable entremêlé de savoir si les substances étrangères sont en quantité minime. Cf. *Minhāj at-Tālibîn*, I, p. 45. Sur le *Taṣḥīḥ* et les *Fatāwā* voy. Wüstenfeld, op. Cit, p. 46 et 53. Sur le commentaire du *Mohadḍsab* et sur la *Rawḍa* voy. Plus haut, p. 49 n. 1. Le *Taṣḥīḥ* contient des rectifications du *Tanbīḥ* d'Abū Tahāq ach-Chîrāzî. Voy. Plus haut, p. 49 n.1, et le *Tanbīḥ* (éd. Juynboll), p. 10, où Chîrāzî défend l'emploi du sable en question.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

2° et 3° *le frottement du visage d'abord et, en second lieu, celui des mains et des bras y compris les coudes*. Dans quelques exemplaires du Précis il y a : « jusqu'aux coudes ». Le frottement du visage et celui des mains et des avant-bras doivent avoir lieu par deux coups distincts. Toutefois ceci ne doit pas se prendre à la lettre, car on a satisfait aux termes de la loi, si l'on met la main sur du sable mou, et que l'on se frotte avec le sable resté collé à la main quand on la retire ; *enfin* il ne faut pas oublier

4° *l'observation de l'ordre prescrit*. Le frottement du visage doit avoir la priorité sur le frottement des mains ; à cet égard, la loi ne distingue point entre la lustration pulvérale destinée à faire disparaître une souillure légère et celle destinée à faire disparaître une souillure grave. L'omission de l'ordre prescrit aurait pour effet d'invalidier la lustration. D'un autre côté, il n'y a pas d'ordre prescrit pour les actes mêmes de prendre le sable pour le porter au visage et aux mains. Cela va si loin qu'il est parfaitement licite de frapper le sable des deux mains à la fois et de se frotter le visage de la main droite et puis la main droite de la main gauche.

Les pratiques de la sunna, c'est-à-dire pour la lustration pulvérale, sont au nombre de trois, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, de trois catégories : *l'acte de prononcer la formule* : « Au nom de Dieu etc. », *la priorité de la droite, des mains, sur la gauche*, de même que la priorité des parties supérieures du visage sur les parties inférieures, *et la continuité*. Nous avons déjà expliqué ce terme en parlant de l'ablution rituelle³.

D'autres pratiques de la sunna, relatives à la lustrations pulvérale, se trouvent exposées dans les livres détaillés de jurisprudence. Nous n'en relevons que celle-ci : le fidèle ôte sa bague la première fois qu'il met la main dans le sable. La seconde fois, l'acte de déposer sa bague est même d'observance rigoureuse.

Section XIII.

Les circonstances qui annulent la lustration pulvérale sont au nombre de trois :

1° *tout ce qui annule l'ablution rituelle*. Nous avons exposé les circonstances qui annulent l'ablution rituelle dans la Section « des causes de la souillure légère du corps humain⁴ ». Même une souillure légère survenue au croyant pendant la lustration pulvérale a pour effet d'annuler celle-ci ; *puis* il y a

2° *la vue de l'eau* ou, selon quelques exemplaires du Précis, le fait d'avoir trouvé de l'eau *avant que le temps légal de la prière soit arrivé*. Ainsi la lustration pulvérale, faite à cause du manque d'eau, se trouve annulée dans le cas où le fidèle s'apercevrait de la présence de l'eau avant de commencer sa prière, et même dans le cas où il supposerait seulement que le liquide puisse être à sa portée. Lorsqu'au contraire le fidèle en question ne s'aperçoit de la présence de l'eau qu'au moment où il est déjà en prière, il faut distinguer :

³Voy. Plus haut, page 41.

⁴Voy. Plus haut, page 49.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

a) La prière reste obligatoire quoique accomplie à l'état de pureté relative qui existe par suite de la lustration pulvérale, comme la prière accomplie par un fidèle qui se trouve en séjour fixe ; alors la prière commencée est annulée sur-le-champ, on s'acquitte de l'ablution rituelle, et l'on recommence la prière interrompue.

b) La prière cesse d'être obligatoire par son accomplissement à l'état de pureté relative qui existe par suite de la lustration pulvérale, comme la prière accomplie par un voyage ; alors la prière commencée reste intacte et on continue son acte de dévotion, qu'il s'agisse d'une prière obligatoire ou d'une prière surérogatoire. Si l'on a accompli la lustration pulvérale, non à cause du manque d'eau, mais pour cause de maladie, etc. le fait de s'apercevoir de la présence de l'eau est sans conséquence, et la lustration reste intacte ; *enfin* la lustration se trouve annulée par

3° *l'apostasie*. On entend par apostasie le reniement de la foi musulmane.

Dans tous les cas où la loi dispense d'employer l'eau sur un membre du corps non couvert d'un appareil, il faut pratiquer la lustration pulvérale sur ce membre ; mais l'indulgence relative aux parties du corps qui sont malades ou blessées, n'empêche point que l'ablution ordinaire reste obligatoire pour les autres parties du corps, qui sont saines. Alors la lustration pulvérale se combine avec l'ablution ou le bain, mais par rapport à cette combinaison le fidèle atteint d'une souillure grave est soumis à une autre loi que celui dont la souillure n'est que légère. Or le premier, dont la lustration remplace le bain, n'a pas besoin d'observer un ordre prescrit ; mais le second, dont la lustration remplace l'ablution rituelle, c'est-à-dire un acte exigeant l'observation d'un ordre prescrit, ne saurait légalement procéder à la lustration du membre malade ou blessé qu'au moment où c'est le tour du membre en question.

Si le membre malade ou blessé est couvert d'un appareil, l'auteur lui-même nous enseigne le procédé à suivre, dans ces termes : *Celui dont un membre du corps est couvert d'éclisses* (en arabe : jabīra, pluriel jabāir) – ce sont des morceaux de bois ou de roseau, de dimensions égales, liés autour d'une fracture pour en faciliter la guérison – *doit les mouiller* avec de l'eau en guise d'ablution, à supposer qu'il ne puisse les détacher sans s'exposer à un danger comme nous avons exposé plus haut, *et pratiquer la lustration pulvérale* sur le visage et les avant-bras, sous les conditions que nous venons d'exposer dans la Section précédente. *Ensuite il peut légalement faire sa prière sans avoir besoin de la réitérer après-coup, à la condition qu'elles, c'est-à-dire les éclisses, aient été appliquées sur un endroit du corps en état de pureté légale*, et qu'elles ne couvrent point une partie du corps où la loi ordonne de pratiquer la lustration pulvérale. A défaut de cette double condition, la prière doit être réitérée plus tard.

La règle que nous venons de constater a été adoptée aussi par An-Nawawī dans son livre intitulé ar-Rawḍa (le Jardin), mais, dans son livre intitulé al-Majmū⁵, le même juriste a fait ressortir que les termes généraux dans lesquels la règle a été formulée par la majorité des auteurs exigent de rejeter la distinction, savoir la distinction entre les parties du corps soumises à la lustration pulvérale et celles qui ne le sont pas⁶.

⁵Voy. Plus haut page 49, n. 1.

⁶Cf. Minhāj at-Tālibīn, I, page 44.

Pour que les prescriptions relatives aux éclisses soient applicables, il est de rigueur qu'elles ne couvrent aucune partie saine du corps, excepté seulement les bords de la blessure, qu'elles doivent couvrir pour être attachées. Les emplâtres, les bandages, les cataplasmes, etc. sur une blessure sont soumis à la même loi que les éclisses.

*La lustration pulvérale doit se répéter pour chaque acte de dévotion obligatoire, lors même que l'acte en question ne serait devenu obligatoire que par suite d'un vœu. Il résulte de ce principe qu'une seule lustration ne suffit point pour deux prières obligatoires, ni pour deux tournées autour du sanctuaire de la Mecque, ni pour une prière et une tournée, ni pour la prière publique du Vendredi et le sermon qui la précède. Or chacun de ces actes de dévotion exige une lustration pulvérale préalable pour lui-seul. Le principe opposé régit la femme qui, se trouvant à l'état de souillure grave, pratique la lustration pulvérale afin de pouvoir légalement avoir commerce avec son mari. Alors une seule lustration suffit pour toutes les fois que les époux désirent se rencontrer, et même la femme en question peut faire précéder le commerce par une prière sans avoir besoin de se lustrer de nouveau. Les paroles de l'auteur : *mais une seule lustration peut servir à un nombre illimité d'actes de dévotion surérogatoires*, manquent dans quelques exemplaires du Précis.*

Section XIV.

Des choses impures en elles-mêmes et des moyens de faire cesser l'impureté accidentelle. Dans quelques exemplaires du Précis, cette Section se trouve entre la section suivante et le Livre II. Dans le langage ordinaire, le mot d'« impureté » se rapporte aux choses dégoûtantes ; mais comme terme de droit, ce mot désigne en général toutes les choses que la loi nous défend de prendre ou de recevoir, volontairement et en pleine connaissance de cause, sans que cette défense soit fondée sur le caractère vénérable de la chose, ou sur ses propriétés dégoûtantes, ou sur le fait qu'elle serait nuisible à la santé ou à l'intelligence. Il découle de l'expression « en général » que la défense légale ne concerne pas seulement les choses impures quand elles sont en grandes quantités, mais que ces choses sont également prohibées s'il n'y en a qu'une petite quantité. Le mot « volontairement » indique que le fidèle peut impunément prendre ou recevoir des choses impures en cas de force majeure. « En pleine connaissance de cause » a été introduit dans la définition pour faire ressortir qu'on peut sans crainte manger du fromage, un fruit, etc., lors même qu'on risquerait d'avaler peut-être avec ces substances un ver mort qui s'y trouverait. Par la restriction relative au « caractère vénérable », on a voulu excepter les cadavres d'êtres humains, lesquels cadavres sont purs ; et par la restriction relative aux « qualités dégoûtantes », le sperme humain, qui est pur, tout en étant dégoûtant ; et il en est de même d'autres substances. Enfin, en écartant comme cause d'impureté « le fait d'être nuisible », l'auteur a reconnu comme substances pures les minéraux et les plantes nuisibles à la santé ou à l'intelligence.

L'auteur commence par poser comme principe l'impureté de toutes les sécrétions

sortant du corps humain par l'urètre et par l'anus. Il formule ce principe dans les termes suivants : *Toute substance liquide qui est sortie des deux voies du corps humain, est impure*, paroles impliquant tout aussi bien les sécrétions normales, comme l'urine et les matières stercorales, que les sécrétions exceptionnelles, comme le sang et le pus. L'auteur continue : *exception faite du sperme* des hommes et des animaux purs. En revanche, le sperme d'un chien ou d'un porc, ou celui des animaux nés de leur copulation, même avec un autre animal qui soit pur, est impur, comme ces animaux eux-mêmes. En disant « substance liquide », l'auteur a exclu les vers intestinaux et les matières dures que l'estomac n'a pas pu digérer, les uns et les autres n'étant point des choses impures en elles-mêmes, mais seulement des choses contaminées par le contact avec des matières impures ; par conséquent elles peuvent être purifiées par le lavage. Quelques exemplaires du Précis portent : « toute substance qui sort », c'est-à-dire que l'aoriste remplace le parfait et que la restriction « liquide » manque.

Tout objet sali par l'urine ou par les excréments, même d'un animal dont la chair peut légalement servir de nourriture, *doit être lavé* ; mais le lavage diffère selon que l'objet est atteint d'une impureté perceptible ou non. Or dans le cas d'une impureté perceptible ou, comme on dit ordinairement, matérielle, la purification par le lavage consiste à faire disparaître l'impureté elle-même, et encore à tâcher d'en faire disparaître les traces qui ont rapport au goût, à la couleur ou à l'odeur. Les traces d'impureté qui ont rapport au goût doivent disparaître en tout cas ; mais les traces qui ont rapport à la couleur ou à l'odeur n'empêchent pas l'objet d'être considéré comme purifié, si la purification complète offre des difficultés exceptionnelles. En revanche, dans le cas où l'impureté ne serait pas perceptible, ou, comme on dit ordinairement, dans le cas d'une impureté juridique, il suffit de faire passer de l'eau sur l'objet devenu impur, lors même que ce ne serait qu'une seule fois. L'auteur fait ensuite une exception relative à l'urine, en ajoutant : *à moins qu'il ne s'agisse de l'urine d'un petit garçon qui n'a pas encore pris de nourriture ordinaire*, c'est-à-dire qui n'a pas encore mangé ou bu comme le commun des hommes. Car elle, c'est-à-dire l'urine de l'enfant en question exige, pour la purification que seulement l'on asperge l'endroit souillé avec de l'eau, et il est même superflu d'y faire passer l'eau. Lorsqu'au contraire le garçon a déjà été sevré, son urine exige sans conteste un lavage efficace. L'exception posée par l'auteur ne concerne que les petits garçons ; l'urine d'une petite fille ou d'un enfant sans sexe déterminé est soumise à la loi commune et rend le lavage nécessaire. Si l'on veut purifier un objet rendu accidentellement impur par le contact de choses impures en elles-mêmes, et que la quantité d'eau est minime, il faut verser l'eau sur l'objet, mais il ne suffit pas de tremper l'objet dans l'eau. Par contre, dans le cas où l'on pourrait disposer d'une grande quantité d'eau, on peut, soit verser l'eau sur l'objet, soit tremper l'objet dans l'eau. *L'impureté n'est jamais excusable, à moins qu'il ne s'agisse d'un peu de sang ou de pus*, car on peut légalement accomplir une prière tout en ayant l'habit ou le corps contaminés d'un peu de sang ou de pus, ou à moins qu'il ne s'agisse du corps d'un animal dépourvu de sang comme celui d'une mouche ou d'une fourmi. Or un pareil animal, tombé et mort dans un vase d'ablution, ne saurait rendre l'eau impure. Dans quelques exemplaires du Précis les mots « tombé et » sont omis, mais à tort, puisque le mot « tombé » indique que l'animal doit être venu dans le vase par accident, et que l'animal mis intentionnellement

dans un liquide y est une cause d'impureté. C'est ce qui a été décidé par ar-Rāfi'ī⁷ dans son livre intitulé *aṣ-Ṣarḥ aṣ-Ṣaḡīr* (le Petit Commentaire), quoique, dans son livre intitulé *aṣ-Ṣarḥ al-Kabīr* (le Grand Commentaire), il ne soit pas revenu sur cette question⁸. Toutefois il ne faut pas oublier que le liquide serait sans conteste devenu impur, dans le cas où il s'agirait d'un grand nombre de corps d'animaux qui y seraient tombés et en auraient modifié la nature. D'un autre côté les animaux nés dans un liquide quelconque, comme les vers dans le vinaigre ou dans certains fruits, ne peuvent jamais constituer une cause d'impureté. Quant aux autres exceptions aux règles relatives à l'impureté, le lecteur les trouvera dans les ouvrages détaillés de jurisprudence, et même il en a même déjà lu quelques-unes dans la première Section du présent Livre.

Tous les animaux sont purs, excepté le chien et le porc et les animaux nés de leur copulation, même avec un autre animal qui soit pur. Il résulte de cette règle que la loi admet même la pureté d'un ver né dans une substance impure. En revanche, les corps de tous les animaux morts de leur mort naturelle⁹ sont impurs, excepté les corps des poissons, des sauterelles et des hommes. Quelques exemplaires du Précis ont « fils d'Adam » au lieu de « hommes ». Les corps de ces trois catégories d'êtres vivants restent purs, de quelque manière que la mort ait été causée. La vaisselle où un chien ou un porc a lapé, doit être lavée sept fois avec de l'eau propre à purifier, dont une fois au moins avec de l'eau et du sable. Le sable doit être de nature à pouvoir servir à la lustration pulvérale ; il doit atteindre toutes les parties de l'endroit contaminé. Lorsqu'un emploi à cet effet de l'eau courante entraînant du sable, comme l'eau de quelques rivières, il suffit de faire passer l'eau en question sept fois sur l'endroit contaminé, et on n'a pas besoin d'y ajouter encore de nouveau sable pour le septième lavage. Dans le cas cependant où les traces perceptibles du contact du chien, ne disparaîtraient point après le premier lavage, mais seulement après plusieurs, par exemple six, ces six lavages ensemble ne comptent que pour un seul, et le croyant doit encore laver l'objet six fois. Enfin on peut se servir légalement de terre mêlée de sable, du moins selon la meilleure doctrine. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire dans les cas d'impureté accidentelle non mentionnés par l'auteur, un seul lavage – quelques exemplaires du Précis portent : « un lavage » - suffit pourvu qu'il soit efficace ; mais un lavage trois fois répété, ou, selon quelques exemplaires du Précis, un triple lavage, est toujours préférable.

Le lecteur doit savoir que l'eau ayant servi au lavage d'un objet devenu impur, reste pure dans tous les cas où elle n'a pas subi une modification de sa nature, et à la condition que le poids n'en ait pas augmenté, déduction faite de la quantité d'eau que l'objet peut avoir absorbée. Cette règle toutefois ne regarde que les quantités d'eau inférieures à deux qolla ; car, s'il s'agit d'une quantité de deux qolla ou plus, la légalité d'un emploi ultérieur dépend toujours de la circonstance si l'eau a subi ou non une

⁷Sur ar-Rāfi'ī voy. Plus haut, p. 49, n. 1. Les deux ouvrages cités dans le texte ne trouvent mentionnés dans le Dictionnaire Bibliographique de Hājjī Ḥalīfa (Ed. Flügel), VI, p. 428. Le Grand Commentaire est le *Fath al-'Azīz*, cité plus haut, p. 49, n. 1, et le Petit Commentaire, un autre plus succinct sur le même ouvrage de Ḡazzālī, *al-Wajīz*. Cf. Wüstenfeld op. Cit. p.58.

⁸Nawawī rejette la distinction. Cf. Minhāj at-Tālibīn, I, p. 11.

⁹Voy. Plus haute, page 28.

modification de sa nature¹⁰.

L'auteur, après avoir exposé les principes régissant la purification par le lavage, entame un autre sujet, c'est-à-dire la purification résultant du fait que la chose impure a changé d'état. On entend par « changement d'état » par rapport au sujet qui nous occupe, que la chose impure ait perdu sa qualité primitive pour en prendre une autre. L'auteur continue dans ces termes : *Le vin se changeant en vinaigre*. Le mot « vin » signifie tout jus de raisins, sans distinction entre le jus de raisin obtenu dans un but licite et celui dont on a fait une boisson défendue. L'expression « se changeant en vinaigre » désigne tout passage du vin à l'état acétique, pourvu que ce soit une transformation que le vin ait subie *de lui-même*. Par suite d'une transformation de cette nature le vin *devient une substance pure*. Il en est de même si la transformation s'est opérée par suite du fait que le liquide a été transporté d'un endroit exposé aux rayons du soleil dans un endroit ombragé, ou vice-versa. *Lorsqu'au contraire le vin ne s'est pas changé de lui-même en vinaigre, mais que le vin a été changé en vinaigre par l'introduction d'une substance quelconque, il reste liquide impur*. Dans tous les cas où le vin devient pur en se changeant en vinaigre, la jarre qui contient le liquide devient pure en même temps que lui.

Section XV.

De la menstruation, des lochies et de l'hémorragie. *Le sang sécrété par les organes sexuels d'une femme est de trois espèces : le sang des menstrues, celui des lochies et celui des hémorragies. Par menstruation on entend le sang dont la sécrétion a lieu à l'âge de la puberté, c'est-à-dire à l'âge de neuf ans ou plus, par les organes sexuels d'une femme à l'état normal, c'est-à-dire la sécrétion qui a lieu, non à cause d'une maladie, mais comme une fonction de l'organisation sexuelle, et sans que ce soit par suite d'un accouchement*. Dans quelques exemplaires du Précis l'auteur ajoute : « la couleur du sang des menstrues est noire ou plutôt rouge foncé et puis ce sang donne une sensation brûlante » : mais dans la plupart des exemplaires cette phrase fait défaut. Du reste, la traduction des mots arabes muhtadim (rouge foncé) et laḍḍā° (donnant une sensation brûlante) est conforme à l'explication qu'en donne le Ṣaḥāḥ¹¹.

On appelle lochies la sécrétion de sang par les organes sexuels d'une femme à la suite d'un accouchement, mais non le sang sortant du vagin avant ou pendant l'accouchement. Au lieu du mot arabe 'aqba (à la suite de) on dit quelquefois 'aqība, avec une yā, lequel a la même signification ; mais la plupart des lexicographes rejettent la yā. Enfin le mot hémorragie, ou plutôt le sang d'une hémorragie, signifie le sang qui sort des organes sexuels d'une femme en dehors des périodes des menstrues et des lochies. Un pareil écoulement n'est pas normal et constitue par conséquent une maladie ou une infirmité.

¹⁰Voy. Plus haut, page 81.

¹¹Célèbre dictionnaire arabe, composé par Aboû Naṣr Isma'īl ibn Hammād al-Jawharī, mort l'an 898 de l'Hégire. Cp. H. H., IV, p. 91.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

La plus courte durée d'une menstruation est d'un jour et d'une nuit, c'est-à-dire l'espace d'un jour et d'une nuit, ou, pour parler plus exactement, vingt-quatre heures. Cet espace de temps commence à la première apparition du sang dans la période où la personne en question a ordinairement ses menstrues. La menstruation la plus longue est de quinze jours et quinze nuits. L'écoulement qui se prolonge au-delà de ce terme constitue une hémorragie. L'auteur ajoute : mais la durée normale de la menstruation est de six ou sept jours. Ce terme moyen est fondé sur des recherches scientifiques.

Les plus courtes lochies ne durent qu'un instant. Le mot « instant » toutefois ne doit pas être pris à la lettre, mais il signifie un espace de temps minime, en général. Les lochies commencent immédiatement après la naissance de l'enfant. Elles peuvent se prolonger jusqu'au terme de soixante jours, mais la durée normale en est de quarante jours. C'est encore un terme moyen, fondé sur des recherches scientifiques.

La plus courte période de pureté faisant une séparation entre deux menstruations est de quinze jours. L'auteur, en disant « entre deux menstruations », a voulu empêcher le fidèle d'appliquer ses paroles à l'intervalle de pureté entre une menstruation et les lochies. C'est ce qui pourrait arriver au fidèle qui se rangerait à la doctrine qu'une femme enceinte peut avoir des menstrues. Cette doctrine est la meilleure, et il s'entend que, sans la restriction posée par l'auteur, elle aurait pour conséquence logique que la période de pureté d'une femme pût être de moins de quinze jours. Il n'existe point de terme légal pour la plus longue durée de cette période de pureté, parce qu'il y a des exemples de femmes restant très longtemps sans menstruation. Toutefois la durée normale de la période de pureté se constate d'après la durée normale de la menstruation : dans le cas où celle-ci durerait six jours, la femme a vingt-quatre jours de pureté ; dans le cas d'une menstruation de sept jour, il n'en reste que vingt-trois pour la période de pureté.

La femme, ou selon quelques exemplaires du Précis « la jeune fille », ne peut avoir ses menstrues avant d'avoir atteint l'âge de neuf années lunaires. Les écoulements qui se manifestent avant cet âge sont considérés comme des menstrues seulement quand la jeune fille est si près de sa neuvième année que les écoulements en question doivent se rattacher à une menstruation ou une période de pureté dans l'âge réglementaire.

La plus courte durée de la grossesse est de six mois et deux instants. La plus longue durée en est de quatre années ; mais la durée de la grossesse normale est de neuf mois. Ce terme moyen est fondé, non sur des recherches scientifiques, mais sur l'observation de faits connus de tout le monde.

Les actes défendus par suite de la menstruation, ou, selon quelques exemplaires du Précis, « défendus à la femme pendant sa menstruation », sont au nombre de huit : savoir

1° la prière obligatoire ou surérogatoire, de même que les prosternations pour la lecture de Coran ou pour témoigner sa reconnaissance envers Dieu ; puis la loi défend

2° le jeûne obligatoire ou surérogatoire ; puis la loi défend

3° la récitation du Coran ; puis elle interdit

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

4° *l'attouchement du Livre sacré*. La femme en question ne saurait toucher au texte écrit de la parole de Dieu, formulée dans le Coran. L'auteur continue : *et l'acte de le porter*, à moins que ce ne soit en cas de force majeure, c'est-à-dire pour sauver le Livre sacré ; *puis* la loi défend

5° *l'entrée dans une mosquée*. Une femme ne saurait entrer dans une mosquée pendant la période des menstrues, lorsqu'elle craint de salir cet édifice ; *puis* elle ne peut accomplir

6° *les tournées autour du sanctuaire de la Mecque*. La loi ne distingue point à cet égard entre les tournées obligatoires et les tournées surérogatoires ; *puis* la femme doit faire cesser

7° *la cohabitation*. La sunna a introduit la règle de donner pour la cohabitation au commencement de la menstruation une aumône d'un dīnār, et une aumône d'un demi-dīnār pour la cohabitation dans la dernière période de la menstruation ; *enfin* la loi interdit

8° *l'attouchement lascif du corps entre le nombril et les genoux* de la femme en question ; mais le nombril et les genoux eux-mêmes ne sont point compris dans la défense, et à plus forte raison les autres parties du corps. Ceci est la doctrine préférable, exposée par An-Nawawī dans le *Ŝarḥ al-Muḥaḍḍab* (Commentaire sur le *Muḥaḍḍab*)¹².

Ensuite l'auteur revient au sujet qui nous a occupé dans la Section VIII du présent Livre. Or il continue dans ces termes : *Les actes défendus à tout individu qui se trouve en état de souillure grave sont au nombre de cinq* : savoir

1° *la prière* obligatoire ou surérogatoire ; *puis* la loi défend

2° *la récitation du Coran*, à moins qu'il ne s'agisse des parties du Coran dont la lecture a été abolie ; mais du reste la défense est générale et regarde tout aussi bien la récitation d'un verset, que celle d'une syllabe, et tout aussi bien la récitation à voix basse que celle qui se fait à haute voix. En revanche, la défense est limitée par l'auteur au Coran : on peut par conséquent réciter impunément la loi de Moïse ou l'Evangile tout en se trouvant en état de souillure grave, et il en est de même des glorifications de Dieu qui contiennent des paroles du Coran, à la condition que ces glorifications ne soient pas récitées dans le but caché d'éluder la loi de cette façon ; *puis* la loi défend au fidèle en état de souillure grave

3° *l'attouchement du Coran* et, à plus forte raison, *l'acte de le porter* ; *puis* elle lui interdit

4° *les tournées autour du sanctuaire de la Mecque*. Il est indifférent que ces tournées soient obligatoires ou surérogatoires ; *enfin* la loi défend

5° *le séjour dans une mosquée*. Le Musulman, qui se trouve en état de souillure grave ne saurait légalement rester dans une mosquée, à la seule exception du cas de force majeure. Ainsi, le croyant qui s'est endormi dans la mosquée, et qui s'aperçoit à son réveil qu'il a eu un rêve lascif, peut rester dans l'édifice s'il lui est impossible d'en

¹²Voy. Plus haut, p. 49, n. 1, et Minhāj at-Tālibīn, I, p. 53.

sortir sans s'exposer à un danger imminent, soit par rapport à sa personne, soit par rapport à ses biens. Quant au passage par une mosquée, sans s'y arrêter, cet acte n'est point défendu au croyant que nous avons en vue, et, selon la meilleure doctrine, un pareil acte ne serait même point blâmable de sa part. En revanche, l'acte de se promener dans la mosquée est assimilé à celui d'y séjourner et, par conséquent, défendu au croyant en état de souillure grave. L'auteur, en ne parlant que d'une « mosquée », a fait ressortir que les règles que nous venons de constater n'ont trait ni aux écoles, ni aux monastères.

L'auteur quitte encore une fois son sujet, et passe des prescriptions relatives à la souillure grave aux prescriptions relatives à la souillure légère. Il continue ainsi qu'il suit : *Les actes défendus au fidèle qui se trouve en état de souillure légère, et non dans celui de souillure grave, sont au nombre de trois : la prière, les tournées, et l'attouchement du livre sacré, voire l'acte de le porter.* Il est encore interdit de toucher au sac ou au coffre qui renferme un exemplaire du Coran, et de porter un pareil sac ou coffre à moins que le sac ou coffre en question ne soit transporté parmi d'autres objets. Cette défense n'a pas trait à des commentaires où le texte du Coran est inséré littéralement, ni à des monnaies d'or ou d'argent, ni à des bagues où se trouvent des paroles du Coran en guise de légende ou de devise. Enfin un enfant à l'âge du discernement, tout en se trouvant en état de souillure légère, peut aux termes de la loi toucher, soit à un exemplaire du Coran, soit à une tablette où l'on a écrit quelque passage du Livre sacré, si cela lui est nécessaire dans ses études.

LIVRE II.

Des prescriptions relatives aux prières.

Section I.

Dans le langage ordinaire le mot arabe de ṣalā (prière) désigne toute invocation adressée à Dieu ; mais comme terme de droit, il signifie, selon ar-Rāfiʿī, une série de paroles et d'actes rituels, commençant par l'acte de prononcer la formule introductive : « Dieu est grand », et se terminant par la salutation finale. *La prière obligatoire se fait – quelques exemplaires du Précis portent : « les prières obligatoires se font » – cinq fois par jour.* L'obligation de prier existe aussitôt que le temps légal pour chaque prière est arrivé, quoique l'on puisse au besoin différer son acte de dévotion jusqu'au moment où il reste une partie du temps légal suffisante pour l'accomplir convenablement. Ce moment arrivé, il faut se mettre à prier sans retard.

La prière de midi est la prière qui se fait à midi. En arabe elle s'appelle zuhr, de la racine zahara (apparaître). An-Nawawī¹³ explique ce nom par la circonstance que la prière en question est « apparente » (zāhira) au milieu du jour. Cette prière *ne saurait avoir lieu avant le déclin*, c'est-à-dire avant la déviation, *du soleil* de son point culminant. Il ne suffit point de constater le déclin du soleil par un calcul astronomique, mais ce déclin doit être un fait réel et évident : le croyant doit avoir observé que l'ombre des objets se dirige vers l'Orient, après que cette ombre était parvenue à son extrême degré de petitesse au moment de la plus grande élévation du soleil. *Elle peut s'accomplir*, c'est-à-dire le temps légal de la prière du midi dure, *jusqu'à ce que l'ombre des objets en égale la longueur réelle*, plus, c'est-à-dire jointe à, *la longueur de l'ombre projetée au premier moment du déclin.* Dans le langage ordinaire il y a connexité entre la notion « ombre », et la notion « couvrir » ; on dit en arabe : anā fī ḡill fulān (je reste dans l'ombre d'un tel), pour « un tel me couvre de sa protection ». C'est une erreur de supposer que l'ombre est seulement la privation de la lumière du soleil ; au contraire c'est bien une chose réelle que Dieu a créée pour le profit corporel de l'homme, etc.

La prière de l'après-midi est la prière qui se fait dans l'après-midi. Cette prière s'appelle en arabe ʿaṣr, du verbe ʿaṣara (presser), parce qu'il y a coïncidence (muʿāṣara) de son temps légal avec le coucher du soleil. Elle *ne saurait avoir lieu avant que l'ombre des objets en excède la longueur réelle plus la longueur de l'ombre projetée au premier moment du déclin.* A vrai dire, la loi admet pour cette prière cinq espèces de temps légal. Premièrement, il y a le temps légal par excellence ; c'est d'accomplir la prière aussitôt que la loi le permet. En deuxième lieu, il y a le temps légal préférable ; c'est à ce temps légal que se rapportent les paroles de l'auteur : *Il est préférable de n'en pas différer l'accomplissement au-delà du moment où l'ombre est devenue deux fois plus longue que les objets eux-mêmes, plus la longueur de l'ombre projetée au premier moment du*

¹³Voy. Plus haut, p. 9, n. 1. Je n'ai pas pu vérifier dans quel ouvrage de Nawawī se trouve le passage en question.

déclin. En troisième lieu, il y a le temps légal licite ; c'est ce temps légal que l'auteur a en vue quand il dit : *quoique, à la rigueur, on puisse encore s'en acquitter jusqu'au coucher du soleil*. En quatrième lieu, il y a le temps légal licite où la prière peut s'accomplir sans blâme ; c'est entre le moment où l'ombre est devenue deux fois plus longue que les objets, et celui où le soleil commence à prendre une couleur jaune. Enfin, en cinquième lieu, il y a un temps légal prohibé ; c'est quand le fidèle a différé sa prière jusqu'au moment où il ne peut plus l'accomplir convenablement sans dépasser l'extrême limite du temps légal.

La prière du soir est la prière qui se fait le soir. On l'appelle en arabe mağrib, de la racine ġaraba (disparaître, se coucher), parce qu'elle s'accomplit au moment du coucher (ġurūb) du soleil. Elle *n'a qu'un seul temps légal, le coucher du soleil*, c'est-à-dire que le disque du soleil doit avoir disparu entièrement sous l'horizon ; mais la loi n'exige pas à la disparition complète des derniers rayons. *Après le coucher du soleil la loi accorde seulement au fidèle le temps nécessaire pour prononcer le premier appel, pour accomplir l'ablution rituelle ou la lustration pulvérale, s'il y a lieu, pour se couvrir les parties honteuses, pour prononcer le second appel et pour prier les cinq rak'a dont se compose la prière*. Dans quelques exemplaires du Précis les paroles « après le coucher du soleil, etc » font défaut. Selon la doctrine embrassée par Aš-Šāfi'i dans sa seconde période, le temps légal de la prière qui nous occupe est passé dans le cas où le croyant n'aurait pas accomplir sans délai les actes de dévotion ci-dessus énumérés ; mais dans sa première période l'Imām était d'une opinion contraire. Il prétendait que le temps légal de la prière du soir dure jusqu'à ce que la teinte rouge du ciel soit passée, et cette opinion a encore été soutenue par An-Nawawī¹⁴.

La prière de la nuit s'appelle en arabe 'ichā, mot qu'il ne faut pas confondre avec 'achā (souper). 'Ichā signifie « les premières ténèbres », c'est-à-dire la première partie de la nuit. On a donné ce nom à la prière qui nous occupe, à cause du temps où il faut s'en acquitter. Cette prière *ne saurait avoir lieu avant que la teinte rouge du ciel soit disparue*. Quant aux pays, où la teinte rouge du ciel persiste durant toute la nuit, le temps légal de la prière en question s'y établit de la façon suivante : on s'informe du temps que dure la teinte rouge du ciel dans le plus proche pays où elle disparaît, et on suppose que le temps légal de la prière est arrivé aussitôt qu'un égal intervalle est passé après le coucher du soleil. A vrai dire la prière de la nuit a deux espèces de temps légal. En premier lieu, il y a le temps légal préférable ; c'est ce temps légal que l'auteur a en vue, en disant : *Il est préférable de n'en pas différer l'accomplissement au-delà du premier tiers de la nuit*. En second lieu, il y a le temps légal licite ; c'est à lui qu'ont trait ces paroles de l'auteur : *quoique, à la rigueur, on puisse encore s'en acquitter jusqu'à l'apparition de la seconde aube, c'est-à-dire de l'aube réelle*. On entend par « aube réelle » celle dont la lueur se répand dans le ciel, en sortant de l'horizon, par opposition à l'aube dite « trompeuse » qui la précède, et qui, au lieu de se répandre dans le ciel, reste comme un nuage oblong sur l'horizon. Cette aube trompeuse est d'une courte durée ; souvent elle disparaît dans de nouvelles ténèbres, et ce n'est pas d'elle que la loi se préoccupe. Enfin le šayh Abu Hāmid al-Ġazzālī¹⁵ admet encore une troisième espèce de temps légal, le temps légal

¹⁴Cf. Minhāj at-Tālibīn, I, p. 60.

¹⁵Voy. Plus haut, page 49, n. 1.

blâmable ; c'est l'intervalle entre les deux aubes.

La prière du matin est la prière qui se fait le matin. En arabe on l'appelle *ṣubḥ*, littéralement « la pointe du jour », parce qu'on s'en acquitte ordinairement à l'apparition de l'aube. La prière du matin a, comme celle de l'après-midi, cinq espèces de temps légal : première, le temps légal par excellence ; c'est d'accomplir la prière aussitôt que la loi le permet, et puis le temps légal préférable. L'auteur mentionne ces deux espèces, en disant que la prière en question *ne saurait avoir lieu avant l'apparition de la seconde aube. Il est préférable de n'en pas différer l'accomplissement au-delà de l'aurore*, ou, en d'autres termes, au-delà du premier moment où le ciel est entièrement éclairé. La troisième espèce est le temps légal licite. L'auteur l'a en vue dans les paroles suivantes ; *quoique, à la rigueur*, – mais ceci est un procédé blâmable – *on puisse s'en acquitter jusqu'au lever du soleil*. La quatrième espèce de temps légal est le temps légal licite et non blâmable ; il dure jusqu'à l'apparition de la teinte rouge du ciel qui précède le lever du soleil. Enfin il y a le temps légal prohibé ; c'est quand le fidèle a différé sa prière jusqu'au moment où il ne peut plus l'accomplir convenablement sans dépasser l'extrême limite du temps légal.

Section II.

La prière n'est obligatoire que sous trois conditions : savoir

1° *qu'on soit Musulman*. L'infidèle d'origine n'est pas astreint à observer la prière, et, s'il se convertit, il ne lui incombe pas non plus d'accomplir après-coup les prières qu'il aurait dû faire dans sa vie antérieure au cas où il aurait été Musulman. En revanche, l'apostat qui revient à la foi doit s'acquitter encore après-coup des prières qu'il a omises durant sa période d'impénitence ; *puis* la loi exige

2° *qu'on soit majeur*. L'obligation de prier n'incombe point au mineur, sans distinction de sexe ; mais cela n'empêche point qu'il doit être exhorté à prier dès sa septième année, si son discernement est alors suffisamment développé. Dans le cas contraire, l'exhortation à la prière commence plus tard. Depuis sa dixième année toutefois le mineur, sans distinction de sexe, doit être forcé à s'acquitter de la prière, au besoin par des coups ; *enfin* il est de rigueur

3° *qu'on soit doué de raison*. L'obligation de prière n'existe pas pour tout individu en état de démence. La phrase : *Or ce ne sont que les Musulmans, majeurs et doués de raison à qui ont été imposées les obligations légales*, manque dans quelques exemplaires du Précis.

Les prières mises en usage par la sunna sont au nombre de cinq : celles des deux fêtes, c'est-à-dire les prières à l'occasion de la fête de la rupture du jeûne, et de la fête des sacrifices, *celles des deux éclipses*, c'est-à-dire les prières à l'occasion de l'éclipse du soleil et de l'éclipse de la lune, *et celle des temps de sécheresse*, c'est-à-dire la prière pour demander de la pluie. *En outre, c'est une pratique de la sunna d'ajouter aux prières obligatoires*, ou plutôt de combiner avec les prières obligatoires, les actes spéciaux de

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

dévotion qui vont suivre : dix-sept rak'a, savoir : deux rak'a à l'apparition de la seconde aube, quatre rak'a à accomplir avant la prière de midi et deux après, quatre rak'a à accomplir avant la prière de l'après-midi, deux rak'a à accomplir après la prière du soir, et trois rak'a à accomplir après la prière de la nuit. Ces trois dernières rak'a constituant la prière dite « impaire » (witr), on a satisfait aux termes de la loi quand on se borne à une seule. Or la prière dite « impaire » consiste dans une rak'a au moins, et en onze rak'a au plus. Le temps légal en est entre la prière de la nuit et l'apparition de la seconde aube, et par conséquent ces rak'a ne comptent pas pour un exercice religieux, quand on les accomplit avant la prière de la nuit, soit à dessein, soit par inadvertance. Toutefois il n'y a que dix des dix-sept rak'a énumérées que la sunna prescrive impérativement ; ce sont les deux rak'a précédant les prières du matin et de midi, et les deux rak'a à accomplir après les prières de midi, du soir et de la nuit.

Enfin la sunna a prescrit impérativement trois prières surérogatoires indépendantes, c'est-à-dire ne relevant point des prières obligatoires ; or il y a

1° *la prière nocturne*. En général les prières surérogatoires accomplies pendant la nuit sont plus méritoires que celles que le croyant fait le jour. Des prières surérogatoires de la nuit, celles de minuit sont les plus méritoires, et en second lieu celles de la dernière partie de la nuit. Cette dernière prescription regarde spécialement les fidèles qui ont l'habitude de destiner les trois parties de la nuit à des buts différents ; puis il y a

2° *la prière de la matinée avancée (ḍoḥā)* consistant en deux rak'a au moins, et en douze rak'a au plus. Le temps légal en est entre le lever du soleil et le moment où il commence à décliner ; c'est l'opinion soutenue par An-Nawawī dans ses ouvrages intitulés at-Tahqīq (la Vérification) et Šarḥ al-Muḥaddab (Commentaire sur le Muḥaddab¹⁶) ; et enfin la sunna prescrit

3° *la prière des pauses (tarāwīḥ)* se composant de vingt rak'a et de dix salutations ; elle s'accomplit par les fidèles toutes les nuits du mois de Ramaḍān. Quatre rak'a se succédant sans interruption, il en résulte que la prière a cinq pauses. Quant à l'intention, elle doit se renouveler chaque fois qu'on vient de terminer deux rak'a ; mais, d'un autre côté, on a tout aussi bien satisfait aux termes de la loi lorsque on rapporte son intention à la prière des pauses que lorsqu'elle a trait à la célébration des cérémonies du mois de Ramaḍān en général. Chacune des cinq pauses de quatre rak'a exige deux salutations finales ; une seule serait insuffisante. Le temps légal pour la prière en question est entre la prière de la nuit et l'apparition de l'aube.

Section III.

Les conditions auxquelles le croyant doit répondre lorsqu'il va prier sont au nombre de cinq. Quoique le pluriel du mot arabe chart (condition) soit à la rigueur

¹⁶Voy. Plus haut p. 49 n. 1. Dans le Minhāj at-Tālibīn Nawawī ne parle pas du temps légal de la prière en question. Cf, I, p. 123, 124.

chorout, l'auteur se sert ici du pluriel charāit avec la même signification¹⁷, mais à vrai dire charāit est le pluriel de charīta et non de chart. Dans le langage ordinaire chart signifie « marque », « borne » ; mais comme terme de droit on entend par ce mot la « condition d'où dépend la validité d'un acte », et, dans le cas qui nous occupe, les conditions d'où dépend la validité de la prière. On ne saurait toutefois appeler chart ce qui fait partie de la prière : ce qui est nécessaire pour la validité de la prière et qui en forme une partie s'appelle, non une « condition pour la validité » mais un « élément constitutif » (rokn). Sans la restriction formulée dans les paroles « on ne saurait toutefois etc. », les deux notions se confondraient. Voici donc les conditions que l'auteur a en vue :

1° *que le corps soit exempt de souillures* légères ou graves, dans tous les cas où la purification n'est pas matériellement impossible au fidèle. En cas d'impossibilité matérielle par suite du manque d'eau ou de sable, on prie légalement à l'état de souillure ; mais on doit réitérer son acte de dévotion plus tard dès qu'on a obtenu les moyens de se purifier. L'auteur continue : *et la loi exige en outre qu'il faut être exempt d'impureté* imputable. Cette dernière prescription ne regarde pas seulement le corps humain, mais encore les vêtements et l'endroit où l'on prie, comme l'auteur va nous l'apprendre ; *puis c'est une condition pour la validité de la prière*

2° *que l'on se couvre les*, ou plutôt la surface visible des *parties honteuses*, excepté encore le cas d'impossibilité. Ainsi un fidèle qui se trouve dans l'obscurité et n'est pas en état de se couvrir les parties honteuses, peut au besoin prier tout nu, sans avoir besoin de réitérer son acte de dévotion plus tard. Le fidèle en question ne doit pas non plus remplacer les inclinaisons et les prosternations réglementaires par l'acte de baisser la tête seulement, mais il lui faut accomplir les unes et les autres de la façon ordinaire. Au reste, la loi exige qu'on se couvre les parties honteuses *avec des vêtements purs* ; mais l'obligation de se tenir couvertes les parties honteuses n'est point limitée aux exercices religieux. Elle est générale, non seulement quand on se trouve en présence d'autres personnes, mais encore quand on est seul. Il n'y a d'exception que s'il est nécessaire de se déshabiller, par exemple quand on prend un bain, etc. La loi blâme même l'acte de regarder ses propres parties honteuses, quoique cet acte ne soit pas rigoureusement défendu. S'il s'agit d'un homme ou d'une femme esclave, on entend par « parties honteuses » la partie du corps comprise entre le nombril et les genoux. Les parties honteuses d'une femme libre diffèrent selon les circonstances : dans la prière, la loi considère comme telles tout le corps excepté le visage et les mains jusqu'aux poignets, et alors le côté extérieur des mains peut rester à découvert tout aussi bien que le côté intérieur. Si la femme libre n'est pas en prière, elle doit cacher tout le corps y compris le visage et les mains, excepté le cas où elle se trouverait seule ; car alors elle est sujette relativement aux parties honteuses aux mêmes prescriptions que l'homme. Dans le

¹⁷Voy. Plus haut, p. 68, n. 1. Par suite de la confusion entre les pluriels chorout et charāit, il existe dans les manuscrits et éditions du Précis d'Abu Chojâ' et de ses commentateurs un manque de régularité constant par rapport au genre du singulier, le singulier de charāit étant charīta et non chart, c'est-à-dire un nom féminin. Cette irrégularité est surtout sensible quand il y a des numératifs. Pour ne pas fatiguer le lecteur par des variantes inutiles, j'ai tranché la difficulté en considérant avec l'auteur charāit, et chorout tous les deux comme des pluriels et chart. On trouvera donc par la suite p. e. hamesh charāit tout aussi bien que hamesh chorout.

langage ordinaire, le mot arabe de 'awra signifie toute chose dont on a honte par suite d'un défaut physique ou moral ; mais comme terme de droit, ce mot se rapporte aux parties du corps qu'il faut tenir couvertes et qu'il est défendu de regarder. Ici il ne s'agit que des parties du corps qu'il faut tenir couvertes ; quant aux parties du corps qu'il est défendu de regarder, les auteurs en parlent dans le Livre du Mariage ; *puis* la loi exige

3° *que l'endroit où l'on va prier soit pur*. La prière n'est point valable au cas où le corps ou l'habit du fidèle a été en contact avec une chose impure, soit dans l'acte de se tenir debout, soit dans celui de s'asseoir, soit dans l'inclination, soit dans la prosternation ; *puis* il est de rigueur

4° *que l'on soit sûr de l'arrivée du temps légal*, ou qu'on le suppose sur des motifs admissibles. S'il n'y a ni certitude ni supposition fondée, la prière n'est pas valable, lors même que par hasard elle aurait eu lieu réellement pendant le temps légal ; *enfin* il est de toute nécessité

5° *que l'on se tourne vers la qibla*, c'est-à-dire dans la direction de la Ka'ba ou sanctuaire de la Mecque. Le nom de qibla, de la racine arabe qabala, s'explique par le fait que le fidèle, en priant, l'a devant lui (en arabe juqābiluhā) ; quant au nom de Ka'ba, littéralement « cube », il a été donné au sanctuaire à cause de sa forme. L'acte de tourner le visage vers la qibla est une condition essentielle pour la validité de la prière dans tous les cas où le croyant peut observer ce précepte. L'auteur n'admet que les deux exceptions qui vont suivre : *le fidèle est seulement dispensé de se préoccuper de se tourner vers la qibla, en priant, dans deux circonstances : en cas de danger imminent* au milieu du combat dans une guerre licite. Alors l'indulgence légale se rapporte également à la prière obligatoire et à la prière surérogatoire. La seconde exception est formulée dans les paroles : *et au cas où un voyageur en route désire accomplir une prière surérogatoire sans descendre de sa monture*. Or celui qui fait un voyage licite, même de peu d'importance, a la faculté d'accomplir les prières surérogatoires sans changer de direction. Même celui qui voyage à cheval, etc. n'a pas besoin de poser son front sur sa selle dans les prosternations ; la loi lui permet d'accomplir les inclinations et les prosternations en baissant la tête seulement, pourvu que sa tête descende plus bas sur sa poitrine pour les dernières que pour les premières. En revanche, le voyageur à pied doit accomplir les inclinations et les prosternations de la façon ordinaire, et se tourner alors vers la qibla. Ce n'est que pendant l'acte de se tenir debout et pendant la confession de foi qu'il peut continuer sa marche.

Section IV.

Des éléments constitutifs de la prière. Ce que signifie le mot « prière » dans le langage ordinaire et comme terme de droit, nous l'avons exposé plus haut).

Les éléments constitutifs de la prière sont au nombre de dix-huit : il y a

1° ***l'intention***, en arabe nīya. Elle consiste en ce que l'on se propose un acte quelconque et que l'on se met à l'accomplir. L'intention est une affaire du cœur ; pour la

prière obligatoire elle doit se rapporter à l'obligation, au dessein de l'accomplir et à l'acte spécial. Ainsi il faut la formuler pour la prière du matin, pour la prière du midi etc., en faisant mention de ces actes. S'il s'agit au contraire d'une prière surérogatoire, il suffit de formuler le dessein de l'accomplir et de mentionner l'acte de dévotion, mais la loi n'exige pas d'ajouter que cet acte est une œuvre surérogatoire. A cet égard, il est indifférent que la prière surérogatoire ait un temps légal comme les actes de dévotion spéciaux qui se combinent avec les prières obligatoires, ou qu'elle n'en ait pas, comme la prière en temps de sécheresse, qui s'accomplit à cause d'une circonstance spéciale, mais qui n'est point limitée à une certaine partie du jour ; **puis** il y a

2° **l'acte de se tenir debout, quand on en est physiquement capable**. Cet acte s'appelle en arabe qijām. Dans le cas d'impossibilité physique de se tenir sur ses jambes, le croyant peut s'asseoir à volonté, quoiqu'il soit préférable de s'asseoir de la manière dite iftirāṣ ; **puis** il faut accomplir

3° **l'acte de prononcer la formule introductive : « Dieu est grand »**, en arabe takbīrat al-ihrām. Cette formule est de rigueur pour toute personne capable de la prononcer. Elle consiste dans les paroles : « Dieu est grand », en arabe Allāhu Akbar. Ces paroles sont sacramentelles ; on ne saurait substituer au nom-même « Dieu » (Allāh) un de Ses attributs, et dire par exemple : « Le Clément (ar-Raḥmān) est grand », ni intervertir le sujet et le prédicat et dire par exemple : « Le plus grand, c'est Dieu ». Le fidèle qui ne sait pas prononcer la formule en langue arabe peut se contenter d'une traduction dans la langue qu'il voudra, mais il lui est interdit de remplacer la formule par une autre commémoration de Dieu. L'intention ne saurait être séparée de la formule ; ce qui veut dire, selon An-Nawawī, qu'on a satisfait aux termes de la loi, s'il y a, dans le sens ordinaire, coïncidence de l'intention et de la formule, ou pour parler plus exactement, si l'on peut considérer, dans des circonstances ordinaires, que l'intention est rapprochée autant que possible des premières paroles qu'il faut prononcer dans la prière ¹⁸) ; **puis** on accomplit

4° **la récitation du premier chapitre du Coran**, appelée en arabe qirāā. Le fidèle qui ne sait pas par cœur le premier chapitre doit le remplacer par un autre morceau. La récitation est aussi bien de rigueur dans les prières surérogatoires que dans les prières obligatoires. Le premier chapitre se récite en son entier, c'est-à-dire avec **la formule : « Au nom de Dieu le Clément et le Miséricordieux », laquelle compte pour un verset, tout en précédant le texte**, et même elle compte pour un verset entier. La récitation est invalidée si le croyant a supprimé une consonne, s'il n'a pas fait attention aux consonnes redoublées, ou s'il a remplacé une consonne par une autre. Ces contraventions, commises à dessein, ont pour conséquence la nullité de la prière entière ; commises par inadvertance, elles n'obligent qu'à réitérer la récitation. Il faut observer l'ordre des versets du chapitre, et les réciter l'un après l'autre comme ils se suivent dans la rédaction canonique. En dernier lieu, la loi exige la continuité dans la récitation, de manière à ce que les mots se succèdent sans autre interruption que celle causée par la nécessité de prendre haleine. Chaque mot prononcé qui ne se trouve pas dans le texte porte préjudice à la continuité : on excepte seulement les mots prononcés comme une

¹⁸Cf. Minhāj at-Tālibīn, I, p. 75.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

partie de la cérémonie ; ainsi chaque membre de l'auditoire, dans la prière en assemblée, peut dire « amīn » au milieu de sa récitation **au cas où** l'imām ait déjà terminé la sienne, sans que la continuité s'interrompe. Celui qui ne sait pas le premier chapitre du Coran, et qui, **par exemple** à défaut de maître, ne peut apprendre à le réciter, soit le remplacer par les sept autres versets qu'il connaît le mieux, de préférence sept versets qui se suivent, mais au besoin sept versets détachés. Celui qui ne sait absolument rien du Coran doit remplacer la récitation du Livre sacré par la récitation d'une glorification de Dieu, comptant au moins le même nombre de consonnes que le premier chapitre, et enfin en cas d'ignorance complète du Coran et d'une glorification, on se tait en se tenant debout pendant toute la durée de la récitation. Quelques exemplaires du Précis portent, au lieu des paroles mentionnées : «La récitation du premier chapitre du Coran après avoir prononcé la formule: «Au nom de Dieu le Clément et le Miséricordieux», laquelle compte pour un des versets dudit chapitre» ; **puis** le croyant accomplit

5° ***l'inclinaison***, en arabe rokou'. Celui qui prie debout et qui est en état de s'incliner, doit au moins se courber, sans faire reculer les parties postérieures de son corps, de manière à toucher ses genoux avec les paumes de ses mains, le tout à supposer qu'on ait le corps bien proportionné et que ni les mains ni les genoux ne soient défectueux ou mutilés. Au besoin on peut se soutenir le corps en faisant appuyer les paumes de ses mains sur ses genoux, et, en cas d'impossibilité physique de se courber de la sorte, la loi permet même de s'incliner aussi bas que possible, et de suppléer à ce qui manque par un clignement des yeux. Quand on veut cependant exécuter une inclination de la meilleure manière possible, il faut en outre prendre soin de tenir en ligne droite le dos et le cou, à tel point que ces parties du corps deviennent comme une feuille de métal étendue. En s'inclinant, le fidèle plante ses jambes perpendiculairement et prend ses genoux dans ses mains ; **puis** il faut accomplir

6° ***l'acte de tenir immobiles les parties du corps***, en arabe ṭoma'nīna. Or, après le mouvement qui constitue l'acte de s'incliner, il faut se tenir immobile **dans cette position**, c'est-à-dire quand on est incliné. Cet acte, l'auteur le considère comme un élément constitutif séparé, et An-Nawawī dans le Taḥqīq suit son exemple ; mais d'autres ne considèrent la ṭoma' nīna que comme une pratique accessoire des éléments constitutifs de la prière ¹⁹⁾ ; **puis** il y a

7° ***l'acte de se relever*** de l'inclinaison, **et l'équilibre du corps**, en arabe i'tidāl, en reprenant la position qu'on avait avant de s'incliner. Il faut reprendre sa position antérieure, tout aussi bien lorsqu'on se tenait debout avant l'inclinaison que lorsqu'on s'était assis en cas d'impossibilité physique de se tenir sur ses jambes ²⁰⁾ ; **puis** la loi prescrit

8° ***l'acte de tenir immobiles les parties du corps dans cette position***, c'est-à-dire durant l'i'tidāl ; **puis** vient

9° ***la prosternation***, en arabe s o d j o u d. Elle se répète deux fois dans chaque rak'a de la prière, et doit consister au moins dans ce qu'une partie du front du fidèle

¹⁹⁾Voy. plus haut,, n.1 et Minhāj at-Ṭālibīn, I, p. 81.

²⁰⁾Voy. plus haut, au N°. 2°.

touche l'endroit où il s'était proposé de se prosterner, sans distinguer entre la prosternation sur le sol même et celle qui se fait, par exemple, sur un tapis. Si l'on veut exécuter la prosternation de la meilleure manière possible, il faut en outre dire : «Dieu est grand!» en se prosternant, sans toutefois lever les mains, et il faut successivement poser à terre les genoux, les mains, le front et le nez ; **puis** on compte parmi les éléments constitutifs

10° l'acte de tenir immobiles les parties du corps dans cette position, c'est-à-dire durant la prosternation, à tel point que tout le poids de la tête repose sur l'endroit où l'on se prosterne. Ainsi, il ne suffit point de toucher le sol de la tête, mais il faut l'y appuyer à tel point que, s'il y a par exemple sous la tête du coton, ce coton soit pressé de manière à faire une empreinte sur les mains dans le cas où on les aurait tenues dessous ; **puis** il y a

11° l'acte de s'asseoir entre les deux prosternations de chaque rak'a. Cet acte s'appelle en arabe julūs ; il est de rigueur, tout aussi bien lorsqu'on s'acquitte de la prière debout, que lorsqu'on s'en acquitte couché sur le côté, en cas de maladie, etc. La loi exige pour la validité qu'au moins l'on ait été assis immobile après le mouvement des membres du corps causé par la prosternation ; mais quand on veut s'acquitter du julūs de la meilleure manière possible, il faut en outre prononcer l'invocation spécialement prescrite pour cette partie de la prière. Au lieu de s'asseoir entre les deux prosternations, on ne saurait se contenter d'un autre mouvement, lors même que ce mouvement ressemblerait de très-près à l'acte dont nous nous occupons ; **puis** on accomplit

12° l'acte de tenir immobiles les parties du corps dans cette position, c'est-à-dire durant le julūs qui sépare les deux prosternations ; **puis** la loi prescrit

13° l'acte de s'asseoir une dernière fois, c'est-à-dire le julūs qui est suivi immédiatement de la salutation ²¹⁾ ; **puis** vient

14° la confession de foi prononcée dans cette position, c'est-à-dire pendant le dernier julūs. La confession de foi, en arabe taṣāḥud, consiste au moins dans les paroles suivantes : «Gloire à Dieu et salut à vous, O Prophète ! Que la miséricorde et la bénédiction de Dieu viennent sur vous ! Que la paix soit accordée à nous et aux autres pieux serviteurs de Dieu ! J'atteste qu'il n'y a d'autre divinité que Dieu et que Muḥammad est l'ambassadeur de Dieu !» La formule complète cependant est celle-ci : «Gloire suprême et louange infinie à Dieu ! Salut à vous, O Prophète ! Que la miséricorde et la bénédiction de Dieu viennent sur vous ! Que la paix soit accordée à nous et aux autres pieux serviteurs de Dieu ! J'atteste qu'il n'y a d'autre divinité que Dieu et que Muḥammad est l'ambassadeur de Dieu !» ; **puis** il faut mentionner

15° la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) à réciter dans cette position, c'est-à-dire pendant le dernier d j o l o u s, après la confession de foi. Le minimum de la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) consiste dans les paroles : « O Dieu ! Accorde Ta grâce à Muḥammad !» L'auteur ne parle que du Prophète et non de sa famille ; il en résulte que la prière pour celle-ci n'est point considérée par lui comme obligatoire. Ceci

²¹Ce d j o l o u s s'appelle ordinairement le q o ' o u d. Voy. Minhāj at-Ṭālibīn, I, p.88.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

est correct, puisque la prière pour la famille du Prophète n'est une prescription impérative que de la sunna ; **puis** on accomplit

16° **la première salutation**, en arabe salām ; elle est de rigueur pendant le qu'ūd²²), et consiste au moins dans les paroles : «Salut à vous !», prononcées une seule fois. Si l'on veut toutefois accomplir le salām de la meilleure manière possible, on doit dire : «Salut à vous et que Dieu vous soit miséricordieux !» deux fois, savoir en se tournant à droite et à gauche ; **puis** il faut formuler

17° **l'intention de terminer la prière** ; mais la doctrine qui la considère comme un élément constitutif est erronée. Selon d'autres auteurs, cette intention n'est point de rigueur, et ceci est la meilleure doctrine ; **enfin** la loi exige

18° **l'observation de l'ordre prescrit des éléments constitutifs**, ordre qui s'appelle en arabe tartīb. Même on ne peut légalement intervertir l'ordre prescrit entre le dernier tašahud et la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !), quoique cette dernière en forme presque une partie intégrante. Seulement l'auteur, par son adjonction : **tel que je viens de l'exposer**, a constaté que cette règle ne concerne point l'obligation de joindre l'intention au takbīr introductif, ni celle de joindre le dernier julūs au tašahud et à la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !).

La sunna a introduit deux choses à titre d'actes préliminaires de la prière, savoir : l'aḍān, ou premier appel. Le mot arabe d'aḍān signifie, dans le langage ordinaire, « avertissement » ; mais, comme terme de droit, il désigne la glorification spéciale servant à annoncer aux fidèles que le temps légal d'une prière obligatoire est arrivé. Les phrases de l' a d s ā n se prononcent chacune deux fois, excepté la formule: «Dieu est grand !» au commencement, qui se répète quatre fois, et la formule: «Il n'y a d'autre divinité que Dieu» à la fin, qui ne se prononce qu'une seule fois. L'auteur continue : **et l' iqāma, ou second appel.** Le mot arabe d'iqāma est proprement dit l'infinitif de la quatrième forme du verbe q ā m a « se dresser » ; ce n'est que dans un sens dérivé qu'on l'emploie pour la glorification spéciale que nous avons en vue, parce que cette glorification a pour effet que les croyants se mettent en position pour s'acquitter de leur prière. Les deux appels ne sont de rigueur que pour les cinq prières journalières et obligatoires ; quant aux autres prières, les croyants ne sont invités par des appels qu'à celles qu'on accomplit en assemblée. **De même elle, c'est-à-dire la sunna, a introduit deux actes à exécuter au milieu de la prière: la première confession de foi et la formule appelée qunūt, à réciter dans la prière du matin**, ou, pour parler plus correctement, dans l'itidāl de la seconde rak'a de cette prière. Dans le langage ordinaire, le mot arabe de qunūt signifie « invocation » ; mais, comme terme de droit, c'est le nom de la glorification spéciale dont les premières paroles sont : « O Dieu ! Conduis-moi comme ceux que Tu as conduits avant moi ; préserve-moi comme ceux que Tu as déjà préservés, etc. » ²³). L'auteur ajoute : **et de même le qunūt se récite dans la**

²²Voy. n.1

²³Pour la formule entière voyez Minhāj at-Tālibīn, I, p. 460.

dernière partie de **la prière dite witr, du moins pendant la seconde moitié du mois de Ramaḍān**, lequel qunūt ne diffère du qunūt précité de la prière du matin, ni par rapport à la place qu'il occupe, ni par rapport aux paroles qui le composent. Toutefois il ne faut pas oublier que la formule du qunūt n'est point sacramentelle, et qu'on peut la remplacer aux termes de la sunna par tout verset du Coran qui contient une invocation et un éloge de Dieu, à la seule condition que ce soit réellement le qunūt qu'on se propose d'accomplir.

Les pratiques accessoires, c'est-à-dire de la prière, vont nous occuper en dernier lieu. L'auteur appelle ainsi les actes qui ne sont point des éléments constitutifs de la prière, et qui ne sont pas non plus des parties intégrantes se réparant par une prosternation expiatoire. Ces pratiques **sont de quinze catégories. Or on lève les mains au moment de prononcer la formule introductive : «Dieu est grand !»** On les lève jusqu'à la hauteur des épaules, **et on en fait de même au moment de s'incliner et au moment de se relever de l'inclination.**

On prend sa main gauche dans sa main droite et l'on tient ainsi ses deux mains entre la poitrine et le nombril.

On prononce la formule : «Je tourne etc.», acte s'appelant en arabe tawaju. Or, après la takbīrat al-iḥrām, le fidèle récite Coran VI:79 : «Je tourne mon visage vers Celui qui a formé les cieux et la terre, etc.» Ce verset toutefois n'est point sacramentel ; on peut le remplacer par un autre, pourvu qu'il contienne une invocation et qu'il puisse se réciter à propos dans le commencement de la prière.

On se réfugie, acte s'appelant en arabe ta'awwud. Cet acte consiste en ce que l'on prononce une formule quelconque impliquant qu'on cherche un refuge auprès de Dieu. Il est cependant préférable de se servir de la formule : «Je cherche un refuge auprès de Dieu contre Satan le lapidé.»

On prononce toutes les formules à haute voix dans les cas où la loi l'exige, savoir dans la prière du matin en son entier, dans les deux premières rak'a de la prière du soir et de celle de la nuit, dans la prière publique du Vendredi, et dans la prière à l'occasion des deux fêtes annuelles.

En revanche, on prononce toutes les formules à voix basse dans les cas où la loi prescrit un procédé opposé, savoir dans tous les cas, excepté ceux que nous venons de mentionner.

On dit « amīn », acte qui s'appelle en arabe ta'mīn. On dit « amīn » toutes les fois qu'on vient de réciter le premier chapitre du Coran, mais surtout s'il s'agissait de la récitation dans la prière. Dans la prière en assemblée tout membre de la communauté répète à haute voix le « amīn » de l'imām.

On récite encore un chapitre du Coran après le premier. Cette récitation supplémentaire se fait par l'imām dans la prière en assemblée et par le fidèle lui-même s'il prie de son propre chef. Elle a lieu seulement dans les deux rak'a de la prière du matin et dans les deux premières rak'a des autres prières. Elle doit avoir lieu après la récitation du premier chapitre ; dans le cas où elle précéderait cette dernière récitation, elle n'aurait aucune valeur.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

On dit : «Dieu est grand !» au moment de se baisser pour l'inclination et au moment de se relever, c'est-à-dire au moment de redresser son épine dorsale après avoir exécuté l'inclination.

On prononce la formule : «Dieu écoute celui qui Le loue !» au moment de relever la tête après l'inclination. Il est encore permis de se servir des paroles : «Celui qui loue Dieu, Il l'écoute», parce qu'elles impliquent la même idée, savoir que Dieu agréé les louanges des fidèles, et qu'ils en seront récompensés par Lui. Ensuite le fidèle dit : **«O notre Seigneur ! A Toi l'hommage !»** au moment de se mettre debout.

On glorifie Dieu pendant l'inclination. Cet acte s'appelle en arabe tasbīḥ, et quand on veut l'accomplir de la manière qui est à peu près la meilleure, il faut dire au moins trois fois: «Gloire à mon illustre Seigneur !»

L'auteur ajoute : **et** de même on glorifie Dieu trois fois **pendant la prosternation** ; mais alors la formule à peu près la meilleure est un peu différente, savoir : «Gloire à mon sublime Seigneur !». Je ne cite pas les formules dont on se sert quand on aspire au dernier degré de perfection, parce qu'elles sont connues de tout le monde.

On pose ses mains sur ses cuisses pendant le julūs dans lequel on prononce la première confession de foi, et pendant le dernier julūs. Le fidèle doit accomplir cet acte **en déployant sa main gauche**, les bouts des doigts dans la direction du genou, **et en fermant sa main droite**, c'est-à-dire de manière à fermer les doigts de la main droite **excepté l'index**. On ne ferme point l'index, **qui doit rester libre** pour qu'on puisse le lever **pendant qu'on prononce la confession de foi**, ou plutôt en disant « que Dieu ». Il ne faut pas baisser et relever alternativement l'index, car ce serait un procédé blâmable, quoique, selon la meilleure doctrine, ce procédé n'entraîne point la nullité de la prière.

On s'assied de la manière dite iftirâs toutes les fois qu'il faut s'asseoir dans la prière, soit pour se reposer, soit entre les deux prosternations, soit pour prononcer la première confession de foi. L'iftirâs consiste en ce que le croyant s'asseye sur le talon du pied gauche, le dessus du pied contre la terre, qu'il étende le pied droit, les bouts des doigts par terre et tournés vers la qibla. **Seulement la façon de s'asseoir dite tawarruk est à observer la dernière fois que l'on s'assied** dans chaque prière. C'est en étant assis de cette manière qu'on prononce la dernière confession de foi. Le tawarruk ressemble de très-près à l'iftirâs ; seulement le pied gauche, tout en gardant la position qu'il a dans l'iftirâs, passe par dessous du côté droit, tandis que les parties postérieures reposent sur le sol. Le fidèle devancé par l'imām dans la prière faite en assemblée, et celui qui a commis une inadvertance en priant, doivent se borner à l'iftirâs, même dans le dernier julūs, sans se préoccuper du tawarruk.

La dernière des pratiques accessoires est l'acte de prononcer la salutation finale. Quant à la première salutation, nous venons de voir qu'elle est un élément constitutif de la prière.

Section V.

De la différence entre la femme et l'homme par rapport à la prière. L'auteur parle de cette différence dans les termes suivants : ***La femme diffère de l'homme dans cinq points: l'homme tient ses coudes éloignés, ou plutôt un peu au-dessus des flancs ; il retire, c'est-à-dire il relève, autant que possible son ventre loin de ses cuisses en exécutant l'inclination et la prosternation, et il prononce les formules à haute voix dans les cas où la loi l'exige.*** Ces cas nous les avons mentionnés plus haut). S'il lui arrive, c'est-à-dire s'il lui survient, ***quelque chose pendant la prière, il glorifie Dieu*** en disant : « Gloire à Dieu ! » Ces paroles, le croyant peut les prononcer sans que la prière en soit annulée, tout aussi bien dans le cas où il voudrait seulement glorifier Dieu sans rien de plus, que dans le cas où il voudrait glorifier Dieu et avertir en même temps quelqu'un qui se trouve en sa présence, et même s'il n'avait pas de but déterminé en prononçant la formule. Lorsqu'au contraire il a prononcé la formule dans le but unique d'avertir quelqu'un, la prière est annulée par suite de cette interruption. ***Enfin, par rapport à la prière, ce ne sont que les parties du corps comprises entre le nombril et les genoux que la loi considère comme les parties honteuses d'un homme,*** mais non le nombril et les genoux mêmes, ni à plus forte raison ce qui est au-dessus du nombril ou au-dessous des genoux. C'est là la bonne doctrine.

La femme, dans les cinq circonstances que nous venons de citer, doit agir autrement. ***Elle tient ses membres autant que possible serrés les uns contre les autres***, et, en exécutant l'inclination et la prosternation, elle fait reposer son ventre sur ses cuisses. ***Elle prononce les formules de la prière à voix basse dans le cas où elle se trouverait en présence d'hommes étrangers ;*** mais dans le cas contraire, elle prie comme les hommes et lève la voix. ***S'il lui arrive quelque chose pendant la prière, elle bat des mains***, savoir elle bat le revers de sa main gauche avec la paume de sa main droite. La loi lui défend de battre les paumes de ses mains l'une contre l'autre en signe d'allégresse ; la contravention à ce précepte, commise en connaissance de cause, de quelque peu d'importance qu'elle soit, entraînerait la nullité de la prière. Les règles relatives aux femmes, s'appliquent encore aux hermaphrodites. ***S'il s'agit d'une personne***, c'est-à-dire d'une femme, ***libre, tout son corps, excepté le visage et les mains, est considéré par la loi comme des parties honteuses***, par rapport à la prière ; au lieu que, sous d'autres rapports, le visage et les mains sont considérés comme des parties honteuses aussi. ***Quant à la femme esclave, ses parties honteuses sont, par rapport à la prière, comme celles des hommes***, savoir ce qui est compris entre le nombril et les genoux.

Section VI.

Des différentes circonstances qui annulent la prière. ***Les circonstances qui***

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

annulent ou par lesquelles est annulée ²⁴⁾ **la prière sont au nombre de onze, savoir : toute parole superflue prononcée à dessein**, à la condition que ce soit un son ayant une signification pour les oreilles humaines. Au reste, il est indifférent que la parole prononcée de trop concerne l'acte de dévotion ou autre chose. L'auteur continue : **tout acte superflu, en cas que ce soit un acte de beaucoup d'importance** et continu, comme par exemple celui de faire trois pas. L'acte en question annule la prière, tout aussi bien quand il a été commis à dessein que quand il a été commis par inadvertance. En revanche, la prière n'est point annulée par des actes superflus de peu d'importance. La prière se trouve encore annulée par la **souillure** légère ou grave, et par **l'impureté accidentelle** dans tous les cas où elle n'est pas excusable. Ainsi la prière reste intacte lorsqu'une substance impure mais sèche est tombée sur l'habit du croyant, et qu'il l'a secouée sur-le-champ.

L'auteur continue ainsi qu'il suit : **le fait d'avoir mis à nu ses parties honteuses à dessein**. En revanche la prière n'est pas annulée si c'est le vent qui a mis les parties honteuses à découvert en soulevant l'habit, et si le fidèle s'est hâté de rajuster son habit. D'autres causes de nullité sont : **le changement d'intention**, par exemple si le fidèle en prière se propose de cesser son acte de dévotion, **l'acte de se détourner de la qibla**, par exemple si le fidèle tourne le dos dans cette direction, et **celui de manger ou de boire** quelque peu que ce soit, à moins que le fidèle n'ignore qu'un tel acte est illicite, **puisqu'alors** le fait d'avoir mangé ou bu une petite quantité est excusable. Le fait d'avoir mangé par oubli laisse encore la validité de la prière intacte dans tous les cas où l'on n'a mangé que très-peu ; mais si la quantité de nourriture prise était considérable, la contravention a pour conséquence la nullité de la prière aussi bien dans le cas d'inadvertance que dans celui d'ignorance. Ceci est la meilleure doctrine. La défense de manger est tellement rigoureuse que même un morceau de sucre qui se fond dans la bouche, de manière à ce que la liqueur produite soit avalée, suffit, selon la meilleure doctrine, pour invalider la prière, parce que « manger » et « avaler » sont au fond deux notions similaires. Toutefois, en cas de serment, il en serait autrement : celui qui a juré de ne point manger une petite quantité d'aliments, ne devient nullement parjure en mangeant beaucoup, parce que les termes du serment doivent être pris à la lettre et que, dans la vie ordinaire, « peu » est autre chose que « beaucoup ». Enfin l'auteur nous apprend que la prière se trouve annulée par **l'éclat de rire**, ou plutôt, selon quelques juristes, par le rire en général, **et l'apostasie**. On entend par « apostasie » le reniement de la foi musulmane par des paroles ou des actes.

Section VII.

Du nombre des rak'a dans la prière. **Les rak'a des prières journalières et obligatoires**, c'est-à-dire des prières que doit accomplir tout fidèle qui se trouve dans son domicile, pendant un jour et une nuit, excepté le Vendredi, sont au nombre de dix-

²⁴Baijouri observe avec raison que le commentateur, en insérant le mot de b i h i, a dénaturé le texte. Or l'auteur, Abū Choja', a écrit y o b t i l o ç-ç a l â t a, au lieu que l'insertion du mot b i h i exige la leçon t a b t o l o ou y a b t o l o ç-ç a l â t o. Il est évident que cette subtilité doit se perdre entièrement dans la traduction.

sept. Le Vendredi, toutes les prières obligatoires ensemble ne comptent pour lui que quinze rak'a, au lieu que les voyageurs, se trouvant dans la condition qui permet d'abréger la prière, satisfont à la loi en priant onze rak'a. Les paroles suivantes: **Ces rak'a contiennent trente-quatre prosternations, quatre-vingt-quatorze fois la formule: «Dieu est Grand !», neuf fois la confession de foi, dix salutations et cent-cinquante-trois fois la formule: «Gloire à Dieu !». Elles ont ensemble cent-vingt-six éléments constitutifs, dont trente pour la prière du matin, quarante-deux pour la prière du soir, et cinquante-quatre pour les trois autres prières, dites prières quaternaires ²⁵⁾ ensemble**, ces paroles, dis-je, sont claires en elles-mêmes et n'exigent aucun commentaire.

Le croyant qui, lorsque cette position est de rigueur dans la prière, ne peut pas se tenir debout à cause d'une infirmité physique, **doit prier en restant assis** de quelque façon que ce soit. Cependant l'opinion la plus répandue parmi les savants est que, dans les circonstances mentionnées, il vaut mieux s'asseoir de la façon dite iftirâs que de s'asseoir les jambes croisées. **Celui qui ne peut pas s'asseoir, doit prier couché sur le côté**, et subsidiairement couché sur le dos, les jambes dans la direction de la qibla. En cas d'impossibilité physique de prier dans une des positions ci-dessus, on indique les différentes postures de la prière par un clignement des yeux, et on les prend mentalement ; mais cela n'empêche pas qu'il faut tourner le visage du fidèle en question vers la qibla en mettant sous sa tête quelque chose qui la soutienne. Alors il remplace l'inclination et la prosternation par des mouvements de sa tête, ou, au besoin, par des mouvements de ses paupières. Enfin dans le cas d'une impossibilité absolue de mouvoir la tête ou les paupières, on doit accomplir les éléments constitutifs de la prière mentalement, et jamais on ne saurait négliger son devoir de prier, aussi longtemps que l'on n'a pas perdu connaissance.

Le fidèle qui, dans les cas que nous venons d'exposer, a prié assis, n'a pas besoin de réitérer après coup son acte de dévotion, et sa prière n'est pas moins méritoire que celle d'un autre qui s'en est acquitté de la façon ordinaire. Or le fidèle en question était empêché par force majeure, et par conséquent irresponsable de sa contravention. On ne peut citer comme argument contraire les paroles du Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) : «Celui qui prie en restant assis n'a que la moitié du mérite de celui qui prie debout, et celui qui prie en restant couché n'a que la moitié du mérite de celui qui prie assis» ; car ces paroles ne se rapportent qu'à la prière surérogatoire et aux personnes qui peuvent se coucher, s'asseoir ou se tenir debout à volonté.

Section VIII.

Il y a trois espèces d'omissions dans la prière : l'omission d'une pratique nécessaire, ou, en d'autres termes, l'omission d'un élément constitutif, **celle d'une pratique de la sunna et celle d'une pratique accessoire**, les deux dernières espèces comprenant toutes les omissions, excepté celles d'une pratique nécessaire. L'auteur

²⁵Parce qu'elles se composent de quatre rak'a obligatoires.

expose ensuite les principes régissant les trois espèces d'omissions, en disant : ***L'omission d'une pratique nécessaire ne se répare point par une prosternation expiatoire ; mais si le croyant se rappelle avoir commis une telle omission***, c'est-à-dire l'omission d'une pratique nécessaire, tandis qu'il est en train de prier, il doit l'accomplir encore ; puis il recommence l'acte de dévotion à partir de la pratique omise, et l'accomplit jusqu'à la fin de la façon ordinaire. En revanche, à supposer que le croyant ne s'aperçoive de son omission qu'après la salutation finale, ***et à supposer que le temps presse, il doit accomplir encore la pratique omise. Cet acte, quoique fait trop tard, peut alors servir de base légale*** aux parties de la prière qui devaient lui succéder, mais que le croyant en question a déjà accomplies. Ensuite il répare sa faute par une prosternation expiatoire. Comme nous allons le voir, la prosternation expiatoire est seulement exigée par la sunna, lorsqu'on a négligé dans la prière quelque chose de prescrit, ou lorsqu'on a fait en priant quelque chose de défendu.

Les pratiques de la sunna omises par le fidèle en prière ***ne peuvent plus être reprises après qu'une pratique nécessaire suivante a été entamée***. Si le fidèle a par exemple omis la première confession de foi et qu'il ne s'aperçoive de cette omission qu'après avoir terminé l'i'tidāl, la loi lui défend de revenir à ce qu'il vient de négliger de la sorte. La prière serait même annulée par une infraction à cette règle, faite à dessein et en connaissance de cause. Lorsqu'au contraire l'infraction a été commise par le fidèle sans qu'il pensât qu'il était en prière, ou par ignorance des prescriptions légales, la prière ne s'en trouve point annulée, et le fidèle a seulement besoin de se redresser quand il s'aperçoit de son omission. Cependant tout ceci ne regarde que le fidèle priant de son propre chef ; car celui qui prie sous la direction d'un autre doit nécessairement revenir à la pratique omise afin de ne pas porter atteinte à l'obligation d'imiter son imām. ***Le fidèle doit seulement réparer sa faute par une prosternation expiatoire*** dans le cas où il ne serait point revenu à la pratique omise, et même dans le cas où il y serait revenu par oubli. Enfin, en parlant ici de « pratiques de la sunna », l'auteur a en vue les six parties de la prière qui vont suivre: le premier taśahud, le qu'ūd qui l'accompagne, le qunūt dans la prière du matin et dans la dernière partie de la prière dite witr, pendant la seconde moitié de Ramaḍān, le qiyām accompagnant le qunūt, la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) dans le premier taśahud, et enfin la prière pour la famille du saint homme dans le second.

Quant aux pratiques accessoires, comme les glorifications de Dieu et les autres actes qui ne se réparent point par une prosternation, ***le croyant qui les a omises dans sa prière ne doit pas y revenir ni réparer sa faute par une prosternation expiatoire***. A cet égard la loi ne distingue pas entre l'omission faite à dessein et l'omission par inadvertance.

Lorsque le fidèle en prière a des doutes relativement au nombre des rak'a qu'il vient d'exécuter, par exemple au cas où il doute s'il a déjà prié trois rak'a ou quatre, ***il doit continuer son exercice comme s'il n'avait accompli que les rak'a dont il est certain, c'est-à-dire le plus petit des nombres entre lesquels son esprit balance***, savoir, dans l'exemple ci-dessus, trois rak'a. Il lui faut par conséquent prier encore une rak'a s'il s'agit d'une prière quaternaire, ***et faire une prosternation expiatoire à cause de son inadvertance***. Les prescriptions relatives au doute sont

applicables, lors même que le fidèle qui nous occupe aurait des raisons pour croire plutôt que le nombre de quatre est exact ; il ne peut pas non plus s'en remettre à l'opinion d'un autre qui lui dirait qu'il vient de prier quatre rak'as, lors même que l'avis aurait été donné par un nombre suffisant de personnes.

La prosternation expiatoire a été introduite par la sunna, comme nous venons de le voir. **Il faut s'en acquitter avant la salutation finale**. Si le fidèle a prononcé cette salutation à dessein, et en connaissance d'une faute à expier, ou bien par inadvertance, le temps de réparer encore cette faute par une prosternation expiatoire est passé dans le cas où il y a eu, selon la coutume locale, un long intervalle entre la salutation et la prosternation. Dans le cas contraire, le temps d'exécuter la prosternation expiatoire n'est point irrémédiablement passé, mais elle n'a plus de valeur, et par conséquent on peut la faire ou la négliger à volonté.

Section IX.

Des parties du jour où il est blâmable de prier. Selon la Rawḍa et le Ṣarḥ al-Muḥaḍḍab, dans le chapitre correspondant, il s'agirait ici d'un blâme s'approchant de la prohibition, mais dans le Taḥqīq et dans un autre chapitre du Ṣarḥ al-Muḥaḍḍab, An-Nawawī ne parle que d'un blâme léger ²⁶). Le dernier chapitre est celui « des circonstances invalidant l'ablution rituelle ».

Il y a cinq parties du jour où l'on ne prie pas, à moins qu'il ne s'agisse d'une prière dont il faut s'acquitter alors par un motif spécial. Ce motif est, soit antérieur, par exemple s'il s'agit d'une prière omise dont le temps légal est passé, soit actuel, par exemple s'il faut prier à l'occasion d'une éclipse du soleil ou pour demander de la pluie.

En premier lieu, il est blâmable de prier sans motif spécial **après la prière du matin**, et le blâme continue **jusqu'au lever du soleil** ; **puis**, en deuxième lieu, la prière est blâmable **du moment où le soleil se lève** et après, **jusqu'à ce qu'il se soit levé et ait atteint la hauteur d'une lance**. Il s'entend que cette élévation n'est qu'apparente. L'auteur continue : **puis**, en troisième lieu, la prière est blâmable **du moment où le soleil se trouve dans le méridien jusqu'au moment où il commence à décliner** de son point culminant.

Il y a toutefois plusieurs exceptions à cette dernière prescription, savoir : la prière publique du Vendredi, laquelle peut se faire sans blâme au moment où le soleil se trouve dans le méridien ; puis les prières accomplies sur le territoire sacré de la Mecque, soit dans la Grande Mosquée, soit ailleurs. Or sur le territoire sacré on peut impunément prier à toute heure, sans distinction entre les prières que la sunna a prescrites à l'occasion des tournées et les autres prières. L'auteur ajoute : **puis**, en quatrième lieu, il est blâmable de prier **entre la prière de l'après-midi et le coucher du soleil, et enfin**, en cinquième lieu, **depuis le moment du coucher du soleil** ou plutôt depuis que le coucher est sur le point de commencer, **jusqu'à ce qu'il soit terminé**, c'est-à-dire

²⁶Voy. plus haut, n.1, et Minhâj at-Tâlibîn, I, p. 62 et 63

jusqu'au moment où le soleil a disparu sous l'horizon.

Section X.

La prière en assemblée est pour les hommes, par rapport aux prières journalières et obligatoires, et non par rapport à la prière publique du Vendredi, **prescrite impérativement par la sunna**. Ceci est non seulement l'opinion de l'auteur, mais encore celle de ar-Rāfi'ī²⁷). Selon An-Nawawī, la meilleure doctrine serait que la prière en assemblée est une obligation rigoureuse, dont la communauté musulmane est solidairement responsable²⁸). On est censé avoir assisté à la prière journalière en assemblée, lors même qu'on ne se serait joint à l'auditoire qu'après le commencement de la cérémonie, pourvu que ce soit avant la première salutation de l'imām, et encore la loi n'exige point que l'on ait accompli le qu'ūd²⁹) avec lui. Au reste il est évident que cette prescription ne regarde pas la prière publique du Vendredi, les fidèles étant individuellement astreints d'y assister, au moins durant une rak'a entière.

Le fidèle assistant à la prière en assemblée doit nécessairement avoir l'intention de prier sous la direction de l'imām, c'est-à-dire de suivre, en priant l'exemple donné par celui-ci ; mais la loi n'exige point que l'intention se rapporte à la personne d'un imām déterminé. Il suffit d'avoir l'intention de suivre l'exemple que va donner l'imām qu'on voit à la tête de l'assemblée, sans le connaître. Ce procédé est même prudent, car à supposer que le croyant ait formulé l'intention de prier sous la direction d'un imām déterminé, et qu'il se soit trompé dans la personne, sa prière serait frappée de nullité. Seulement, si l'intention que nous avons en vue est accompagnée d'une indication matérielle, l'erreur dans le nom de l'imām est sans conséquence. Ainsi quand on a dit : « J'ai l'intention de suivre dans ma prière l'exemple que va donner Zaid que voici », et il apparaît plus tard que l'individu désigné s'appelait 'Amr, il y a seulement erreur par rapport au nom, mais non par rapport à la personne, et l'acte de dévotion reste en son entier. L'auteur ajoute : **mais l'imām n'a pas besoin d'avoir l'intention de diriger l'auditoire**. Sauf pour la prière publique du Vendredi, l'imām peut, même à son insu, servir d'exemple aux fidèles réunis, quoique la loi recommande de ne point se placer à la tête d'une réunion de fidèles en prière sans penser à la responsabilité dont on se charge de cette façon. Dans le cas supposé, la cérémonie compterait pour une prière faite en assemblée pour ce qui regarde l'auditoire, et pour une prière individuelle, pour ce qui regarde l'imām.

L'homme libre peut prier sous la direction d'un esclave et l'adulte sous celle d'un mineur touchant presque à sa majorité ; mais on ne saurait prier sous la direction d'un mineur qui n'a pas encore atteint l'âge de discernement, et, de même, **l'homme ne saurait prier sous la direction d'une femme** ou d'un hermaphrodite sans sexe prépondérant. L'hermaphrodite en question ne saurait valablement prier sous

²⁷Voy. plus haut, n. 1.

²⁸Voy. Minhāj at-Tālibīn, I, page 127, 128.

²⁹Voy. plus haut.

la direction d'une femme ou d'un hermaphrodite comme lui. L'auteur continue : **le lettré non plus**, c'est-à-dire celui qui sait le premier chapitre du Coran, ne peut pas prier **sous la direction d'un illettré**, c'est-à-dire de quiconque supprime une lettre ou un tachdīd dans la récitation du premier chapitre.

Ensuite l'auteur entame un autre sujet, savoir les conditions de validité de la prière faite sous la direction d'un imām. Il dit: **Dans quelque partie de la mosquée que le fidèle ait prié sous la direction de l'imām qui y préside**, c'est-à-dire qui préside dans la mosquée, **s'il**, c'est-à-dire le fidèle en question, **sait seulement que l'imām est en prière**, c'est-à-dire que celui-ci préside la cérémonie, soit parce qu'il le voit diriger la prière des autres, soit parce qu'il voit les rangs des fidèles prier sous sa direction, **il a satisfait aux termes de la loi** ; c'est-à-dire les indices nommés suffisent pour lui permettre de se joindre à l'assemblée. **Seulement il est de rigueur que le fidèle qui se joint de cette façon à une assemblée en prière ne se trouve pas en avant de l'imām**. Cela va si loin que le mérite de la prière en assemblée serait perdu, dans le cas où le fidèle se serait placé de manière à ce que ses talons fussent en avant de ceux de l'imām. En revanche, rien n'empêche que le fidèle ne se place sur la même ligne que l'imām. Ce n'est que dans les prières accomplies en assemblée autour du sanctuaire de la Mecque que l'on peut se placer plus près de ce saint lieu que l'imām qui dirige la cérémonie, pourvu que l'on ne se trouve pas du même côté de l'édifice. En général il est recommandable de se placer toujours un peu en arrière de l'imām, et cette façon de se placer ne porte pas préjudice à la continuité du rang, laquelle est une condition de la supériorité de la prière en assemblée sur la prière individuelle.

Si la prière de l'imām s'accomplit dans la mosquée, au lieu que celle du fidèle **se fait hors de la mosquée**, mais de manière à ce que le fidèle en question se trouve **dans sa proximité**, c'est-à-dire de l'imām, ou en d'autres termes que la distance entre le fidèle et imām n'excède pas trois-cents coudées environ, **le fidèle peut encore prendre part à la cérémonie** en assemblée, **à la double condition de savoir qu'on**, c'est-à-dire l'imām, **est en prière, et de ne pas être séparé par un mur** etc., c'est-à-dire qu'il n'y ait pas un mur etc. entre le fidèle et l'imām. **La loi reconnaît alors la validité de la prière** accomplie sous la direction d'un autre. La distance nommée ci-dessus se détermine à partir de l'extrême limite de la mosquée.

Dans le cas où l'imām et le fidèle qui prie sous sa direction ne se trouveraient point dans une mosquée, mais soit dans une plaine, soit dans un édifice non destiné au culte, la loi exige aussi pour la validité de la prière en assemblée que la distance entre l'imām et le fidèle n'excède point trois-cents coudées, et qu'ils ne soient point séparés par un mur etc.

Section XI.

De la faculté d'abréger la prière et de la combinaison de deux prières. **La loi permet au voyageur**, c'est-à-dire à celui qui temporairement a quitté son domicile,

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

d'abrégé les prières quaternaires ³⁰⁾, mais non les autres prières qui se composent de deux ou de trois rak'a. Au reste la faculté d'abrégé les prières quaternaires n'est accordée que **sous les cinq conditions suivantes** : il faut

1° **que le voyage**, c'est-à-dire le voyage de l'individu qui veut profiter de l'indulgence de la loi, **ne soit pas entrepris dans un but illicite**. Ces paroles comprennent tout aussi bien un voyage nécessaire, comme celui qu'on entreprend pour s'acquitter d'une dette, qu'un voyage recommandable, comme celui que l'on fait pour aller voir un membre de sa famille, et qu'un voyage permis, comme celui qu'on entreprend dans un but commercial. En revanche, s'il s'agit d'un voyage illicite, par exemple quand on quitte son domicile pour se livrer au brigandage, on ne saurait profiter de l'indulgence qui permet d'abrégé la prière ou de combiner deux prières ; **puis** il est de rigueur

2° **que la distance à parcourir soit de seize lieues**. D'après la meilleure doctrine cette distance est un minimum, et puis il faut savoir que c'est la distance à laquelle le voyageur doit s'éloigner de son domicile, mais non la distance qu'il doit parcourir, aller et retour. La lieue (farsah) est de trois milles (mīl) ; par conséquent la distance en question est de quarante-huit milles. Le mille a quatre mille pas et le pas trois pieds. Par « mille » on entend ici le mille de Hāchim ; **puis** la loi exige

3° **qu'il s'agisse**, pour celui qui désire abrégé la prière, **d'une prière quaternaire devant s'accomplir réglementairement pendant le voyage**. Ainsi, à supposer qu'avant de quitter son domicile, le fidèle ait laissé passer le temps légal d'une prière quaternaire quelconque, il lui est interdit d'accomplir cette prière après coup en l'abrégé pendant son voyage. En revanche, il résulte des termes de la loi qu'il aurait cette faculté par rapport à une prière dont il a laissé passer le temps légal, en étant en voyage, et que l'indulgence légale cesse aussitôt qu'il est revenu à son domicile ; **puis** c'est une condition

4° **qu'on ait l'intention d'abrégé la prière dès le moment que l'on a prononcé la formule introductive** : «*Dieu est grand !*» dans la prière en question ; **et enfin** il est de rigueur

5° **que la prière ne s'accomplisse pas**, même partiellement, **sous la direction d'un imām qui est en séjour fixe**, ou plutôt qui accomplit l'acte de dévotion de la façon ordinaire, pour les voyageurs qui ne veulent pas profiter de l'indulgence de la loi.

Le voyageur, s'il s'agit d'un voyage ayant l'étendue réglementaire, et licite, **a encore la faculté de combiner** deux prières, savoir **la prière de midi avec celle de l'après-midi**. La combinaison peut avoir lieu, soit par l'anticipation de la prière de l'après-midi, soit par la prorogation de celle de midi. C'est ce que l'auteur a en vue quand il dit : **et de les accomplir ensemble, soit au temps légal de la première, soit au temps légal de la seconde. Il a la même faculté** de combiner, **par rapport à** deux autres prières, savoir **la prière du soir et celle de la nuit**. Ces deux actes de dévotion

³⁰Voy. plus haut,

peuvent encore être combinés par lui, soit par l'anticipation, soit par la prorogation, et c'est ce que l'auteur a en vue, quand il dit que ce sont ces deux prières **qu'il peut accomplir ensemble, soit au temps légal de la première, soit au temps légal de la seconde**.

Il y a trois conditions pour la validité de la combinaison par anticipation :

1° que la prière de midi précède en tous cas celle de l'après-midi, et que la prière du soir précède celle de la nuit. Si l'ordre de succession des deux prières est interverti, par exemple si l'on a commencé par la prière de l'après-midi pour finir par celle de midi, la combinaison est illégale ; mais, si on le désire, on peut accomplir les deux prières combinées une seconde fois ;

2° que l'intention de combiner soit formulée au commencement de la première prière, c'est-à-dire au moment de prononcer la formule introductive : « Dieu est grand ! » L'intention de combiner ne saurait se formuler préalablement, ni après la salutation finale de la première prière, mais, selon la doctrine la plus répandue, elle peut encore se formuler valablement au milieu de cet acte de dévotion ;

3° que la seconde prière succède immédiatement à la première, de manière à ce qu'il n'y ait pas un long intervalle entre la fin de la première et le commencement de la seconde. Lorsque, d'après la coutume locale, on peut dire qu'il y a eu une longue interruption entre les deux prières, il faut différer la seconde jusqu'à son temps légal, sans tenir compte de ce que l'interruption ait été volontaire ou bien amenée par force majeure, par exemple par le fait que le croyant s'est endormi. En revanche, la continuité des deux prières n'est point rompue par un intervalle qui, d'après la coutume locale, doit être considéré comme minime.

Pour la validité de la combinaison par prorogation, l'intention de combiner est également de rigueur. Cette intention doit exister au temps légal de la première des deux prières ; mais il est évident que le fidèle a satisfait à cet égard aux termes de la loi, s'il ne formule son intention qu'au moment où il reste encore exactement assez du temps légal pour s'acquitter de son acte de dévotion sans en dépasser les limites. En cas de prorogation on n'a pas besoin d'observer l'ordre prescrit entre les deux prières ; la loi n'exige point que la seconde succède immédiatement à la première, ni que l'intention de combiner, tout en étant de rigueur au temps légal de la première des deux prières, continue d'exister jusqu'au moment où l'on s'acquitte de cette prière. Les trois règles dernièrement exposées sont conformes à la bonne doctrine.

L'habitant d'un endroit, c'est-à-dire celui qui y a son séjour fixe, **peut en cas**, ou plutôt en temps, **de pluie combiner les mêmes prières que le voyageur**, savoir la prière de midi avec celle de l'après-midi, et la prière du soir avec celle de la nuit. Toutefois la loi ne lui permet point de combiner par prorogation, **mais seulement par anticipation au temps légal, soit de la prière de midi, soit de la prière du soir**. La loi n'exige pas que la pluie soit très forte ; elle accorde déjà l'indulgence qui nous occupe, si la pluie suffit pour mouiller l'habillement de dessus et la semelle des souliers. Seulement le fidèle doit observer les conditions exposées plus haut pour la validité de l'anticipation, et puis la pluie doit tomber lorsqu'il commence son acte de dévotion. Si

elle n'arrive que quand il est déjà en prière, la combinaison lui est interdite. Enfin elle doit tomber encore au moment de la salutation finale de la première prière, mais il est indifférent qu'elle continue au-delà ou non.

La faculté de combiner deux prières à cause de la pluie se rapporte spécialement au fidèle qui prend part à la prière en assemblée, soit dans la mosquée, soit dans un autre lieu public, lorsque cet endroit doit être considéré, d'après la coutume locale, comme assez éloigné de sa maison pour qu'il ait peur d'être mouillé en route.

Section XII.

Les conditions qui rendent obligatoire d'assister à la prière publique du Vendredi, sont au nombre de sept : qu'on soit Musulman, majeur, doué de raison, en d'autres termes, qu'on soit astreint à l'obligation de prier, en général, et puis qu'on soit ***libre, du sexe masculin, en bonne santé, et habitant de la localité.*** Ainsi, l'obligation d'assister à la cérémonie n'incombe pas à l'infidèle, au mineur, à l'aliéné, à l'esclave, à la femme, à celui qui est empêché par suite de maladie, etc., et au voyageur.

Les conditions pour que la prière publique du Vendredi puisse avoir lieu valablement sont au nombre de trois : il faut

1° que l'endroit où l'on tient la prière que nous avons en vue soit habité par un nombre suffisant de fidèles, non comme résidence temporaire, mais comme séjour fixe. On ne se préoccupe du reste pas que ce soit une ville ou un village, pourvu que ce soit un village habité continuellement. L'auteur formule cette condition en ces termes : ***que l'endroit où l'on s'assemble soit une ville ou un village ; puis*** il est de rigueur

2° ***que le nombre des fidèles*** qui assistent à la prière publique du Vendredi ***s'élève à quarante*** hommes, ou plutôt quarante ***personnes capables de prendre part à la cérémonie,*** c'est-à-dire quarante Musulmans, majeurs, doués de raison, du sexe masculin, libres et habitants de la localité. On appelle « habitant » d'un endroit celui qui y a fixé son domicile, et ne le quitte, ni en hiver, ni en été, si ce n'est en cas d'urgence et temporairement ; ***enfin*** la loi exige pour la validité de la prière qui nous occupe

3° ***que le temps légal permette d'accomplir la cérémonie en son entier.*** Le temps légal de la prière publique du Vendredi est celui de la prière de midi, et il est de rigueur que la prière publique soit terminée entièrement avant la fin du temps légal. Lorsqu'on craint que le temps légal ne suffise point pour la terminer, ou du moins pour en accomplir convenablement les deux sermons et les deux rak'a obligatoires (farḍ), on s'en acquitte comme si c'était une prière de midi ordinaire. ***Après l'expiration du temps légal,*** c'est-à-dire en cas de l'expiration constatée du temps légal, au milieu de la cérémonie, ***de même qu'en cas de l'absence des conditions pour la validité*** exposées plus haut, ***on s'en acquitte comme si c'était une prière de midi ordinaire.*** Dans ces circonstances, on continue comme si ce que l'on vient d'accomplir de la prière publique du Vendredi relevait en principe de la prière de midi ; mais la prière publique du Vendredi est censée n'avoir pas eu lieu du tout, lors même qu'on en aurait déjà

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

exécuté une rak'a entière. En cas de doute au sujet de l'expiration du temps légal pendant la prière publique du Vendredi, la bonne doctrine exige de continuer la cérémonie jusqu'à la fin.

Les pratiques obligatoires (farḍ) ou, selon d'autres, les conditions pour la validité **de la prière publique du Vendredi sont au nombre de trois**. La première et la deuxième des pratiques en question consistent en ce que **La loi exige deux sermons qu'il faut**, c'est-à-dire que le prédicateur doit **prononcer debout**. Ceci est obligatoire, **tandis que le prédicateur doit s'asseoir entre le premier et le second sermon**. Selon Motawallī ³¹) il doit rester assis aussi longtemps que dure la ṭoma'nīna entre les deux prosternations dans les prières journalières. En cas d'impossibilité physique de se tenir debout, le prédicateur peut prononcer les sermons en restant assis, ou au besoin couché sur le côté, et l'auditoire est en règle avec la loi, lors même qu'on ignorait la cause de ce procédé étrange. Dans le cas où le prédicateur débiterait les sermons en restant assis, il doit encore rester assis dans l'intervalle qui les sépare, et sous aucun prétexte il ne saurait alors se coucher sur le côté ; l'auditoire sera averti de la fin du premier sermon seulement par le silence du prédicateur.

Les sermons ont cinq éléments constitutifs. Il faut y insérer la louange de Dieu, l'Être suprême, et la prière pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !). L'une et l'autre se font par une formule sacramentelle. Puis c'est un élément constitutif que les sermons contiennent une exhortation à la vertu ; mais, d'après la bonne doctrine, cette exhortation n'exige point de paroles sacramentelles. Enfin il est de rigueur que, dans l'un des deux sermons, le prédicateur récite un verset du Coran, et que, dans le second sermon, il invoque la bénédiction de Dieu sur tous les croyants, sans distinction de sexe. Le prédicateur doit parler de manière à ce que les éléments constitutifs en question soient entendus par quarante membres de l'auditoire au moins, parce que c'est le minimum exigé par la loi pour la validité de la cérémonie. Il faut que les sermons soient débités sans interruption, et que le second sermon succède au premier immédiatement après le temps de repos réglementaire dont nous venons de parler plus haut. La cérémonie est annulée par toute interruption, même causée par force majeure. Le prédicateur doit, durant les sermons, tenir couvertes ses parties honteuses ³²), et être en état de pureté légale parfaite relativement à ses habits, à son corps et à l'endroit où il se place.

Ensuite on procède à la troisième des pratiques obligatoires (farḍ) de la cérémonie hebdomadaire, savoir la prière proprement dite : **la prière se fait** – l'auteur emploie la forme passive – **avec deux rak'a, à accomplir en assemblée** par un nombre de fidèles suffisant pour la cérémonie. Dans la prière publique du Vendredi les rak'a s'exécutent après les sermons, mais dans les prières publiques à l'occasion des deux fêtes annuelles, elles les précèdent.

Les pratiques accessoires – nous avons déjà expliqué ce qu'il faut entendre par

³¹Abū Sa'īd ʿAbd ar-Raḥmān ibn Ma'mūn an-Nīsābourī, surnommé al-Motawallī, célèbre juriste, mort l'an 478 de l'Hégire, dont on trouve les ouvrages dans Ḥājjī Chalīfa (éd. Flügel), I, pag. 140, 141 et IV, pag. 163, 408.

³²Voy. plus haut.

ce terme ³³⁾ – **de la prière publique du Vendredi sont de quatre catégories** : il y a

1° **le bain**. Toute personne qui désire assister à la cérémonie hebdomadaire doit prendre préalablement un bain, lors même que sa présence serait indifférente pour l'efficacité de l'acte de dévotion, par exemple si c'est une femme, un esclave, un voyageur, etc. Le bain en question peut se prendre dès la seconde aube, mais il est préférable de le prendre aussi peu de temps que possible avant de se rendre à la mosquée. Ceux qui ne peuvent pas prendre de bain doivent recourir à la lustration pulvérale, laquelle doit s'accomplir alors dans l'intention de remplacer le bain du Vendredi ; **puis** il y a

2° **l'acte de se soigner le corps**. Il faut faire disparaître la mauvaise odeur du corps, par exemple l'odeur des aisselles. On doit se servir à cet effet d'un moyen efficace, comme la litharge, etc. ; **puis** il y a

3° **l'acte de s'habiller en blanc**, parce que le blanc est la couleur qu'on porte de préférence ; **enfin**

4° **l'acte de se couper les ongles**, quand ils sont trop longs, et celui de se couper les cheveux dans les mêmes circonstances. Il faut s'arracher les poils des aisselles, se couper la moustache, et se raser le pubis. L'auteur ajoute : **et de se parfumer** des meilleures odeurs dont on peut disposer.

Il est recommandable pour le fidèle d'assister avec recueillement, c'est-à-dire en gardant le silence et en faisant attention, **au sermon depuis le commencement jusqu'à la fin**. Toutefois, dans les livres détaillés de jurisprudence, on trouve exposées plusieurs circonstances dans lesquelles le fidèle n'a pas besoin de garder un silence absolu ; par exemple il peut avertir un aveugle qui va tomber dans un puits, ou un autre membre de l'auditoire qui va être attaqué par un scorpion. **En entrant dans une mosquée où l'imām a déjà commencé son sermon, le fidèle doit prier deux rak'a de son propre chef et à la hâte, après quoi il s'assied**. Les paroles de l'auteur « en entrant, etc. » indiquent que celui qui assiste à la cérémonie dès le commencement ne prie point les rak'a en question ; cette règle regarde tout aussi bien les croyants qui se sont acquittés de la prière supplémentaire que la sunna prescrit à l'occasion du Vendredi, que ceux qui s'en sont abstenus. Toutefois les paroles de l'auteur ne font pas ressortir que la prière des deux rak'a constitue selon lui, de la part du fidèle que nous avons en vue, un acte défendu ou même blâmable. C'est An-Nawawī, qui, dans son *Ŝarḥ al-Muḥaddab*, nous apprend que cet acte est réellement prohibé¹, et, selon Māwardī qu'il allègue à ce sujet, cette prohibition serait un précepte de l'ijma'²

³³⁾Voy. plus haut.

¹Voy. Plus haut, p. 49, n. 1. Dans le Minhāj at-Ṭālibīn, Nawawī ne parle point de cette défense.

²En d'autres termes, cette prohibition aurait déjà été acceptée par tout le monde dans la première période de l'Islamisme. Dans le seul ouvrage de Māwardī que j'ai pu consulter, savoir al-Aḥkām as-Sultāniya (éd. Enger), ce juriste ne parle point des rak'a en question. Abu al-Ḥasan 'Alī Ibn Muḥammad Ibn Habib al-Māwardī mourut l'an 450 de l'Hégire. Sur lui et son ouvrage, cf. M. Enger : De vita et scriptis Maverdii commentatio, Bonn, 1851.

Section XIII.

La prière des deux grandes fêtes annuelles, c'est-à-dire de la fête de la rupture du jeûne, et de la fête des victimes, est prescrite impérativement par la sunna. La loi exige que la prière aux deux fêtes soit accomplie en assemblée ; mais ceux qui ne peuvent se rendre à la mosquée n'en doivent pas moins, d'après la sunna, s'en acquitter leur propre chef. La sunna prescrit encore la participation à la prière publique des fêtes comme un devoir de tout le monde, y compris les voyageurs, les esclaves, les personnes libres, les hermaphrodites et les femmes. Il n'y a que les femmes jolies et de belle tournure qui doivent rester chez elles, et même les femmes âgées doivent se rendre à la cérémonie dans leurs habits de tous les jours et sans se parfumer. Le temps légal pour la prière est entre le lever du soleil et le moment où le soleil commence à décliner.

Elle, c'est-à-dire la prière de la fête, se compose de deux rak'a. Le fidèle les exécute dans l'intention de s'acquitter de la prière à l'occasion de la fête de la rupture du jeûne, ou bien dans celle de s'acquitter de la prière à l'occasion de la fête des victimes, selon les circonstances. Ensuite on prononce l'invocation introductive ; on exclame : « Dieu est grand ! » dans la première des deux rak'a, sept fois, outre la formule introductive, puis on accomplit le ta'awwuḍ, on récite le premier chapitre du Coran, puis le chapitre L, l'un et l'autre à haute voix. L'auteur continue : et on exclame : « Dieu est grand ! » dans la seconde des deux rak'a cinq fois, outre la formule introductive prononcée pendant l'acte de se tenir debout ; puis on s'acquitte du ta'awawoḍ ; on récite le premier chapitre du Coran, puis le chapitre LIV (54), l'un et l'autre à haute voix. On prononce de préférence, après avoir accompli les actes de dévotion mentionnés, c'est-à-dire les deux rak'a, deux sermons ; dans le commencement du premier on exclame neuf fois : « Dieu est grand ! » Ces exclamations doivent se succéder sans interruption. L'auteur continue : et puis on exclame : « Dieu est grand ! » dans le commencement du second sept fois. Ces dernières exclamations doivent encore se succéder immédiatement. Entre les deux sermons on exclame : « Louange à Dieu ! », « Il n'y a d'autre divinité que Dieu ! », ou bien on se sert d'une autre formule pour proclamer la louange de Dieu. C'est le bon procédé pour remplir l'intervalle entre les deux sermons. Les takbīr des fêtes annuelles sont de deux espèces : ceux de la première espèce s'appellent takbīr « libres » (morsal). On donne ce nom à l'exclamation : « Dieu est grand ! » lorsqu'elle ne relève point d'une prière quelconque ; mais lorsque cette exclamation relève d'une prière quelconque, on l'appelle takbīr « dépendant » (moqayyad). L'auteur parle en premier lieu des takbīr « libres », dans ces termes : *Au reste, on exclame : « Dieu est grand ! », c'est-à-dire tout le monde, hommes et femmes, habitants de l'endroit et voyageurs, est invité par la loi à prononcer cette formule dans les khans, sur les chemins, dans les mosquées et dans les bazars, depuis le coucher du soleil, la veille de la fête de la rupture du jeûne, et ces takbīr se prolongent jusqu'à ce que l'imām ait commencé la cérémonie de la fête.* La sunna n'a pas introduit les takbīr devant être entonnés immédiatement après la prière de la nuit qui précède la fête de la rupture du jeûne, quoique An-Nawawī, dans son livre intitulé al-Adkār³⁴, préfère la doctrine opposée³⁵.

³⁴Voy. Plus haut, p. 9 n. 1, et Wüstenfeld op. cit. p. 48.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

Ensuite l'auteur passe à la seconde espèce de takbīr, savoir les takbīr « dépendants » ; il le fait dans ces termes : *et de même* on exclame : « Dieu est grand ! », à l'occasion de la fête des victimes, après chacune des prières journalières et obligatoires, sans distinction entre les prières de cette nature qu'on accomplit à l'heure réglementaire et celles dont on a laissé passer le temps légal. On entonne également des takbīr après chaque acte de dévotion spécial qu'on combine avec une prière obligatoire, et, en général, après chaque prière surérogatoire, voire après la prière funéraire, depuis la prière du matin de la journée du mont °Arafa, jusqu'à la prière de l'après-midi du dernier des trois jours appelés Ayyām at-Tachrīq.

La formule du takbīr est comme suit : « Dieu est grand ! Dieu est grand ! Dieu est grand ! Dieu est grand ! Louange à Dieu ! Dieu est grand dans Sa grandeur ! Je Lui offre les louanges les plus nombreuses ! Gloire à Dieu, tant le matin que le soir ! Il n'y a d'autre divinité que Dieu seul ! Il tient Ses promesses ! Il assiste Ses serviteurs ! Il relève ceux qui combattent pour Lui ! Seul Il met en fuite les armées de Ses ennemis ! Il n'y a d'autre divinité que Dieu ! Dieu est grand ! Louange à Dieu ! »

Section XIV.

La prière à l'occasion d'une éclipse du soleil ou de la lune est prescrite impérativement par la sunna. Lorsque cependant on a laissé passer le temps légal de la prière en question, on ne peut plus l'accomplir après-coup. C'est-à-dire que la loi ne reconnaît point pour valable l'accomplissement de la prière après-coup en guise de réparation. La prière à l'occasion d'une éclipse du soleil ou de la lune se compose de deux rak'a. Dans la première rak'a on commence par formuler l'intention dans des termes se rapportant à l'éclipse, soit du soleil, soit de la lune, selon les circonstances. Après l'invocation introductive et le ta'awwuḍ, on récite le premier chapitre du Coran ; on s'incline ; on se relève ; on accomplit l'i'tidāl ; on récite le premier chapitre encore une fois ; on s'incline encore une fois, mais moins profondément que la première ; on accomplit l'i'tidāl encore une fois ; et enfin on se prosterne deux fois, l'une et l'autre fois en observant la toma'nīna. Ensuite on exécute la seconde rak'a, également avec deux qiyām, deux récitation, deux inclinaisons, deux i'tidāl et deux prosternations. C'est cette façon d'exécuter la rak'a que l'auteur a en vue, quand il dit : Dans chaque rak'a de la prière il faut se tenir debout deux fois, en prolongeant la récitation du premier chapitre du Coran, comme nous allons le voir, et, dans chaque rak'a de la prière, il faut s'incliner deux fois en prolongeant la récitation de la formule : « Gloire à Dieu ! », mais non la prosternation. Or, selon l'auteur, celle-ci ne se prolonge point, et il est vrai qu'on peut envisager la question de cette manière ; mais la bonne doctrine exige de prolonger la prosternation aussi longtemps que l'inclinaison qui la précède. Les sermons à prononcer par l'imām après l'accomplissement des deux rak'a, c'est-à-dire les deux rak'a composant la prière à l'occasion d'une éclipse du soleil ou de la lune, sont encore au nombre de deux. Ces sermons ont les mêmes éléments constitutifs et sont soumis aux mêmes conditions

³⁵Dans le Minhāj at-Talibīn I, p. 191, Nawawī soutient la même doctrine que l'auteur du Fath al-Qarīb.

que les sermons de la prière publique du Vendredi. Seulement il est de rigueur que, dans les sermons à l'occasion d'une éclipse, l'imām introduise une exhortation spéciale pour que l'auditoire se repente de ses péchés et fasse de bonnes œuvres, par exemple qu'on donne des aumônes, affranchisse ses esclaves, etc. *Dans la prière à l'occasion d'une éclipse du soleil la récitation du premier chapitre du Coran se fait à basse voix, au lieu qu'on récite le même chapitre à haute voix s'il s'agit d'une éclipse de la lune.*

Le temps pour la prière à l'occasion d'une éclipse du soleil est passé lorsque ce corps céleste reparaît dans toute sa splendeur, ou bien lorsqu'il se couche obscurci. Le temps légal pour la prière à l'occasion d'une éclipse de la lune est écoulé à la fin de l'éclipse, et en outre au lever du soleil, mais non à l'apparition de l'aube, ni lorsque la lune se couche obscurcie. Ces deux dernières circonstances n'ont pas l'effet de faire périmer la cérémonie.

Section XV.

Des prescriptions relatives à la prière en temps de sécheresse, c'est-à-dire relatives à la prière pour demander à Dieu, l'Être suprême, de nous donner de la pluie. *La prière en temps de sécheresse est prescrite par la sunna*, tout aussi bien que pour les habitants de la contrée où l'on souffre du manque d'eau que pour les voyageurs qui s'y trouvent à leur passage. Elle a lieu en cas de manque d'eau, sans distinction entre le manque d'eau causé par l'absence de pluie et le manque d'eau causé par le tarissement des sources, etc. Lorsque la sécheresse continue après la prière, il faut réitérer celle-ci jusqu'à ce que Dieu écoute les supplications de Ses fidèles. *Les fidèles doivent être exhortés*, à titre de mesure provisoire et recommandable, *par l'imām* ou son substitut *au repentir*, et ils ont à exécuter consciencieusement les ordres qu'il leur donne à cet effet. Ceci est une décision de An-Nawawī³⁶, mais il est évident que l'obligation de se repentir de leurs péchés incomberait aux croyants, même sans une exhortation spéciale de la part de l'imām. Celui-ci doit les exhorter encore à *donner des aumônes*, à *réparer les torts qu'ils ont faits* aux autres serviteurs de Dieu, à *se réconcilier avec leurs ennemis* et à *jeûner durant trois jours* avant de se rendre au lieu où se fera la prière. Tous ces actes préalables ensemble doivent occuper les fidèles jusqu'au quatrième jour. *Le quatrième jour l'imām se rend à la campagne suivi des membres de la communauté*, à jeûn **jeun**, sans se parfumer, et sans se parer. La loi prescrit même formellement de se rendre à la cérémonie *en habit de tous les jours*. En arabe on appelle ces habits bidla ; ce sont les habits qu'on porte quand on travaille dans sa profession. Il faut suivre l'imām *dans une attitude humble*, c'est-à-dire soumise, et *suppliante*, c'est-à-dire obéissante et docile. Les enfants, les vieillards, les vieilles femmes et même les animaux domestiques doivent accompagner le cortège. *Arrivé à l'endroit, on prie* sous la direction de l'imām ou de son substitut *deux rak'a*, comme dans la prière à l'occasion des fêtes annuelles. Les deux rak'a en question ressemblent exactement à celles des fêtes, par rapport à la formule introductive au ta'awwud, aux sept takbîr de la première rak'a et aux cinq takbîr de la

³⁶Cf. Minhâj at-Talibin, I, p. 198.

seconde, accompagnés de l'acte de lever les mains. *Puis l'imām prononce de préférence deux sermons*, qui sont encore régis par les mêmes prescriptions que les sermons des fêtes, par rapport aux éléments constitutifs, etc. Seulement, au lieu de commencer les sermons par un takbīr, comme aux fêtes, on les commence en demandant pardon à Dieu, l'Être Suprême. Dans le premier sermon la formule pour implorer le pardon se répète neuf fois et, dans le second sermon, sept fois consécutives. La formule est conçue dans les termes suivants : « Je demande pardon à Dieu, l'Illustre, Qui n'a point d'autre divinité à côté de Lui ! Il est vivant ! Il existe par lui-même ! Je reviens à Lui par la pénitence ! » Les deux sermons se débitent *après l'accomplissement des deux rak'a* de la prière. Il, savoir le prédicateur, *retourne son manteau* de manière à ce que le côté droit soit à gauche et la partie supérieure en bas, et pendant ce temps l'auditoire imite ses mouvements. *Il adresse à Dieu plusieurs invocations* à voix basse et à haute voix. Quand l'imām parle à voix basse, la foule en fait de même ; mais quand il invoque la grâce de Dieu à haute voix, les membres de l'auditoire se taisent, et font seulement l'exclamation : « amīn ! » à la fin de chaque invocation. L'auteur continue : *et à plusieurs reprises l'imām Lui demande pardon* dans les termes ci-dessus ; après quoi il récite les paroles du Coran (LXXI 71 : 9 et 10) : « Implorez le pardon de votre Seigneur ; Il est très enclin à pardonner. Il fera pleuvoir du ciel des pluies abondantes, etc. »

Dans quelques exemplaires du Précis, on lit encore les paroles suivantes : L'imām s'adresse à Dieu par l'invocation réputée provenir du Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) dans ces termes : « O Dieu ! Fais que la pluie soit pour nous un signe de Ta miséricorde, mais non un signe que Tu veux nous punir en déchaînant contre nous la perdition, les épreuves, la destruction et la submersion ! O Dieu ! Que la pluie arrose les collines, les buttes, les plantations d'arbres et le fond des vallées ! O Dieu ! Sois notre protecteur, mais ne sois pas contre nous !³⁷ O Dieu ! Accorde-nous une pluie abondante, qui trempe le sol, qui nous fasse du bien, qui nous soit profitable, qui se répande, qui soit générale, qui tombe dru, qui fertilise la terre entière, et qui dure jusqu'au dernier jour. O Dieu ! Accorde-nous une pluie abondante, et ne nous réduis pas au désespoir ! O Dieu ! Partout au monde où se trouvent Tes fidèles, souffrant des fatigues, de la faim ou de la gêne, ce n'est qu'à Toi qu'on adresse ses plaintes ! O Dieu ! Fais croître nos semences, et fais que notre bétail donne des flots de lait ! Fais descendre sur nous la pluie bienfaisante du ciel, et fais croître pour nous les produits bienfaisants de la terre. Délivre-nous des épreuves, dont personne ne peut nous délivrer que Toi ! O Dieu ! Nous implorons Ton pardon, car Tu es très enclin à pardonner ! Fais pleuvoir du ciel des pluies abondantes ! » Cette invocation terminée, et à supposer que la pluie commence à remplir les ruisseaux, l'imām et les membres de la communauté doivent y prendre un bain. Enfin tout fidèle qui entend le tonnerre ou qui voit la foudre, doit dire : « Gloire à Dieu ! » Cependant le passage que je viens de transcrire n'appartient probablement pas au texte primitif du Précis. A mon avis l'invocation est trop longue pour un ouvrage tellement succinct ; mais Dieu seul connaît la vérité.

³⁷Pour l'explication des paroles hawâlainâ etc. voyez Minhâj at-Talibin, I, p. 201 et 459.

Section XVI.

De la manière de prier en cas de danger. L'auteur destine une Section à part à cette espèce de prière, parce que, dans l'accomplissement des prières obligatoires, le danger comporte des indulgences qui n'existent pas dans les circonstances ordinaires. *La prière en cas de danger est de plusieurs espèces.* Le recueil de traditions de Muslim, intitulé le Cahîh³⁸, en mentionne six, mais l'auteur se borne à exposer trois espèces. *En premier lieu, il se peut que l'ennemi n'arrive point du côté de la qibla.* A supposer que dans des circonstances les forces ennemies soient tellement inférieures à l'armée musulmane qu'une partie de celle-ci suffise pour les tenir en échec. *Alors l'imâm doit partager l'armée en deux divisions, dont l'une doit faire face à l'ennemi et rester de garde, tandis que l'autre se met en position derrière lui, c'est-à-dire derrière l'imâm. Il commence par prier une rak'a avec cette dernière division, après quoi, quand l'imâm se lève pour entamer la deuxième rak'a, elle constitue de son propre chef le reste de la prière. Ensuite elle va, la prière terminée, faire face à l'ennemi et relève la division restée de garde, tandis que l'imâm est rejoint par les autres troupes qui ont monté la garde durant la première rak'a, et il, savoir l'imâm, prie avec celles-ci la deuxième rak'a.* Après que l'imâm s'est assis pour le taâhud, les troupes en question cessent de prier sous sa direction, et *Le reste de la prière, elles l'accomplissent de leur propre chef.* L'imâm attend jusqu'à ce qu'elles aient fini, *après quoi elles reviennent et l'imâm prononce avec elles la salutation finale.* Ce procédé a été suivi par le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) à la bataille de Dât ar-Riqâ°. Le nom de Dât ar-Riqâ° a été donné à l'endroit, parce que les troupes musulmanes y ont dû raccommoder (en arabe raqa'a) leurs drapeaux. Toutefois, selon plusieurs savants, ce nom aurait une autre origine.

En deuxième lieu, il se peut que l'armée ennemie arrive du côté de la qibla, et qu'aucune disposition du terrain ne la déroberait aux regards des Musulmans. A supposer encore que, dans ces circonstances, les Musulmans n'aient pas besoin de toutes leurs forces pour tenir tête à l'ennemi, *alors l'imâm doit disposer ses troupes sur deux rangs ou davantage. Il commence par prier avec tous ses soldats. Au moment où la prosternation doit s'exécuter par l'imâm dans la première rak'a, un des deux rangs se prosterne avec lui les deux fois réglementaires ; mais l'autre reste debout et de garde. Les prosternations de l'imâm terminées, le rang qui est resté de garde se prosterne à son tour, et continue la prière sous la direction de l'imâm.* Le taâhud doit être accompli par l'imâm avec les deux rangs ensemble, de même que la salutation finale. Cette manière de prier a été introduite par le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) à la bataille de 'Osfân, village situé sur la route des pèlerins d'Egypte, à deux journées de marche de la Mecque. Le nom de cet endroit s'explique parce que le village est sous la domination (en arabe 'asf) des torrents qui y confluent.

En troisième lieu, la loi prévoit le cas qu'au temps prescrit pour une prière, on se trouve dans un péril imminent et au milieu d'un combat. Ces paroles signifient qu'on se trouve au milieu d'une mêlée, de manière à ce que les combattants se prennent corps-à-

³⁸Abu l-Hossain Muslim ibn al-Hajjâj al-Qoohairî an-Nîsabourî mourut l'an 261 de l'Hégire.

corps, et qu'on ne puisse d'aucune façon se soustraire au combat, c'est-à-dire que le cavalier ne puisse pas descendre de sa monture ni le fantassin sortir des rangs. *Alors la prière est accomplie par chaque soldat comme les circonstances le permettent, à pied, c'est-à-dire en marchant, ou à cheval, dans la direction de la qibla ou non.* Les fidèles qui se trouvent dans les circonstances dont nous nous occupons, ont même la faculté d'interrompre leur prière par autant d'actes étrangers à la cérémonie que la nécessité exige, par exemple ils peuvent continuer à frapper les ennemis.

Section XVII

Des vêtements. *La loi défend aux hommes de porter des habits de soie et des bagues d'or.* Cette prohibition implique même la soie grège, mais elle est en revanche limitée au cas où l'acte incriminé serait commis volontairement et sans excuse légale. L'emploi de la soie comme tapis ou couverture et, en général, tout autre emploi de la soie, est également défendu à l'homme ; il peut seulement porter des habits de soie en cas de nécessité, par exemple en cas de chaleur ou de froid excessif. L'auteur ajoute : *mais cette prohibition ne regarde pas les femmes*, qui peuvent non seulement porter des habits de soie, mais encore s'en servir comme tapis, etc. Un tuteur peut aussi habiller de soie le mineur confié à ses soins, même après l'âge de sept ans. *La quantité de l'or qu'on porte est indifférente : une petite quantité et une grande sont également défendues. S'il s'agit d'un tissu composé en partie de soie écrue, c'est-à-dire de soie en général, et en partie, c'est-à-dire pour l'autre partie, de coton ou de lin ou d'une autre matière textile, il est permis aux hommes de s'en habiller, à condition que la soie n'ait point la prépondérance sur l'autre matière.* Ainsi, on peut légalement se servir de tissus où le coton etc. a la prépondérance, et même, selon la meilleure doctrine, de tissus où les fils de soie et les autres fils se balancent.

Section XVIII

Des cérémonies funéraires, savoir de l'ablution du cadavre, du linceul, de la prière pour le repos de l'âme et de l'enterrement. *La loi prescrit en guise d'obligation solidaire à l'égard d'un défunt musulman, excepté les pèlerins qui sont morts à l'état d'ihram et les martyrs, quatre choses : l'ablution du cadavre, l'acte de l'envelopper dans un linceul, la prière pour le repos de son âme, et l'enterrement.* Dans le cas où il n'y aurait qu'une seule personne qui soit instruite du décès, les quatre devoirs ci-dessus lui incombent comme une obligation individuelle. Quant au cadavre d'un infidèle, il est défendu de prier pour le repos de son âme : à cet égard la loi ne distingue point entre les infidèles non soumis, et les infidèles sujets d'un prince musulman; mais il est permis de laver le cadavre d'un infidèle quelconque, et il est même formellement prescrit d'envelopper le cadavre d'un infidèle, sujet d'un prince musulman, dans un linceul, et de l'enterrer. Ces deux actes

sont facultatifs par rapport au cadavre d'un infidèle non soumis ou d'un apostat. En enveloppant dans un linceul le cadavre d'un pèlerin mort à l'état d'ihram, on doit prendre soin de ne point couvrir sa tête, et, s'il s'agit d'une femme, de laisser sa face à découvert. Enfin on ne prie pas pour le repos de l'âme d'un martyr, prescription que l'auteur formule dans ces termes : *Il y a deux espèces de cadavres exempts de l'ablution et de la prière funéraire: savoir*

1° *ceux des martyrs tombés en combattant les mécréants.* On appelle « martyr » le Musulman mort dans la guerre contre les infidèles et par suite d'une circonstance de la guerre. Il en résulte qu'on est martyr, non seulement quand on a été tué par un infidèle, mais encore quand on a été tué involontairement par un soldat ami, par le ricochet du projectile qu'on vient de lancer soi-même, par une chute de sa monture, etc. D'un autre côté, il s'ensuit de la définition du mot « martyr », qu'on ne saurait considérer comme tel le soldat mort, après la fin de la guerre, des blessures reçues dans le combat. Ceci, du moins, est la doctrine la plus répandue. Il en est de même de celui qui est tué dans la guerre contre des rebelles, et de celui qui est mort, il est vrai, dans la guerre contre les infidèles, mais par suite d'un événement étranger à la guerre. L'auteur continue : et puis

2° *ceux des avortons qui n'ont pas crié, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas élevé la voix fortement en venant au monde.* En revanche, l'enfant qui, en venant au monde, crie fortement ou pleure, est soumis aux mêmes cérémonies funéraires que l'adulte. Le mot « avorton » est en arabe siqt, saqt ou soqt. On appelle ainsi le fœtus humain, né avant d'avoir obtenue son plein développement. Le nom arabe est dérivé du verbe saqata (tomber).

Un cadavre doit être lavé plusieurs fois, mais toujours un nombre de fois impair : on peut le laver par exemple trois, cinq, sept fois, etc. La première ablution a lieu avec de l'eau de lotus, c'est-à-dire que, conformément à la sunna, celui qui va accomplir la première des ablutions du cadavre met dans l'eau du lotus ou de la guimauve, et puis la dernière, c'est-à-dire la dernière des ablutions du cadavre d'un individu qui n'est pas mort à l'état d'ihram, a lieu avec de l'eau où l'on a mis quelque peu de camphre; mais la quantité de camphre ne doit pas être assez grande pour que l'eau s'en trouve modifiée. Enfin il faut savoir que l'ablution funéraire doit consister au moins dans l'acte de mouiller le cadavre entièrement une seule fois. La meilleure manière possible de l'accomplir se trouve exposée dans les ouvrages de jurisprudence détaillés.

Le linceul d'un homme ou d'une femme, d'un adulte ou d'un mineur, se compose de trois pièces d'étoffe blanche de longueur et de largeur égales, dont chacune sert à envelopper tout le cadavre.

La loi n'exige point d'y ajouter une chemise et un turban ; mais quand on désire que le linceul se compose de cinq pièces, l'homme est d'abord enveloppé des trois pièces d'étoffe ci-dessus, puis revêtu d'une chemise et d'un turban, tandis que la femme est enveloppée de deux pièces d'étoffe blanche, puis revêtue d'un izâr, d'un voile et d'une chemise. Selon la meilleure doctrine, soutenue par An-Nawawî dans la Rawḍa et dans le Šarḥ al-Muḥaḍḍab le linceul doit en tous cas couvrir les parties honteuses³⁹, et, par

³⁹Voy. plus haut, page 49 n.1, et Minhâj at-Tâlibîn, I, p.209

conséquent, la mesure en diffère d'après le sexe du défunt. Ceci est une prescription rigoureuse, lors même que le linceul ne se composait que d'une seule pièce d'étoffe. Au reste le linceul est soumis à la même loi que les vêtements que le défunt pouvait porter pendant sa vie, par rapport aux étoffes défendues, à l'impureté, etc.

On prononce pour le repos de l'âme du défunt, dans la prière funéraire, quatre fois la formule : « Dieu est grand ! » y compris le takbīr introductif, mais la prière funéraire n'est point annulée par un cinquième takbīr. Dans le cas toutefois où elle se ferait en assemblée, et que ce serait l'imām qui ajoutât le takbīr surabondant, les membres de l'auditoire ne doivent pas l'imiter : ils doivent, dans ces circonstances, soit prononcer immédiatement de leur propre chef la salutation finale, soit attendre un moment et prononcer la salutation finale avec l'imām. On récite dans la prière funéraire le premier chapitre du Coran après avoir prononcé la formule : « Dieu est grand ! » la première fois; ce qui n'empêche point qu'on puisse accomplir la récitation après l'un des autres takbīr. On prie pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction!) après avoir prononcé la formule : « Dieu est grand ! » la deuxième fois. La prière pour le Prophète doit consister au moins dans les paroles : « O Dieu ! Accorde Ta grâce à notre Seigneur Muḥammad ! » On prononce une invocation spéciale pour le repos de l'âme du défunt après avoir prononcé la formule : « Dieu est grand ! » la troisième fois. Cette invocation, réduite à la forme la plus simple, est : « O Dieu ! Pardonne-lui! », mais l'invocation complète se lit dans quelques exemplaires du Précis dans ces termes : « O Dieu ! Celui-ci est Ton serviteur et le fils de parents qui sont Tes serviteurs ! Il a quitté les plaisirs et les richesses de ce monde, où il y a tant de personnes qui lui étaient chères, et qui l'aimaient, pour entrer dans les ténèbres du tombeau, et pour s'y trouver en face de l'inconnu. Il était de ceux qui attestent qu'il n'y a d'autre divinité que Toi seul, Dont personne ne partage la puissance, et que Muḥammad est Ton serviteur et Ton ambassadeur, comme Tu le sais mieux que nous. O Dieu ! Il est descendu vers Toi, et nulle part il ne peut être mieux que près de Toi. Il a besoin de Ta miséricorde, mais Tu seras assez clément pour ne pas le punir. C'est en Te suppliant que nous venions vers Toi comme des intercesseurs pour le défunt. O Dieu ! Si, durant sa vie, il était un homme vertueux, nous Te prions de faire valoir ses titres à la béatitude au-dessus de leur mérite réel, et s'il T'a offensé, nous Te prions de ne point punir ses péchés d'après leur gravité. Nous Te prions que, dans Ta miséricorde, Tu sois satisfait de lui, et que Tu écarter de lui les épreuves et les tourments du tombeau. Fais que son tombeau soit assez large pour qu'il y dorme en paix, et que la terre ne l'accable point de son poids. Nous Te prions que, dans Ta miséricorde, Tu ne lui appliques pas Tes châtiments, jusqu'au jour où Tu jugeras bon de le ressusciter et de le faire enter en sûreté dans le Paradis, par l'effet de Ta miséricorde, O Toi qui es le plus miséricordieux! »

Après le quatrième takbīr on prononce encore l'invocation suivante : « O Dieu ! Ne nous refuse pas la faveur de participer à la récompense qui lui est due; ne nous induis point en tentation après son décès, et pardonne à nous et à lui ». Enfin on prononce la salutation finale de la prière funéraire après avoir dit pour la quatrième fois : « Dieu est grand ! » La salutation finale de la prière qui nous occupe est la même que dans toute autre prière. Elle s'exécute de la même manière et elle se répète le même nombre de fois.

Seulement il est recommandable d'ajouter, après le mot de «miséricordieux⁴⁰», les paroles: «et qu'Il vous bénisse».

L'enterrement du cadavre a lieu dans un creux latéral pratiqué de manière à ce que le visage soit tourné vers la qibla. Une semblable fosse se nomme en arabe lahd ou lohd. On commence par creuser un puits, et au fond de ce puits on pratique le creux latéral à angle droit avec la direction de la qibla. Le creux doit être assez spacieux pour que le cadavre n'y soit pas à l'étroit, et qu'il puisse y reposer de toute sa longueur. Un creux latéral vaut mieux qu'une tranchée pour y enterrer, pourvu que la terre soit assez dure. On appelle «tranchée» une excavation au fond du puits, faite comme si c'était le lit d'un ruisseau. Les parois longitudinales de la fosse doivent être en maçonnerie ; le cadavre est placé entre ces parois, et le tout est recouvert de briques, etc. Le cadavre doit être placé au fond de la fosse.

Quelques exemplaires du Précis ajoutent aux mots « tourné vers la qibla », les paroles suivantes: On introduit le cadavre dans la fosse, en l'attirant par la tête, c'est-à-dire on l'introduit dans le creux latéral doucement et sans violence, en disant: «Au nom de Dieu et en conformité des préceptes de la religion de Son ambassadeur. Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction!»

Après qu'on a fait le tombeau assez large et profond pour que le défunt puisse s'y tenir debout et s'étendre de toute la longueur du corps, on y place le cadavre, couché sur le côté, le visage tourné dans la direction de la qibla. Au cas où le cadavre aurait été placé dans une autre position, savoir non tourné vers la qibla ou couché sur le dos, il faut le déterrer et lui donner encore la position réglementaire. Seulement, si la contravention n'a été découverte que dans le temps où le cadavre est déjà en état de décomposition, il ne faut point le déterrer. La surface du tombeau doit être plate, et non bombée ; il faut se garder d'y élever un monument ou de l'enduire de plâtre, ce dernier acte étant blâmable. Le plâtre est une espèce de chaux, appelée en arabe ordinairement jişş ou jaşş, mais encore jîr. Il n'y a point de mal à ce qu'on pleure un défunt, c'est-à-dire qu'il est licite de donner des signes de tristesse tout aussi bien avant la mort, qu'après, mais il vaut mieux s'en abstenir. L'auteur ajoute : pourvu que ce ne soit pas en poussant des cris lamentables, c'est-à-dire qu'on ne doit pas pousser des cris en faisant l'éloge du défunt. Il est encore interdit de déchirer ses vêtements. Quelques exemplaires du Précis portent : « l'ouverture de sa chemise » au lieu de «ses vêtements», en d'autres termes, le col de la chemise. L'auteur continue : mais non de faire des visites de condoléance à la famille, c'est-à-dire aux membres de la famille du défunt sans distinction d'âge ni de sexe. Seulement une jeune fille ne doit pas recevoir des visites de condoléance d'hommes qui ne sont pas ses parents à un degré prohibé. Les visites de condoléance sont même prescrites par la sunna ; on les fait avant l'enterrement et après, jusqu'au terme de trois jours à compter de l'époque de l'enterrement. Ce terme toutefois n'est d'observance que dans le cas où celui qui fait la visite et celui qui la reçoit se trouveraient tous les deux au même endroit ; car en cas d'absence de l'un ou de l'autre on peut remettre la visite jusqu'à son retour. Dans le langage ordinaire, le mot arabe de ta'ziya (condoléance) signifie la consolation apportée à quelqu'un qui a été frappé d'un malheur, par un autre qui lui est cher ; mais,

⁴⁰Voy. plus haut, page 135

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

comme terme de droit, ce mot signifie le conseil d'avoir patience, et l'exhortation à penser que Dieu a promis de tenir compte des malheurs qu'on éprouve, avec le vœu que Dieu veuille pardonner au défunt, et qu'il daigne compenser le chagrin que sa perte a causé aux survivants.

Enfin la loi n'admet pas d'enterrer deux cadavres dans une même fosse, à moins que ce ne soit en cas d'urgence, par exemple si le terrain manque et qu'il y ait un grand nombre de cadavres à enterrer.

LIVRE III.

Des prescriptions relatives aux prélèvements.

Section I.

Dans le langage ordinaire le mot arabe de zakāh signifie «croissance», «augmentation»; mais, comme terme de droit, il faut le rendre par «prélèvement», mot qui désigne une certaine portion que l'on prélève sur certains biens, selon un certain tarif, pour la donner à certaines personnes. L'auteur commence par déterminer les biens passibles du prélèvement ; il en parle dans ces termes: *Les biens sur lesquels le prélèvement est dû sont au nombre de cinq, savoir: les animaux domestiques.* Sans doute l'auteur aurait été plus correct s'il avait employé le mot «bétail», lequel a une signification plus spéciale; or il est évident que la loi ne prescrit point le prélèvement sur tous les animaux domestiques, mais seulement sur le bétail proprement dit. Les autres espèces sont: *les effets précieux, savoir l'or et l'argent, les semences, savoir toute plante alimentaire qui se sème, les fruites et les marchandises.* Nous allons traiter séparément de chacun de ces espèces de biens imposables.

Quant aux animaux domestiques, il n'y en a que trois sortes qui soient passibles du prélèvement— dans quelques exemplaires du Précis on lit, au lieu de «sortes», qu'ils «sont au nombre de trois»— *c'est-à-dire les chameaux, le bétail à cornes et le menu bétail.* Par conséquent le prélèvement n'est point exigé sur les chevaux, les esclaves et les animaux tués, par exemple, de la copulation d'une pièce de menu bétail avec une gazelle. *Les conditions pour que le prélèvement sur les animaux domestiques soit obligatoire, ou, selon quelques exemplaires du Précis, les conditions pour que l'obligation du prélèvement sur les animaux domestique existe, sont au nombre de six, ou, selon quelques exemplaires du Précis, de six catégories. Le contribuable doit être Musulman.* Ainsi les infidèles de naissance ne sont pas soumis au prélèvement. Quant aux apostats, la bonne doctrine est que la propriété de leurs biens reste en suspens; il en résulte que le prélèvement est dû par eux au cas où ils reviennent à la foi, mais non s'ils meurent dans l'impénitence. Puis le contribuable doit être *libre*. Un esclave ne paye pas le prélèvement; quant à un esclave partiel, il le paye de ses biens en proportion de sa liberté. La troisième condition est formulée par l'auteur ainsi qu'il suit: *et avoir la propriété plénière.* La propriété limitée ou conditionnelle n'admet point de prélèvement; ainsi l'acheteur n'en est pas passible avant la prise de possession. C'est ce qui résulte des paroles de l'auteur, qui sont conformes à la théorie primitive de Aš-Šāfi'i ; mais dans sa seconde période l'Imām a soutenu que l'acheteur est astreint au prélèvement, même avant la prise de possession. *Au reste, il faut que le nombre des têtes de bétail atteigne le minimum imposable et que l'on en ait eu la propriété pendant une année entière.* Ainsi le bétail qui reste au-dessous du minimum imposable ou qui a été acquis dans le courant de l'année, n'est point passible du prélèvement. *Enfin le bétail doit avoir été au pâturage, ou plutôt il faut qu'on l'ait fait paître sur un terrain qu'on avait le droit d'utiliser à cet effet; car il n'y a pas lieu à prélèvement si les animaux ont passé dans l'étable la majeure partie de l'année.*

Même le bétail qui n'a été nourri à l'étable que pendant la moitié de l'année ou moins, n'est impossible qu'au cas où le propriétaire l'a aussi fait paître durant cette période et où le fourrage donné à l'étable n'a constitué qu'une nourriture supplémentaire, dont les bêtes auraient pu se passer au besoin sans dommage perceptible. Si ces conditions font défaut, le prélèvement n'est pas dû.

Quant aux effets précieux, le prélèvement n'est dû que sur l'or et l'argent; mais au reste il est indifférent qu'il s'agisse d'or ou d'argent monnayés ou non. Nous allons parler plus loin du minimum imposable. Les conditions pour que le prélèvement en soit dû, c'est-à-dire sur les effets précieux mentionnés, sont au nombre de cinq: l'Islamisme et la liberté du propriétaire, la propriété plénière, le minimum imposable et enfin l'année de possession. Toutes ces conditions, nous allons encore les exposer plus loin.

Quant aux semences, terme par lequel l'auteur entend les produits du sol qui se sèment et qui servent de nourriture aux hommes, comme le froment, l'orge, les lentilles et le riz, auxquels sont assimilés par la loi tous les produits analogues dont on se nourrit ordinairement, comme le maïs et les pois; — quant aux semences, dis-je, le prélèvement en est dû sous les trois conditions qui vont suivre: que ce soient des plantes semées, c'est-à-dire cultivées, par les hommes. Ainsi il n'y pas lieu à prélèvement par rapport aux plantes dont les semences ont été apportées par l'eau ou par l'air et qui ont poussé d'elles-mêmes. Ensuite il est de rigueur que ce soient des produits dont on se nourrit et qu'on emmagasine. Ce qu'il faut entendre par «nourriture», nous venons de l'exposer; il en résulte que toutes les semences qui ne sont pas de la nourriture proprement dite, comme le cumin, etc., échappent à l'impôt. La troisième condition a été formulée par l'auteur dans ces termes: et que la quantité ne soit pas inférieure au minimum imposable. Ce minimum est de cinq wasq sans les enveloppes. Dans quelques exemplaire du Précis on lit: «que la quantité ne soit pas inférieure à cinq wasq», sans l'addition que c'est le minimum imposable.

Quant aux fruits, il n'y en a que deux espèces qui soient soumises au prélèvement: les fruits des palmiers et de la vigne, savoir les dattes et les raisins secs. Les conditions pour que le prélèvement en soit dû, c'est-à-dire sur les fruits en question, sont de quatre catégories: l'Islamisme et la liberté du propriétaire, la propriété plénière et le minimum imposable. Si une ou plusieurs de ces conditions font défaut, on n'est pas astreint au prélèvement.

Enfin, quant aux marchandises, le prélèvement en est dû sous les conditions exposées plus haut par rapport aux effets précieux. On entend par «marchandises» les objets de commerce, mot qui désigne tout échange de biens dans le but de faire un gain.

Section II.

La première quantité imposable des chameaux est de cinq têtes; on en prélève une chāh; c'est-à-dire, soit un jeune animal (jaḍā'a) de la race ovine ayant un an et n'ayant pas encore accompli sa deuxième année, soit un jeune animal (ṭanīya) de la race caprine ayant deux ans et n'ayant pas encore accompli sa troisième année. Les paroles suivantes:

Sur dix chameaux on prélève deux chāh; sur quinze, trois chāh; sur vingt, quatre chāh; sur vingt-cinq, une bint mahāḍ; sur trente-six, une bint labūn; sur quarante-six, une ḥiqqa; sur soixante-et-un, une jaḍa'a; sur soixante-seize, deux bint labūn; sur quatre-vingt-onze, deux ḥiqqa; sur cent-vingt-un, trois bint labūn, etc. sont claires en elles-mêmes et n'ont pas besoin de commentaire. Seulement il faut savoir que la bint mahāḍ est une chamelle ayant un an et n'ayant pas encore accompli sa deuxième année, que la bint labūn est une chamelle ayant deux ans et n'ayant pas encore accompli sa troisième année, que la ḥiqqa est une chamelle ayant trois ans et n'ayant pas encore accompli sa quatrième année, et que la jaḍa'a est ici une chamelle ayant quatre ans et n'ayant pas encore accompli sa cinquième année. Ensuite on prélève sur chaque nombre, c'est-à-dire depuis cent-vingt-un chameaux l'impôt reste le même jusqu'à cent-trente, mais depuis ce nombre il devient proportionnel et change de dix en dix, à commencer par cent-quarante. Alors on prélève sur chaque nombre de quarante chameaux une bint labūn et sur chaque nombre de cinquante chameaux une ḥiqqa, c'est-à-dire, pour cent-quarante chameaux le propriétaire doit deux ḥiqqa plus une bint labūn; pour cent-cinquante il doit trois ḥiqqa et ainsi de suite ⁴¹.

Section III.

La première quantité imposable du bétail à cornes est de trente têtes. On en prélève, ou, selon quelques exemplaires du Précis, on prélève sur ce minimum un tabī', ou veau ayant un an et n'ayant pas encore accompli sa deuxième année. On l'appelle tabī', parce qu'il suit (en arabe tabī'a) sa mère au pâturage. Si le contribuable donne, au lieu d'un tabī', une tabī'a, c'est-à-dire un veau femelle du même âge, il a satisfait à plus forte raison aux termes de la loi. L'auteur ajoute: et puis on doit sur quarante têtes une mosinna. La mosinna est un veau femelle ayant deux ans et n'ayant pas encore accompli sa troisième année; on l'appelle mosinna, parce qu'à cet âge il a déjà toutes ses dents (en arabe sinn). Selon la bonne doctrine, le contribuable peut donner pour quarante têtes deux tabī' au lieu d'une mosinna. Sur soixante têtes on prélève deux tabī', c'est-à-dire un tabī' pour chaque trentaine. Le montant de l'impôt s'établit selon ce tarif pour toutes les quantités. S'il s'agit de cent-vingt têtes⁴², le contribuable doit donner trois mosinna ou bien quatre tabī'.

⁴¹Le calcul se fait ainsi qu'il suit :

140=2x50+40=2 ḥiqqa et 1 bint labūn

150=3x50=3 h.

160=4x40=4 b.l.

170=3x40+50=3 b.l. et 1 h.

180=2x40+2x50=2 b.l. et 2 h.

190=3x50+40=3 h. et 1 b.l.

200=4x50 ou 5x40=4 h. ou 5 b.l.

210=4x40+50=4 b.l. et 1 h.

⁴²C'est-à-dire 3x40 ou 4x30.

Section IV.

La première quantité imposable du menu bétail est de quarante têtes. On en prélève une chā, c'est-à-dire un jeune animal, soit de la race ovine, soit de la race caprine, de l'âge que nous venons de mentionner plus haut⁴³. Les paroles suivantes: Sur cent-vingt-têtes on prélève deux chāh; sur deux-cent-et-une, trois chāh; sur quatre-cents, quatre chāh; puis, sur chaque nombre de cent têtes, une chā, et ainsi de suite, sont claires en elles-mêmes et n'ont pas besoin de commentaire.

Section V.

Deux associés doivent, l'auteur a mis le verbe à l'actif, le prélèvement de ce qu'ils ont mis en commun, comme si c'était un seul individu qui en était propriétaire. Cette prescription peut avoir pour résultat

1^o que chacun des associés doive moins qu'il n'aurait dû donner s'il avait été taxé individuellement. A supposer, par exemple, que le troupeau de chaque associé s'élève à quarante têtes de menu bétail, chacun des deux devrait donner une chā, tandis que, les deux troupeaux ensemble s'élevant à quatre-vingt têtes, les deux associés ne sont redevables que d'une chāh pour leur troupeau combiné;

2^o que chacun des associés doive plus qu'il n'aurait dû donner s'il avait été taxé individuellement. A supposer, par exemple, que le troupeau de chaque associé ne s'élève qu'à vingt têtes de menu bétail, ni l'un ni l'autre ne serait passible du prélèvement; mais dans le cas où ces deux troupeaux auraient été mis en commun, on prélève une chāh sur le troupeau combiné;

3^o que l'un des associés doive moins, et l'autre plus qu'ils n'auraient dû donner s'ils avaient été taxés individuellement; par exemple, si le troupeau combiné s'élève à soixante têtes de menu bétail, dont l'un des associés a fourni le tiers et l'autre les deux tiers;

4^o que chacun des associés doive exactement ce qu'il aurait dû donner s'il avait été taxé individuellement; par exemple, si le troupeau combiné s'élève à deux-cents têtes de menu bétail, dont chaque associé a fourni cent têtes.

Cependant le prélèvement sur un troupeau combiné n'est admissible que **sous les sept conditions suivantes : que le troupeau n'ait** ou selon quelques exemplaires du Précis: si le troupeau n'a **qu'une seule étable**. Le mot arabe pour « étable » est morāh ; c'est l'enclos où le bétail passe la nuit. Puis il est de rigueur que le troupeau n'ait **qu'un seul pré**. On entend par « pré » l'endroit où le bétail est conduit au sortir de l'étable. Le mot arabe pour pré est masra. Puis la loi exige que le troupeau n'ait **qu'un seul pâturage**, qu'un seul pâtre, et **qu'un seul mâle reproducteur**, du moins lorsque le troupeau se compose d'animaux de la même espèce. Dans le cas où le troupeau se

⁴³Voy. la Section II du présent Livre.

composerait d'animaux d'espèces différentes, par exemple d'animaux de la race ovine et d'animaux de la race caprine, chaque espèce peut avoir un mâle reproducteur pour elle. Une cinquième condition est **qu'un seul abreuvoir**, c'est-à-dire l'endroit où le bétail va boire, sans faire de distinction entre une source, une rivière ou autre chose, **soit destiné à tout le troupeau**. L'auteur continue : **qu'un seul garçon soit chargé de traire les animaux**, du moins selon une des faces sous lesquelles on peut envisager cette affaire ; mais la meilleure doctrine tend à ce que le bétail composant le troupeau puisse être traité par plusieurs garçons. Il en est de même du mihlab, c'est-à-dire du vase dans lequel on traite. La dernière des sept conditions dont nous parlons a été exposée par l'auteur en ces mots : et **qu'une seule laiterie**, ou littéralement endroit « du halab », **doive servir à déposer le lait**. Selon An-Nawawī⁴⁴, le mot arabe ne serait pas ḥalab, mais ḥalb ; c'est le « lait qu'on vient de tirer d'un animal ». Toutefois le mot ḥalab ou ḥalb est encore un infinitif du verbe ḥalaba (traire), et, selon quelques-uns, c'est dans cette acception qu'il a été employé par l'auteur⁴⁵.

Section VI.

Le minimum imposable de l'or, ou, selon quelques exemplaires du Précis, la première quantité imposable de l'or, **est de vingt miṭqāl au moins**, d'après le poids de la Mecque. Le miṭqāl équivaut à un dirham et trois septièmes. On en prélève, c'est-à-dire du minimum imposable, **une quarantième, savoir un demi-miṭqāl**. **Sur une quantité supérieure à vingt miṭqāl l'impôt est proportionnel**, quelque petit que soit **l'excédent**. **Le minimum imposable du métal blanc**, en arabe wariq, c'est-à-dire de l'argent, **est de deux-cents dirham**. **On en prélève également une quarantième, savoir cinq dirham**. **Sur une quantité supérieure à deux-cents dirham l'impôt est proportionnel**, quelque petit que soit **l'excédent**. L'or et l'argent altérés ne sont passibles du prélèvement que si la quantité de métal précieux pur qui y est renfermé, atteint le minimum imposable. **Les parures licites d'or ou d'argent ne sont jamais imposables**. Quant aux parures licites défendues, comme les bracelets et les chainettes pour hommes ou pour hermaphrodites, il faut payer le prélèvement pour elles.

Section VII.

Le minimum imposable des semences et des fruits est cinq wasq. Le mot wasq est à l'origine un infinitif du verbe wasaqa (contenir) ; on a donné ce nom à une mesure de capacité bien connue, parce qu'elle « contient » un certain nombre de ṣā°. **Cette quantité**, savoir la quantité de cinq wasq, **équivaut en ʿIrāq à seize-cents ratl**. Quelques exemplaires du Précis portent que c'est à Baḡdād que cinq wasq équivaut à

⁴⁴Voy. Plus haut, page 9, n. 1.

⁴⁵Il faudrait donc traduire, non « une seule laiterie, ect. » mais « un seul » enclos où l'on a l'habitude de traire les animaux ». Mes commentaires ont tous embrassé cette opinion.

seize-cents ratl. **Sur une quantité supérieure l'impôt est proportionnel.** Selon An-Nawawī, le ratl de Baġdād serait de cent-vingt-huit dirham et quatre septièmes¹. **Sur les produits du sol**, c'est-à-dire sur les semences et les fruits, **on prélève la dîme en cas d'irrigation par l'eau du ciel**, savoir par l'eau de pluie ou ce qui y ressemble, comme l'eau de neige, **ou par de l'eau courante**. On appelle ainsi l'eau coulant sur la surface du sol par suite du barrage d'une rivière, lequel barrage a pour conséquence que l'eau monte et se répand sur le terrain environnant pour l'irriguer. L'auteur continue : **mais en cas d'irrigation artificielle au moyen de roues munies de godets**, roues qu'on appelle en arabe dūlāb ou dawlāb, et qu'on fait actionner par des animaux, ou bien en cas d'irrigation artificielle au moyen d'eau apportée d'une rivière ou d'un **puits** par des bêtes de somme, comme les chameaux et les vaches, **le prélèvement n'est qu'une vingtième de la récolte**. Enfin, en cas d'irrigation mixte, par exemple par l'eau du ciel et par des roues à godets, le prélèvement est de trois quarantièmes de la récolte.

Section VIII.

L'évaluation des marchandises se fait à la fin de l'année ; la valeur s'exprime en monnaie d'or ou en monnaie d'argent d'après le numéraire dont on les a payées. On ne se préoccupe point que le prix qu'on a payé atteigne le minimum imposable ou non ; pour que le prélèvement soit dû, il ne s'agit que de savoir si la valeur des marchandises est imposable à la fin de l'année. Le montant de l'impôt, à supposer que le minimum imposable soit atteint, est d'un quarantième de la valeur.

Le produit des mines d'or ou d'argent, s'il atteint le minimum imposable, **est passible d'un prélèvement du quarantième, lequel prélèvement est exigible, non après la possession d'une année, mais immédiatement**, à la seule condition que l'exploitation de la mine se fasse par un individu soumis à l'impôt. Le mot arabe pour « mine » est ma'dan ou ma'din, au pluriel ma'ādin ; c'est en général un gisement de minéraux, et dans le cas qui nous occupe, d'or ou d'argent, lequel gisement a été créé par Dieu, et doit être situé, soit dans un terrain sans culture et inoccupé, soit dans un terrain appartenant à celui qui exploite la mine. **Si l'on vient de découvrir un trésor** – c'est-à-dire une chose de valeur enfouie au temps de l'ignorance, terme qui signifie, par rapport aux Arabes, le temps du paganisme, parce que, dans ce temps-là, on ignorait Dieu, son ambassadeur et la législation révélée à celui-ci – **il faut en donner**, c'est-à-dire sur un pareil trésor, **un cinquième à titre de prélèvement**. Le prélèvement en question doit être employé comme les prélèvements ordinaires, du moins selon la doctrine généralement adoptée. Selon une doctrine opposée toutefois, le cinquième prélevé sur un trésor se donne à ceux qui ont droit au cinquième des contributions, lesquels ayants-droit se trouvent mentionnées dans le Coran¹.

¹¹ Cf. Minhāj at-Tālibīn, I, p. 238.

¹¹ Coran, LIX : 7.

Section IX

Les circonstances rendant obligatoire le prélèvement à la fin du jeûne, prélèvement appelé en arabe celui du fitr (rupture du jeûne) ou de la fitra (régénération), ***sont au nombre de trois : que l'on soit Musulman.*** Le prélèvement de la fin du jeûne n'incombe point aux infidèles d'origine, à moins que ce ne soit pour leurs esclaves ou leurs parents musulmans. Puis la loi exige ***que l'on existe au moment du coucher du soleil, le dernier jour du mois de Ramaḍān.*** Par conséquent, on le doit pour celui qui est mort après le coucher du soleil, mais non pour l'enfant né après ce moment. La dernière des trois conditions susdites est formulée par l'auteur ainsi qu'il suit : et que l'on possède plus que le nécessaire ou, en d'autres termes, que l'on soit assez riche de son propre chef pour ne pas avoir besoin de dépenser tout son argent pour sa propre nourriture et celle de sa famille, le jour de la rupture du jeûne, c'est-à-dire le jour de la fête avec la nuit qui en relève.

Il est prescrit à tout individu de donner à titre de prélèvement pour sa propre personne et pour les personnes qu'on a à sa charge, pourvu que ce soient des Musulmans – car le Musulman ne doit rien pour son esclave, son parent ou son épouse infidèles, quoiqu'il soit obligé de les entretenir – pour chacun de ces personnes, dis-je, il faut payer un ṣā' des denrées alimentaires en usage dans la ville, à supposer que le contribuable soit habitant d'une ville, et s'il y a dans la ville plusieurs denrées alimentaires en usage, il lui faut donner celles dont l'usage est prépondérant. Le croyant qui demeure à la campagne, où l'on ne saurait dire que des denrées alimentaires spéciales sont en usage, doit donner les denrées alimentaires en usage dans la ville la plus proche. Celui qui ne peut donner un ṣā', est tenu de donner cette fraction. La quantité d'un ṣā' équivaut en 'Irāq à cinq ratl et un tiers. Nous avons déjà constaté la capacité du ratl en 'Irāq, en parlant du minimum imposable des semences¹.

Section X

Le produit des prélèvements se partage entre les huit catégories d'ayants-droit désignés par Dieu, l'Être suprême, dans Son livre sublime, en ces termes² : les prélèvements sont pour les pauvres, pour les indigents, pour les préposés à la perception, pour les affiliés, pour les esclaves, pour les débiteurs, pour ceux qui se trouvent sur le sentier de Dieu et pour les voyageurs, etc. Ces paroles de l'auteur sont claires en elles-mêmes, et n'ont pas besoin de commentaire. Il nous suffira donc d'expliquer les termes indiquant les différentes catégories. Le mot « pauvre » signifie, par rapport au sujet qui nous occupe, celui qui n'a rien, et qui n'est pas en état de gagner de ce qu'il lui faut pour vivre ; au lieu que « pauvre » par rapport au contrat des 'arāyā³,

¹ Voy. Section VII du présent Livre.

² Coran, IX : 60.

³ Plur. de 'arīya. C'est l'échange de dattes pendantes contre des dattes sèches, ou l'échange de raisins pendants contre des raisins secs. Voy. Minhāj at-Tālibīn, I, page 406 et 407.

signifie celui qui n'a pas d'argent comptant. On entend par « indigent » un individu qui, tout en possédant quelque chose, ou exerçant un gagne-pain, que l'on pourrait à la rigueur dire suffisants, n'a cependant pas assez pour subvenir à son entretien, dans les circonstances où il se trouve, par exemple celui qui possède sept dirham, mais qui a besoin de dix. Les préposés à la « perception » sont les employés chargés par le Souverain de la perception de l'impôt et de la répartition entre les ayants-droit. Il y a quatre espèces d'« affiliés », en premier lieu, ceux qui se sont déjà convertis à **l'islam**, mais dont le zèle est encore tiède ; on leur donne de l'argent, afin de les attacher plus fortement à la cause de la foi ; quant aux trois espèces d'affiliés, on les trouve mentionnées dans les ouvrages de jurisprudence détaillés. Les « esclaves » sont ayants-droit au produit des prélèvements seulement s'ils sont des affranchis contractuels, et dans le cas où le contrat qu'ils ont fait avec leur maître relativement à la liberté est valable. Dans tout autre cas ils ne sont pas ayant-droit à titre d'affranchis contractuels. La loi distingue trois espèces de « débiteurs », en premier lieu, ceux qui ont contractés des dettes afin de se procurer les moyens de faire cesser une querelle entre deux troupes d'hommes, au sujet d'un homicide dont l'auteur est inconnu. Dans ces circonstances, la dette contractée se paye en son entier sur la portion réservée aux débiteurs, sans s'inquiéter si l'individu en question est riche ou pauvre, mais à la seule condition que ce soit encore une dette existante. Si le débiteur a déjà payé la dette de ses propres fonds, ou s'il a payé le prix du sang argent comptant sans avoir besoin de contracter une dette à cet effet, il ne peut rien réclamer. Quant aux deux autres espèces de débiteurs, on les trouve mentionnées dans les ouvrages de jurisprudence détaillés. On considère comme se trouvant « sur le sentier de Dieu », ceux qui prennent part à la guerre contre les infidèles, sans être inscrits dans les registres de l'armée permanente, mais comme volontaires et pour satisfaire à leur zèle pour la foi. Enfin, on entend par « voyageur » tout aussi bien celui qui commence que celui qui veut continuer son voyage, pourvu qu'il se trouve dans la localité où le prélèvement se distribue. Pour admettre les voyageurs en question comme participants, la loi n'exige que deux choses : qu'ils aient besoin de secours et que leur voyage n'ait point un but illicite.

Les paroles du Précis : ***Le partage se fait entre les catégories dans la mesure où elles sont représentées***, c'est-à-dire entre les catégories d'ayants-droit – ces paroles, dis-je, nous apprennent qu'en cas d'absence d'une ou de plusieurs des catégories, leurs portions échoient aux autres en vertu du droit d'accroissement. A supposer que toutes les catégories d'ayants-droit fassent défaut, il est prescrit de mettre en réserve le produit de l'impôt jusqu'à ce qu'il y ait des ayants-droit. ***Toutefois une catégorie ne saurait être admise*** au partage du produit des prélèvements, ***si elle ne se compose pas de trois individus au moins***. Cette prescription est relative à toutes les huit catégories, ***excepté seulement celle des préposés à la perception***. Lors même qu'il n'y aurait qu'un seul individu composant cette catégorie, il a droit au huitième, pourvu que le service puisse se faire régulièrement sans augmentation de personnel. Sauf cette exception, les catégories qui se composent de deux individus ne reçoivent pas le huitième en entier, mais on met en réserve, pour l'éventualité où un troisième se présenterait plus tard, la moindre part possible, ou, selon quelques-uns, le tiers.

Cinq catégories de personnes ne sont jamais admises au partage des

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

prélèvements, savoir : ***les riches, sans distinguer entre la richesse capitalisée et celle consistant dans le rapport d'une industrie, les esclaves ordinaires, les Banu Hāchīm et les Banu l- Muṭṭalīb***, même si ce sont des individus ayant renoncé à leur part du vingt-cinquième des contributions perçues sur les infidèles, et il en est de même de leurs clients. Or il est illicite de donner aux Banu Hāchīm et aux Banu l-Muṭṭalīb ou à leurs clients une portion des prélèvements réglementaires ; mais, selon la doctrine généralement adoptée, rien n'empêche de leur faire la charité d'une autre façon, la quatrième catégorie comprend ***les infidèles***, ou plutôt, selon quelques exemplaires du Précis, il est illicite de donner le prélèvement aux infidèles, et ***enfin*** la cinquième catégorie comprend ***ceux auxquels le contribuable doit des aliments, ces derniers étant incapables de recevoir*** une part du produit des prélèvements ***à titre de pauvres ou d'indigents***. Cependant rien ne s'oppose à ce qu'on leur en donne, par exemple, comme guerriers pour la foi ou comme débiteurs.

LIVRE IV.

Des prescriptions relatives aux jeûnes.

Section I.

Le jeûne s'appelle en arabe *ṣiyām* ou *ṣawm*. L'un comme l'autre est un infinitif du verbe *cama*, et signifie, dans le langage ordinaire, « abstinence ». Toutefois, comme terme de droit, on entend par « jeûne » l'abstinence de tout acte pouvant rompre le jeûne, laquelle abstinence doit s'accomplir dans une intention spéciale, durant la journée entière destinée au jeûne, par un Musulman, doué de raison, homme ou femme, pourvu que, s'il s'agit d'une femme, elle soit exempte de la souillure grave provenant des menstrues ou des lochies.

Les conditions rendant le jeûne obligatoire sont au nombre de trois, ou, selon quelques exemplaires du précis, au nombre de quatre, ***savoir que l'on soit musulman majeur et doué de raison***. Les exemplaires où les conditions sont au nombre de quatre, ajoutent : « et que l'on soit en état de le « supporter », mais ces mots manquent dans les exemplaires du Précis qui portent que les conditions rendant le jeûne obligatoire ne sont qu'au nombre de trois ; en tout cas il est avéré que le jeûne n'incombe point à l'individu qui ne répond pas à l'ensemble des quatre conditions susdites.

Les pratiques obligatoires (farḍ) du jeûne sont au nombre de quatre : il y a
1° l'intention intime. Dans le cas d'un jeûne obligatoire, comme celui du mois de Ramaḍān, ou celui dont on s'acquitte par suite d'un vœu, elle doit sans conteste se formuler avant la fin de la nuit, et il faut qu'elle ait spécialement rapport au jeûne à accomplir, par exemple à celui du mois de Ramaḍān. Alors la manière la plus complète de la formuler est de se servir des paroles : « J'ai l'intention de jeûner la journée qui va venir, pour m'acquitter, au mois de Ramaḍān de la présente année, « de mon obligation envers Dieu, l'être suprême » et puis il y a

2° l'abstinence de nourriture ou de boisson. Quelque peu qu'on ait mangé ou bu à dessein, le jeûne s'en trouve rompu ; mais il n'en est pas de même de l'acte de manger commis sans penser au jeûne ou par ignorance de la loi. Toutefois l'excuse mentionnée en dernier lieu peut seulement être alléguée par quelqu'un qui s'est récemment converti à **l'Islam**, ou par quelqu'un qui a été élevé dans la foi, mais loin des centres de la culture intellectuelle ; du reste il faut observer.

3° l'abstinence du commerce charnel, commis à dessein. Quant au commerce charnel commis sans penser au jeûne, il est soumis à la même règle que l'acte de manger dans ces circonstances, et enfin il faut s'abstenir.

4° du vomissement volontaire. Le vomissement forcé n'entraîne pas la nullité du jeûne.

Les circonstances qui rompent le jeûne sont au nombre de dix : il y a

1° et 2° ***l'introduction à dessein de quoi que ce soit dans l'intérieur du corps*** par une voie normale ou par une voie exceptionnelle, comme, par une blessure du crâne, dans l'intérieur *de la tête*. L'auteur veut dire que le croyant qui jeûne doit se garder d'introduire une substance quelconque dans ce qu'on peut appeler l'intérieur « du corps », dans le sens le plus étendu du terme ; ***puis*** il y a

3° ***l'injection par une des deux voies***. On entend par « injection » l'introduction de tout médicament dans le corps d'un malade par l'urèthre ou par l'anus. C'est ce que l'auteur a en vue, en parlant des « deux voies » ; ***puis*** il y a

4° ***le vomissement à dessein***. Comme nous venons de le constater le jeûne n'est point annulé par le vomissement involontaire ; ***puis*** il y a

5° ***le commerce charnel commis à dessein***. Le commerce accompli sans penser au jeûne ne saurait rompre l'acte de dévotion ; ***puis*** il y a

6° ***l'émission du sperme par suite d'actes lascifs*** qui ne constituent point un commerce proprement dit. Il est indifférent que l'émission est **soit** défendue, comme celle qu'on excite soi-même, ou licite, comme celle qui est excitée par la main de son épouse ou de son esclave femme. En se servant du mot « actes », l'auteur a exclu l'émission par suite d'un rêve lascif, laquelle, de l'avis de tout le monde, ne constitue point une cause de rupture du jeûne ; ***enfin*** il y a

7°, 8°, 9° et 10° ***la menstruation, les lochies, la démence et l'apostasie***. Chacune de ces circonstances se manifestant pendant le jeûne, a pour effet de l'annuler.

Les pratiques recommandables du jeûne sont au nombre de trois : la loi recommande

1° ***de rompre le jeûne aussitôt que possible***, au cas où le fidèle sait que le soleil s'est couché. En revanche, dans le cas où il ne serait pas certain du coucher du soleil, il ne doit point se hâter de rompre le jeûne. La sunna a introduit de rompre le jeûne en mangeant quelques dattes, ou, lorsqu'on n'en a pas, en buvant un peu d'eau ; ***puis*** il est recommandable

2° ***de différer le repas qu'on prend avant le jeûne*** jusqu'au dernier moment où l'on est sûr que le temps prescrit n'est pas encore arrivé. Au dernier moment on se hâte de prendre le repas en question, se composant d'un peu de nourriture et d'un peu d'eau ; ***enfin*** la loi recommande

3° ***de s'abstenir de ce qui est indécent***, c'est-à-dire immoral, ***dans la conversation***. Le fidèle doit s'abstenir de mensonges, de médisance et de propos analogues. Ainsi, par exemple, il doit se garder d'injurier quelqu'un, et quand une autre personne lui dit des injures, il doit se borner à lui répondre deux ou trois fois : « je suis en jeûne », soit distinctement, soit mentalement. La première façon de répondre a été recommandée par An-Nawawī dans son livre intitulé al-Adkār, et la seconde par ar-Rāfiʿī

qui s'y est même borné sur l'autorité des principaux juristes antérieurs¹.

Il y a cinq jours où le jeûne est défendu : les jours des deux fêtes, c'est-à-dire que la loi défend de jeûner le jour de la fête de la rupture du jeûne et le jour de celles des sacrifices, **et les jours appelés ayyām at-tachriq**. Ces jours, **au nombre de trois**, sont les jours qui suivent le jour de l'immolation des victimes.

La loi blâme énergiquement le jeûne pratiqué un jour « incertain », à moins que l'on n'ait une raison valable pour jeûner un pareil jour. L'auteur donne un exemple de ce qui peut motiver le jeûne en question, dans les termes suivants : **à moins que le jour « incertain » ne soit par hasard un des jours auxquels on a l'habitude de s'acquitter d'un jeûne** surérogatoire. Ainsi le croyant qui, par exemple, à l'habitude de jeûner de deux jours l'un, peut continuer cet acte de dévotion, lors même que son jour de jeûne serait un jour « incertain », et il en est de même s'il faut s'acquitter après-coup d'un jeûne négligé, ou s'il faut jeûner par suite d'un vœu. On appelle « jour incertain » le trentième jour du mois de Cha'bān, dans le cas où l'on n'aurait pas observé soi-même la nouvelle lune de Ramaḍān, quoique le ciel soit sans nuages, tandis qu'on aurait entendu dire que réellement la nouvelle lune a été vue, mais par des personnes dont on ne sait pas si ce sont des témoins irréprochables. L'incertitude existe à plus forte raison dans le cas où les témoins qui ont constaté l'apparition de la nouvelle lune seraient positivement reprochables, par exemple, des mineurs, des esclaves ou des personnes d'inconduite notoire.

Le croyant qui a violé le jeûne en se livrant au commerce charnel un jour du mois de Ramaḍān, acte commis par lui **à dessein**, tandis qu'il était astreint à jeûner et en avait formulé l'intention la nuit précédente – cet individu dis-je vient de commettre, non seulement une contravention, mais encore un péché. Il **doit regagner après-coup le jour de jeûne perdu et en outre expier son péché par l'affranchissement d'un esclave musulman**. Quelques exemplaires du Précis ajoutent que l'esclave doit être exempt de vices portant préjudice à son travail ou à son aptitude à gagner de l'argent. **Quand on n'a pas un tel esclave, il faut jeûner deux mois consécutifs, et dans le cas où l'on n'en serait pas capable**, savoir d'un jeûne de deux mois, **il faut nourrir soixante indigents** ou pauvres, **en donnant à chaque indigent** ou pauvre **un mudd** de denrées alimentaires, comme on en donne à titre de prélèvements à la rupture du jeûne. Enfin, à supposer que les trois actes énumérés soient tous impossibles, l'expiation reste à la charge personnelle du débiteur, qui doit s'en acquitter aussitôt qu'il pourra le faire d'une façon ou d'une autre.

Après la mort d'un Musulman qui devait regagner après coup un ou plusieurs jours de jeûne perdus du mois de Ramaḍān, cette contravention ne saurait lui être imputée comme un péché, dans le cas où elle aurait été commise par force majeure, par exemple si le fidèle en question avait rompu le jeûne pour cause de maladie, et que la maladie ne l'ait pas abandonné jusqu'à son décès. Alors il s'entend qu'il n'a pas pu accomplir le jeûne **après coup** en guise de réparation, et qu'il n'est pas non plus passible de l'amende expiatoire. Lorsqu'au contraire le jeûne a été négligé sans motif

¹¹ Voy. plus haut, p.9, n.1 et 49, n.1. Dans le Minhāj at-Tālibīn (I, p.282) la question n'a pas été abordée par Nawawī.

valable, et à supposer que le délinquant soit mort avant d'avoir eu l'occasion de réparer sa faute, ses bien restent grevés d'une alimentation, c'est-à-dire son représentant doit prélever sur la succession du défunt les frais d'une alimentation, dont le montant est pour chaque jour de jeûne perdu un mudd de denrées alimentaires. Le mudd équivaut à Baġdād à un ratl¹ et un tiers, ou, comme mesure de capacité, à un demi qada d'Égypte. Il nous faut encore ajouter que la règle posée par l'auteur est conforme aux idées émises par aṣ-Ṣāfi'i pendant son séjour en Égypte, tandis que, dans sa première période, l'Imām n'admettait point l'alimentation comme l'unique moyen de réparer la faute d'un défunt par rapport au jeûne. Or selon la doctrine de la première période, le représentant aurait en outre la faculté de s'acquitter en personne, pour le compte du défunt, du jeûne négligé. An-Nawawī, dans son ouvrage intitulé *Ṣarḥ al-Muḥaḍḍab* va plus loin encore, et prétend que le jeûne pour le compte du défunt doit être considéré, selon la sunna, comme le procédé préférable ; mais dans son livre intitulé *ar-Rawḍa*, il se borne à se déclarer sans plus pour la théorie primitive de Ṣāfi'i.²

Les **vieillards** décrépits, les vieilles femmes et les malades condamnés, **dans le cas où le jeûne serait au-dessus de leurs forces** à chacun, **ont la faculté de le remplacer par l'alimentation à raison d'un mudd pour chaque jour**. Toutefois il ne leur est pas loisible de procéder à l'alimentation avant le commencement du mois de Ramaḍān ; ils ne peuvent choisir entre celle-ci et le jeûne qu'après l'apparition de l'aube et pour le jour courant. **La femme enceinte et celle qui allaite un enfant, en cas de crainte pour leur propre santé**, par exemple, si elles craignent de tomber malade, par suite des fatigues du jeûne, **peuvent rompre le jeûne, tout en étant rigoureusement obligées de jeûner après coup les jours perdus, en guise de réparation**. **En revanche, si les femmes en question ont peur que le jeûne ne soit nuisible aux enfants**, c'est-à-dire, si la femme enceinte craint un avortement, et la mère ou la nourrice une diminution de lait, **elles ont encore la faculté de ne pas jeûner, à condition de jeûner après coup les jours perdus, et de payer l'expiation** en sus. Cette expiation est **d'un mudd par jour**. Comme nous venons de l'exposer plus haut, le mudd équivaut en ʿIrāq à un ratl et un tiers à Baġdād. **Les malades et les voyageurs, ceux-ci pourvu que leur voyage soit long** et licite, lorsqu'ils craignent que l'abstinence ne leur soit très-nuisible, **sont dispensés du jeûne à charge de s'en acquitter plus tard**. Quant aux malades, la loi admet une distinction entre ceux dont la maladie est continue et ceux dont la maladie est intermittente. Les premiers ne sont pas seulement dispensés d'accomplir le jeûne, mais encore d'en formuler la nuit précédente ; il en est de même des seconds dans le cas où, par exemple, ils souffriraient d'une fièvre intermittente, et qu'ils auraient la fièvre au moment de commencer le jeûne. Lorsqu'au contraire à ce moment la fièvre les a quittés, il leur faut formuler leur intention la nuit et commencer à jeûner, tout en ayant la faculté de rompre le jeûne si le mal revient et les oblige de renoncer à leur acte de dévotion.

L'auteur passe sous silence le jeûne surérogatoire. C'est cependant un acte de dévotion, qu'on trouve exposé dans les livres de jurisprudence détaillés. Nous mentionnons seulement celui du neuvième jour du mois de Ḍul Ḥijja celui du dixième

¹¹ Voy. plus haut, pag. 23, 241.

²² Voy. plus haut, p. 49, n, 1, et Minhāj at-Tālibīn, I, p. 286

et neuvième jour du mois de Muḥarram, celui des jours appelés « blancs », c'est à dire le treize, le quatorze et le quinze de chaque mois, et enfin celui des six premiers jours du mois de Šawwāl.

Section II.

Des prescriptions relatives à la retraite spirituelle, appelée en arabe i'tikāf. Dans le langage ordinaire le mot i'tikāf signifie la persévérance dans une chose, soit bonne, soit mauvaise ; mais comme terme de droit, il désigne le séjour dans une mosquée dans des conditions spéciales.

La retraite spirituelle est recommandée par la sunna comme un exercice de piété. On peut l'accomplir à tout moment, quoique la retraite faite les dix derniers jours et nuits du mois de Ramaḍān soit la plus méritoire de toutes, dans l'espoir que la Nuit de la Destinée y sera comprise. Selon aš-Šafi'i, d'heureuse mémoire, cette nuit est une des dix dernières du mois de Ramaḍān, mais la date précise en est incertaine. Seulement il est probable que la nuit qui nous occupe est une des nuits impaires, et de ces nuits impaires celles du vingt-et-un et du vingt-trois Ramaḍān méritent la préférence. Elle, c'est à dire la retraite spirituelle, n'est valable que sous deux conditions, dont la première est l'intention, laquelle, en cas de retraite par suite d'un vœu, doit se rapporter à l'obligation de s'acquitter d'un devoir envers Dieu. L'auteur ajoute : et puis la seconde des deux conditions est le séjour dans la mosquée. Il ne suffit point de rester dans l'édifice la durée de la toma'nīna dans la prière⁴⁶, mais il faut que le fidèle y soit resté plus longtemps, de manière à ce qu'on puisse dire qu'il y a séjourné.

Pour accomplir une retraite valable, il faut être Musulman, homme ou femme, douée de raison, et libre de menstruation, de lochies et de toute autre espèce de souillure grave. Ainsi la retraite d'un infidèle, d'un aliéné, d'une femme pendant ses menstrues ou ses lochies, ou, en général, d'un individu en état de souillure grave, ne compte point, et même la retraite légalement commencée est entièrement frappée de nullité par suite de l'apostasie ou de l'ivresse du fidèle qui est en devoir de l'accomplir.

Le fidèle en retraite ne saurait cesser son acte de dévotion, dans le cas où cet acte serait la conséquence d'un vœu, à moins que ce ne soit pour quelque besoin naturel, par exemple l'évacuation abdominale ou quelque chose de pareil, comme l'obligation de prendre un bain par suite de souillure grave, ou pour cause de force majeure, comme la menstruation ou les lochies, ces deux accidents obligeant la femme à sortir de la mosquée, ou pour cause d'un cas de force majeure, comme une maladie empêchant de continuer le séjour dans l'édifice. Cet empêchement peut résulter, soit du traitement, par exemple, quand on a besoin d'un lit, d'un garde-malade ou d'un médecin, soit la nature de la maladie, par exemple quand on craint de salir la mosquée, parce que l'on souffre d'une diarrhée ou d'un écoulement maladif de l'urine. Toutefois l'auteur en se servant de l'expression : « empêchant de continuer, etc. », a fait ressortir qu'une maladie de peu

⁴⁶Voy. Plus haut, pag. 131.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

d'importance, comme une légère attaque de fièvre, ne constitue pas une excuse pour cesser la retraite spirituelle dont on a fait vœu.

L'acte de dévotion de se mettre en retraite est annulé par le commerce charnel commis volontaire et en pleine connaissance, non seulement du fait qu'on se trouve en retraite, mais encore de la loi qui défend la cohabitation dans ces circonstances. Les actes lascifs qui ne constituent point un commerce charnel proprement dit, ont seulement l'effet d'annuler la retraite au cas où elles amènent une émission de sperme.

LIVRE V.

Des prescriptions relatives aux pèlerinages.

Section I.

Dans le langage ordinaire le mot arabe hajj (pèlerinage) signifie l'acte de se diriger vers un endroit quelconque ; mais, comme terme de droit, c'est l'acte de se rendre au temple sacré de la Mecque à titre d'exercice de piété. *Les conditions rendant le pèlerinage obligatoire sont au nombre de sept*, ou, selon quelques exemplaires du Précis, de sept catégories : *que l'on soit Musulman, majeur, doué de raison et libre*. Ainsi le pèlerinage n'incombe pas à celui qui se trouve sous quelque rapport dans un état opposé. Il faut *que l'on possède des provisions de bouche suffisantes* et les sacs nécessaires. Dans le cas où le pèlerin n'aurait pas besoin d'emmener des provisions de bouche, par exemple s'il demeure tout près de la Mecque, il s'entend que cette dernière condition n'existe point. On n'est pas non plus obligé d'accomplir le pèlerinage, à moins qu'on puisse se procurer en voyage de l'eau, à un prix raisonnable et aux endroits ordinaires. L'auteur ajoute : *et puis il faut que l'on possède une monture convenable*, soit la sienne propre, soit une monture louée, mais seulement dans le cas où l'on demeurerait à une distance de la Mecque de deux journées de marche ou plus. Alors il est indifférent que l'on ait ou non la force de faire au besoin le voyage à pied. Quand on demeure à une distance de la Mecque de moins de deux journées de marche, la loi distingue entre celui qui a la force de faire le voyage à pied, et celui qui n'en est point capable. Le premier doit accomplir le pèlerinage, même s'il n'a pas de monture, au lieu que le second en est dispensé, ce cas se présentant. Les frais pour les provisions, la monture, etc. ne sauraient jamais tomber aux dépens des créanciers du pèlerin, ni aux dépens de l'entretien de sa famille durant son absence. La loi n'exige pas non plus de se priver de l'usage de sa maison ou de son esclave pour subvenir aux frais du pèlerinage, si c'est une maison convenable et un esclave en proportion de la fortune. La dernière des conditions a été formulée par l'auteur ainsi qu'il suit : *et enfin que la route soit sûre*. Par rapport au sujet qui nous occupe, on dit que la route est « sûre », quand on n'a pas de raisons de supposer que la sûreté aux différents endroits à traverser est moindre qu'à l'ordinaire. Lorsqu'au contraire le voyage à la Mecque offre des dangers exceptionnels, soit pour la personne, soit pour les biens, soit pour la pudeur, le pèlerinage n'est pas obligatoire. Quelques exemplaires du Précis ajoutent les paroles : « et que l'on puisse arriver à temps aux lieux saints », comme la septième et dernière condition⁴⁷. Elles signifient qu'au moment où l'on possède les provisions de bouche et la monture nécessaires, on ait encore le temps d'arriver à la Mecque avant le commencement des cérémonies, en se servant des moyens de transport ordinaires. Lorsqu'on pourrait à la rigueur arriver à temps, en faisant des marches forcées, le pèlerinage ne serait point obligatoire à cause de la peine exceptionnelle qui en

⁴⁷Dans les exemplaires du Précis où ces paroles font défaut, on compte la condition de posséder les provisions de bouche nécessaires et celle de posséder une monture pour deux conditions séparées.

serait la conséquence.

Il y a quatre éléments constitutifs du pèlerinage : ce sont

1. *l'ihram, ou état de consécration, combiné avec l'intention*, c'est à dire l'intention d'entamer le pèlerinage ; puis la loi prescrit
2. *la halte au mont °Arafa*. Le pèlerin en ihram doit avoir été, le jour du mont °Arafa, après que le soleil a commencé sa marche descendante, sur le terrain de la cérémonie, lors même que ce ne serait qu'un instant. Le jour de la cérémonie du mont °Arafa est le neuvième jour du mois Dûl Hijja. Il est encore de rigueur que le fidèle soit présent dans un état qui n'empêche pas un acte de dévotion ; celui qui aurait été dans un état d'évanouissement durant son apparition sur le terrain, n'aurait point satisfait à son devoir. On peut légalement s'acquitter de la halte au mont °Arafa jusqu'à l'aube du jour de l'immolation des victimes, laquelle a lieu le dixième jour du mois de Dûl Hijja ; puis il faut que le pèlerin fasse
3. *les tournées autour du sanctuaire*, sept fois répétées. On fait les tournées en ayant le sanctuaire à sa gauche ; on les commence à l'endroit du sanctuaire qui renferme la Pierre Noire ; et l'on fait face à cette pierre de tout son corps, chaque fois que l'on y passe. Une tournée commencée à un autre endroit ne compte pas ; et enfin on considère comme un élément constitutif
4. *la promenade rituelle entre Şafā et Marwa*, sept fois répétée. Le pèlerin doit commencer la promenade à Şafā et là marcher jusqu'à Marwa. Ceci est la première fois. Il retourne de Marwa à Şafā, ce qui constitue la deuxième fois, et ainsi de suite. Le nom de Şafā s'écrit en rabe avec un alif sans madda ; c'est une extrémité du mont appelé Abū Qobais. Marwa, et non Mirwa ou Morwa, est une vieille construction sur la colline bien connue à la Mecque.

L'auteur ne parle point d'un cinquième élément constitutif du pèlerinage, savoir de l'acte de se faire raser ou couper les cheveux ; et pourtant c'en est un, si l'on admet que cet acte constitue une cérémonie essentielle du pèlerinage, ce qui, du reste, est l'opinion générale. Si au contraire on ne considère la cérémonie en question que comme un moyen pour rendre licite ce qui est défendu par suite de l'ihram, elle n'est point un élément constitutif. La mise en ihram doit procéder l'accomplissement des autres éléments constitutifs mentionnés plus haut.

Il y a trois piliers (farḍ) de la visite au sanctuaire de la Mecque. C'est ainsi qu'on lit dans quelques exemplaires du Précis, mais d'autres portent : « les éléments constitutifs de la visite sont au nombre de quatre ». Ces trois éléments sont : *l'ihram, les tournées et la promenade rituelle*, tandis que le quatrième élément constitutif est l'acte de se faire raser ou couper les cheveux. Nous venons de voir que les savants sont partagés par rapport au caractère de cet acte, quoique l'opinion de ceux qui le considèrent comme une cérémonie essentielle soit préférable. Il est évident que ceux qui sont de l'opinion contraire ne l'admettent pas non plus comme un élément constitutif de la visite.

Les pratiques obligatoires (wajīb) du pèlerinage, outre les piliers (farḍ), sont au nombre de trois : il y a

1. *la prise de l'ihram à l'époque et à la station prescrites.* L'époque de la mise en ihram pour le pèlerinage est fixée aux deux mois de Šawwāl et de Dūl Ḥijja. Quant à l'ihram pour la visite, on peut le prendre pendant toute l'année. Pour les habitants de la Mecque, sans distinction d'origine, l'endroit pour se mettre en ihram est la ville sainte elle-même ; mais les pèlerins venant de Médine doivent s'acquitter de ce devoir religieux à la station de Dū l-Ḥulayfa ; les pèlerins venant de la Syrie, de l'Égypte ou du Nord de l'Afrique, à la station de Juhfa ; les pèlerins de Tahāma au Yémen, à la station de Yalamlam ; les pèlerins venant du Najd, tant du Najd Méridional que du Najd Septentrional, à la station de Qarn, et enfin les pèlerins venant de l'Orient, à la station de Dāt 'Irq : *puis* on compte parmi les cérémonies obligatoires (wajīb) du pèlerinage

2. *la lapidation des trois tas de pierres.* Le pèlerin s'acquitte en premier lieu de la lapidation au tas de pierre appelé « le grand » (al-Kubrā), puis de celle au tas de pierres appelé Jamrat al-ʿAqaba, chaque lapidation se faisant avec sept cailloux, qu'il faut lancer un par un. Deux cailloux lancés à la fois ne comptent que pour un seul coup ; mais d'un autre côté il suffit de lancer un seul caillou sept fois. Il est de rigueur que les projectiles soient des pierres ; en se servant par exemple de perles ou de morceaux de gypse, on n'a point satisfait aux termes de la loi ; *enfin* la loi prescrit au pèlerin

3. *l'acte de se faire raser ou couper les cheveux.* Pour les hommes il est préférable de se faire raser la tête, et pour les femmes de se faire couper les cheveux. Il faut que trois cheveux aux moins tombent sous le rasoir ou sous les ciseaux, ou bien qu'on les fasse arracher ou brûler ; mais du reste la coupe peut avoir lieu tant à l'extrémité des cheveux qu'à la racine. Même la sunna prescrit à ceux qui sont complètement chauves de faire passer le rasoir au moins une seule fois sur leur tête. On saurait remplacer l'acte de dévotion qui nous occupe, par celui de se faire raser la barbe ou quelques autres poils sur le corps.

4.

Il y a sept pratiques de la sunna relatives au pèlerinage : ce sont

1. *l'ifrād, savoir la priorité du pèlerinage sur la visite.* En voulant s'acquitter des deux devoirs, le fidèle prend d'abord l'ihram pour le pèlerinage, à la station indiquée par la loi. Le pèlerinage terminé, il quitte la Mecque pur se rendre au plus proche endroit situé hors du territoire sacré, et c'est là qu'il se met en ihram pour la visite. Il accomplit ensuite cet acte de dévotion. Le procédé inverse, c'est à dire l'accomplissement de la visite en premier lieu et du pèlerinage après, ne constitue pas l'ifrād ; *puis* il y a

2. *l'acte de prononcer la formule : Labbaika, etc.* La sunna a encore introduit de répéter souvent cette formule pendant toute la durée de l'ihram ; l'homme doit toujours la prononcer à haute voix. Elle se compose des paroles suivantes : « Me voici ! O Dieu ! Me voici ! Personne ne partage Ta puissance ! Me voici ! Certes, à Toi la gloire, la richesse et l'empire du monde ! Personne ne partage Ta puissance ! » Après avoir prononcé cette formule, le croyant ajoute une prière

pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !), et enfin il implore Dieu, l'Être Suprême, de le faire entrer au Paradis, de Se montrer satisfait de lui, et de lui accorder un refuge contre le feu éternel ; *puis* la sunna prescrit

3. *les tournées d'arrivée.* Ces tournées sont spécialement prescrites aux pèlerins qui ont fait leur entrée dans la Mecque avant de se rendre à la cérémonie du mont ʿArafa. Quant aux croyants qui n'accomplissent que la visite, les tournées de cet acte de dévotion leur tiennent lieu de tournées d'arrivée ; *puis* il y a

4. *l'acte de passer la nuit à Mozdalifa.* Ce sont les paroles de ar-Rāfiʿī qui exigent de mentionner l'acte en question parmi les pratiques de la sunna ; mais selon les idées émises par An-Nawawī, dans ses ouvrages intitulés Ziyādat ar-Rawḍa (Supplément de la Rawḍa) et Šarḥ al-Muhaddāb, ce serait une pratique obligatoire⁴⁸ *puis* la sunna a introduit

5. *la prière de deux rakʿa à l'occasion des tournées.* Le pèlerin prie ces deux rakʿa derrière le Maqām ou lieu du prophète Ibrāhīm (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !), après avoir fini les tournées. Quand on accomplit les tournées le jour, la récitation dans les deux rakʿa se fait à voix basse, mais la nuit elle se fait à haute voix. Au cas où l'on ne peut pas prier les deux rakʿa derrière le Maqām, il faut les prier à l'endroit appelé al-Hijr, et subsidiairement dans une autre partie de la Mosquée Sacrée, ou bien à un autre endroit quelconque, lors même que ce serait hors du territoire sacré ; *puis* la sunna a introduit

6. *l'acte de passer la nuit à Minā,* d'après ce qui a été décidé par ar-Rāfiʿī, **tandis** que An-Nawawī, dans son ouvrage intitulé Ziyādat ar-Rawḍa, a soutenu que ceci est encore une pratique obligatoire⁴⁹ ; *enfin* la sunna exige

7. *les tournées d'adieu.* Ces tournées se font toutes les fois qu'on va quitter la Mecque ; elles se font non seulement par les fidèles qui ont été en pèlerinage, mais encore par les habitants de la ville sainte, sans distinguer si leur voyage sera long ou court.

Toutes les sept pratiques ci-dessus, que l'auteur a eu de bonnes raisons de considérer comme des préceptes de la sunna, sont cependant, selon la doctrine la plus répandue, des actes d'observance rigoureuse.

L'homme en iḥrām doit nécessairement, du moins d'après le Šarḥ al-Muhaddāb⁵⁰, s'abstenir de porter quelque chose de cousu en guise d'habit. Il lui est également interdit de porter des habits tressés ou liés ; cette prohibition a trait à tout ce qu'on a sur le corps, lors même que ce ne serait pas une pièce d'habillement dans le sens exact du terme,

⁴⁸Voy. Plus haut, page 40 n.1, et Minhāj at-Tālibīn, I, p.329 et a. Le Supplément (Ziyāda) de la Rawḍa est probablement l'ouvrage de Nawawī mentionné par Wüstenfeld, op. cit., p.53, sous le titre de Montaḥab di Moḥtaṣar at-Tadanīb. C'est du moins encore un ouvrage se rattachant au Wajīz de Ġazzālī et au commentaire de ar-Rāfiʿī. Ni Wüstenfeld ni H.Ĥal. ne font mention au titre de la Ziyādat ar-Rawḍa.

⁴⁹Voy. Plus haut, page 285 n.1, et Minhāj at-Tālibīn, I, p.326

⁵⁰Voy. Plus haut, page 49 n.1, et Minhāj at-Tālibīn, I, p.340

comme les bottines ou les souliers. *Il doit revêtir deux pièces d'habillement spéciales, appelées izār et ridā, l'une et l'autre d'une étoffe blanche et neuves ou du moins propres.*

Section II.

Des prescriptions relatives aux actes illicites pendant l'ihram ou état de consécration, ou plutôt « par suite de » l'ihram. *Les actes défendus au pèlerin en ihram sont au nombre de dix : savoir*

1. *de revêtir des habits cousus*, comme une chemise, une robe ou des bottines. Des habits tressés comme une cotte de mailles, ou des habits liés, comme une pièce de vêtement en feutre, lui sont également interdits. La défense a trait à toutes les parties du corps ; *puis la loi défend*
2. *de se couvrir la tête*, même en partie, *s'il s'agit d'un homme*. Cette prohibition se rapporte à tout ce qui sert à couvrir la tête, comme un turban, ou même à la boue qu'on se mettrait sur le crâne. En revanche, on peut se protéger la tête par tout objet qui ne la « couvre » pas, dans le sens spécial du terme : ainsi on peut sans crainte tenir sa main sur une partie de sa tête, ou se plonger dans l'eau, ou bien se placer sous l'abri d'une litière, lors même qu' on toucherait cet abri de son crâne. L'auteur ajoute : *et*, en outre, il est défendu de se couvrir *le visage*, même en partie, *s'il s'agit d'une femme*. La prohibition relative aux s'étend à tout ce qui sert à couvrir le visage. Cependant elles sont obligées de se couvrir le visage, du moins en partie, dans tous cas où la loi exige de se couvrir la tête, et où cet acte est impossible sans que le visage soit couvert en même temps. Rien ne s'oppose à ce que la femme porte en guise de voile une pièce d'étoffe dont l'extrémité supérieure est seule attachée à sa tête, pourvu que ce voile soit tenu à une certaine distance du visage par de petits morceaux de bois, ou quelque chose de pareil. Quant aux hermaphrodites, la loi leur ordonne formellement de se couvrir la tête et de porter des habits cousus, du moins c'est l'opinion du juge Abū t-Tayyib⁵¹. Quant à l'amende expiatoire, un grand nombre de savants prétendent qu'elle n'est pas encourue par les hermaphrodites s'ils se sont couvert le visage, et non la tête, comme les femmes, s'ils se sont couvert la tête, et non le visage, comme les hommes, attendu que leur sexe est après tout incertain. Lorsqu'au contraire ils se sont couverts aussi bien le visage que la tête, il n'y a plus de doute possible par rapport à leur contravention, et par conséquent ils doivent l'amende expiatoire ; *puis il est interdit*
3. *de se peigner* c'est à dire de se démêler les cheveux. L'auteur mentionne cet acte parmi les actes défendus, mais An-Nawawī, dans son ouvrage intitulé *Šarḥ*

⁵¹Selon Baijouri (I, p.406) la loi accorderait aux hermaphrodites la permission de porter des habits cousus, mais ce ne serait point un ordre formel. Quant au juge Abū t-Tayyib, c'est un juriste mort en l'an 450 de l'Hégire. Cf. Enger, op. cit., p.16, 19, 20, 30. H. Ĥal. III, p.617 nous apprend qu'il a écrit entre autres sur la musique au point de vue légal.

al-Muhaddab, le considère seulement comme blâmable⁵². La même controverse existe par rapport à l'acte de se gratter les cheveux avec les ongles ; *puis* la loi défend

4. *de se faire raser la tête*, c'est-à-dire les cheveux. Il est encore interdit de se les faire arracher ou brûler, et en général de se faire enlever les cheveux de quelque manière que ce soit, lors même que ce serait par inadvertance, sans penser à l'ihram ; *puis* le pèlerin doit se garder

5. *de se couper les ongles*, c'est-à-dire de se retrancher les ongles de la main ou du pied, de quelque manière que ce soit. Il n'y a que les ongles déchirés ou brisés que le pèlerin en ihram peut couper, au cas où il s'en trouve gêné ; *puis* la loi défend

6. *de se parfumer*, c'est-à-dire de faire intentionnellement usage de substances servant à donner une odeur agréable, comme le musc et le camphre. Il est défendu de se parfumer les habits en y mettant quelque substance odoriférante, comme l'habitude, aussi bien que de se parfumer le corps à l'extérieur ou à l'intérieur, par exemple en avalant la substance en question. Cette prohibition regarde les hommes et les femmes, et les individus privés d'odorat tout autant que ceux qui jouissent de cette faculté. Toutefois le mot « intentionnellement » dont je me suis servi, indique que le croyant n'est point en contravention si le vent lui a jeté sur le corps quelque substance odoriférante, ni s'il s'est parfumé sous l'effet de quelque violence, ou par ignorance de la loi, ou bien sans penser à son ihram. Dans tous ces cas, l'amende expiatoire n'est pas due, mais le pèlerin en saurait jamais alléguer comme une excuse le fait qu'il ignorait que la contravention était punissable, tout en sachant qu'il faisait quelque chose d'illicite ; *puis* il faut éviter

7. *de tuer une pièce de gibier* non apprivoisé et mangeable, ou même né d'un animal mangeable, sans distinction entre le gibier à poil et le gibier à plumes. Il est encore défendu d'aller à la chasse, ou de faire l'acquisition d'un morceau de gibier, ou même de devenir propriétaire d'une partie d'un pareil animal, voire des poils ou des plumes ; *puis* le pèlerin doit se garder

8. *de contracter un mariage*. Le pèlerin en ihram ne saurait conclure un mariage, ni pour lui-même, ni pour un autre, en qualité de mandataire ou de tuteur ; *puis* la loi défend

9. *de se livrer au commerce charnel*, du moins si le pèlerin est doué de raison et sait que la loi prescrit de s'en abstenir. Au reste cette prohibition est générale, et concerne tout aussi bien le pèlerinage que la visite, tout aussi bien le commerce charnel ordinaire que celui exercé par derrière, tout aussi bien l'homme que la femme, et tout aussi bien le commerce avec son épouse légitime que celui avec son esclave femme ou avec une personne étrangère ; *et enfin* il est interdit

⁵²Voy. Plus haut, page 49, n.1. Dans le Minhâj at-Tâlibîn (I, p.340), Nawawî ne fait pas mention de cette défense.

10. *de s'abandonner à des caresses* qui ne constituent point un commerce charnel dans le sens exact du terme, comme les attouchements ou les baisers, pour peu que ce soient des caresses *donnant une sensation lascive*. Quant aux caresses qui ne donnent pas une pareille sensation, la loi ne les interdit point.

Dans tout ceci, c'est-à-dire dans les contraventions énumérées, la peine est l'amende expiatoire dont nous allons parler plus loin. Il n'y a que le commerce charnel qui fasse une exception à cette règle. Or cette contravention est assez grave pour invalider la visite entière dans le cas où l'ihram en aurait été pris de la manière suivante appelée ifrad⁵³, savoir comme un acte de dévotion indépendant. Lorsqu'au contraire l'ihram de la visite a été pris comme un accessoire de celui du pèlerinage, c'est-à-dire de la manière appelée qirān, la visite elle-même est un accessoire du pèlerinage et est soumise aux mêmes règles que lui par rapport à la validité ou à l'invalidité. Or le pèlerinage est seulement invalidé par le commerce charnel, lorsque cette contravention a été commise avant le retour au premier degré de tahallol ou état habituel du croyant ; mais, ce cas se présentant, on ne regarde point à ce qu'elle ait eu lieu après ou avant la halte au mont 'Arafa. Quand, au contraire, le commerce charnel n'a eu lieu qu'après la reprise du premier degré de tahallol, la validité du pèlerinage n'en reste pas moins en son entier. Il n'y a que la contravention consistant dans l'acte de conclure un contrat de mariage, contre laquelle la menace de l'amende expiatoire n'est pas faite, parce que le contrat en question est censé par la loi n'avoir jamais existé. Le commerce charnel exercé de la façon ordinaire est la seule contravention qui invalide la mise en ihram entière ; tout autre espèce d'actes lascifs en laissent la validité intacte, et même cette contravention ne saurait être prise, par le croyant en ihram, pour un prétexte de se soustraire aux obligations qui restent à accomplir. Ces obligations, le pèlerin doit s'en acquitter encore. Dans quelques exemplaires du Précis on ne lit point les paroles : malgré l'invalidité de l'acte de dévotion, soit qu'il s'agisse du pèlerinage, soit qu'il s'agisse de la visite. Il est donc évident que le fidèle en question doit prendre part aux cérémonies ultérieures, comme si rien ne s'était passé.

Celui, c'est-à-dire le pèlerin, qui a laissé le temps prescrit pour la halte au mont 'Arafa, soit par suite de force majeure, soit pour une autre cause quelconque, doit nécessairement rentrer dans son état habituel en s'acquittant de la visite. Il lui faudra par conséquent faire les tournées de promenade rituelle, à supposer qu'il n'ait pas accompli celle-ci immédiatement après les tournées d'arrivée. En outre, il, c'est-à-dire le pèlerin qui a laissé passer le temps prescrit pour la halte au mont 'Arafa, doit encore accomplir la cérémonie après coup le plus tôt possible. Cette dernière prescription concerne aussi bien le pèlerinage obligatoire que le pèlerinage surérogatoire, mais non le cas où le pèlerin aurait été empêché d'assister à la cérémonie du mont 'Arafa. Dans ces circonstances, le pèlerin doit s'informer d'abord s'il ne peut échapper à l'empêchement, en se rendant à 'Arafa d'une autre façon que par les moyens et par les voies ordinaires, lors-même qu'il serait sûr d'arriver trop tard ; mais alors il n'est jamais question d'un accomplissement après coup en guise de réparation. La meilleure doctrine conduit à un

⁵³Voy. Plus haut, page 283.

résultat identique par rapport au pèlerin mort avant la halte au mont °Arafa, et enfin il faut savoir que le pèlerin obligé de s'acquitter de la halte au mont °Arafa après coup, doit aussi *immoler une victime*.

Dans quelques exemplaires du Précis l'auteur ajoute : *Celui qui a omis tout un élément constitutif du pèlerinage, se saurait sortir de son ihrām et rentrer dans son état habituel avant d'avoir accompli encore l'élément constitutif en question*. Une pareille faute ne peut se réparer par un simple sacrifice expiatoire. *Celui qui a négligé une des pratiques obligatoires du pèlerinage ne doit qu'un sacrifice expiatoire*, sacrifice dont nous allons parler plus loin. Enfin, celui qui a négligé une pratique prescrite par la sunna par rapport au pèlerinage n'a besoin de réparer sa faute d'aucune manière. La différence entre les éléments constitutifs, les pratiques obligatoires et celles de la sunna se trouve exposée plus haut dans le texte du Précis⁵⁴.

Section III.

Des différentes espèces de sacrifices expiatoires encourus par le croyant en ihrām, pour avoir négligé quelque chose d'obligatoire, ou fait quelque chose de défendu. *Les sacrifices expiatoires qu'on peut encourir pendant l'ihrām sont au nombre de cinq* : il y a

1. *le sacrifice expiatoire pour avoir négligé une cérémonie essentielle*, c'est-à-dire pour avoir négligé une cérémonie prescrite, comme celle de se mettre en ihrām à la station réglementaire ; il, c'est-à-dire le sacrifice expiatoire en question, *consiste en principe dans l'immolation*, c'est-à-dire qu'en premier lieu le délinquant est astreint à l'immolation, d'une *chāh*⁵⁵ ayant les qualités requises pour servir de victime. *A défaut de chā*, soit pour cause de manque absolu, soit pour cause de cherté excessive, *on est obligé subsidiairement de jeûner dix jours, dont trois pendant qu'on est en pèlerinage*. D'après la sunna, le jeûne des trois derniers jours doit avoir lieu avant la halte au mont °Arafa, de préférence le sixième, le septième et le huitième du mois de Dūl Hġja. L'auteur continue : *et puis le jeûne des sept jours qui restent, doit avoir lieu lorsqu'on est de retour chez les siens et dans son domicile* ; il n'est pas licite d'accomplir ce jeûne en route. Quant au fidèle qui, le pèlerinage terminé, veut s'établir à la Mecque, il lui faut jeûner les sept jours dans la Ville Sainte, comme on lit dans le Moharrar⁵⁶. Enfin, supposé que le fidèle ait négligé d'accomplir le jeûne de trois jours pendant le pèlerinage, il lui faut jeûner les dix jours réglementaires après son retour, mais alors le jeûne ne doit pas durer dix jours consécutifs. Or il faut s'acquitter d'abord du jeûne de trois jours, puis attendre quatre jours, plus le temps que dure ordinairement le voyage de retour, et ce n'est qu'après que l'on commence le jeûne de sept jours. Ce que l'auteur nous apprend relativement au caractère du sacrifice expiatoire qui nous occupe est conforme aux idées émises par An-Nawawī dans la

⁵⁴Voy. Plus haut, page 277 et ss.

⁵⁵Voy. Plus haut, page 229

⁵⁶Voy. Plus haut, page 57, n.1.

Rawḍa et dans le Šarḥ al-Muhaddab. An-Nawawī au reste a suivi dans les ouvrages cités le livre dont la Rawḍa est un extrait⁵⁷, mais dans le Minhāj at-Tālibīn⁵⁸ ce savant est revenu à l'opinion soutenue par ar-Rāfi'ī dans le Moharrar⁵⁹, selon qui, il y aurait trois manières de réparer la contravention, dont la deuxième ne remplacerait pas seulement la première comme un acte subsidiaire, mais en serait encore l'équivalent. Le sacrifice expiatoire consisterait donc en premier lieu, il est vrai, dans l'immolation d'une chā, mais à défaut de chā, en deuxième lieu, dans l'acte de donner à titre d'aumône des denrées alimentaires achetées pour le prix qu'il aurait fallu donner pour la chā, en troisième lieu, en cas de manque d'argent, dans le jeûne à raison d'un jour pour chaque mudd de denrées alimentaires ; puis il y a

2. *le sacrifice expiatoire pour la contravention de se faire raser ou de se permettre des jouissances interdites*, comme l'usage du parfum ou de la pommade. L'acte de se faire raser constitue une contravention, non seulement lorsqu'on se fait raser le crâne en son entier, mais encore quand on s'est fait raser trois cheveux au moins. L'auteur continue : *il, c'est-à-dire le sacrifice expiatoire en question, est alternatif, au choix du délinquant, et consiste dans*, ou plutôt le délinquant est obligé d'accomplir, *ou l'immolation d'une chāh* ayant les qualités requises pour servir de victime, *ou un jeûne de trois jours, ou bien une aumône de trois ša' de denrées alimentaires pour six indigents* ou pauvres, c'est-à-dire une demi ša', par personne. Les denrées alimentaires doivent être de la même nature que celles données à titre de prélèvement à la fin du jeûne annuel ; puis il y a

3. *le sacrifice expiatoire dû à cause d'un empêchement de continuer le pèlerinage ou la visite, suivi du retour à son état habituel* de la part du croyant en iḥrām. Le croyant en question doit alors formuler l'intention de rentrer dans son état habituel, en se proposant de cesser d'accomplir les cérémonies par suite de l'empêchement. Le retour à son état habituel s'opère *au moyen de l'offrande*, c'est-à-dire par l'immolation, *d'une chā*, au moment où la cause d'empêchement se manifeste. L'immolation terminée, le fidèle se fait raser le crâne ; puis il y a

4. *le sacrifice expiatoire encouru par suite de la contravention commise en tuant un morceau de gibier* ; *il, c'est-à-dire le sacrifice expiatoire en question, est encore alternatif au choix du délinquant*, et admet trois manières de s'en acquitter : *savoir, au cas où l'animal tué a un animal correspondant parmi les animaux domestiques*, ou plutôt un animal qui lui ressemble tant soit peu dans sa forme extérieure, la première façon d'expier la faute commise est exposée par l'auteur dans ces termes : *le délinquant doit l'animal domestique correspondant*. Cela signifie qu'il lui faut immoler un tel animal et en donner la chair aux indigents et aux pauvres du territoire sacré. S'il a tué une autruche, il doit réparer sa faute par une badana, c'est-à-dire par le sacrifice d'un chameau ; tandis qu'une antilope ou un onagre sont expiés par une vache, une gazelle par une chèvre

⁵⁷La Rawḍa est un abrégé du commentaire de ar-Rāfi'ī sur le Wajīz de Ġazzālī, qui porte le titre de Fath al-'Azīz. Cf. Wüstenfeld, op. cit., p.53, et voy. plus haut, page 49, n.1.

⁵⁸Voy. Minhāj at-Tālibīn, I, page 343 et s.

⁵⁹Voy. Plus haut, page 57, n.1

adulte, et les autres espèces de gibier par les animaux correspondants mentionnés dans les livres détaillés. L'auteur formule la deuxième façon d'expier la contravention dans les paroles suivantes : *ou il lui faut faire évaluer l'animal dû par lui*, c'est-à-dire l'animal correspondant, en argent, et en se réglant sur la valeur de l'animal à la Mecque le jour où l'obligation est constatée, *et acheter pour cette valeur des denrées alimentaires*, comme celles qu'on prélève à la rupture du jeûne annuel, *qu'il donne ensuite à titre d'aumône* aux indigents et aux pauvres du territoire sacré. Quant à la troisième façon d'expier la faute commise, l'auteur en parle ainsi qu'il suit : *ou bien il lui faut jeûner à raison d'un jour pour chaque mudd de denrées alimentaires dû par lui*, ou même pour la fraction d'un mudd, s'il y a lieu. *Au cas où l'animal tué n'a pas d'animal correspondant parmi les animaux domestiques*, le délinquant n'a le choix qu'entre deux manières d'expier sa faute. Ces deux manières, l'auteur les mentionne dans les termes suivants : on doit les denrées alimentaires ayant une valeur égale à celle de l'animal en question, lesquelles denrées alimentaires se donnent à titre d'aumône, *ou bien il faut jeûner à raison d'un jour pour chaque mudd* ou fraction de mudd ; *enfin* il y a

5. *le sacrifice expiatoire encouru par suite du commerce charnel exercé à dessein par un fidèle en ihrām, doué de raison et sachant que c'était un acte défendu. Comme nous venons de le démontrer⁶⁰, le commerce charnel ordinaire et celui exercé par derrière constituent également une contravention. L'auteur continue : il, c'est-à-dire le sacrifice expiatoire en question, consiste en principe dans, en d'autres termes, le délinquant doit en premier lieu, une badana. C'est le sacrifice d'un chameau ou d'une chamelle. A défaut de badana, le délinquant peut subsidiairement donner une vache ; à défaut de vache, sept têtes de menu bétail, et à défaut de bétail, il lui faut faire évaluer la badana due par lui, en argent et d'après les prix de la Mecque au moment où l'obligation est constatée. L'auteur continue : et acheter pour cette valeur des denrées alimentaires, qu'il donne ensuite à titre d'aumône* aux indigents et aux pauvres du territoire sacré. La loi ne détermine point combien de denrées alimentaires chacun des gratifiés doit recevoir ; seulement il est bien entendu qu'on ne saurait leur donner l'argent. *Le délinquant qui ne peut s'en procurer, c'est-à-dire qui ne peut se procurer de denrées alimentaires, doit expier sa contravention par le jeûne à raison d'un jour pour chaque mudd.*

La loi distingue deux sortes de victimes. En premier lieu, il y a celles dues par suite d'un empêchement de continuer le pèlerinage ou la visite. On n'a pas besoin d'apporter ces victimes sur le territoire sacré, mais l'immolation s'en opère à l'endroit où la cause d'empêchement se manifeste. En second lieu, il y a les victimes dues pour la contravention que l'on commet en négligeant un acte obligatoire ou en faisant un acte défendu. Ces victimes doivent être immolées sur le territoire sacré, et c'est-à-elles que se rapportent les paroles de l'auteur : *Ni l'immolation, ni l'alimentation ne peuvent*

⁶⁰Voy. plus haut, page 293.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

légalement avoir lieu, si ce n'est sur le territoire sacré, règle à laquelle il faut encore ajouter que la chair de l'animal immolé doit être partagée au moins entre trois indigents ou pauvres. En revanche, on peut accomplir le jeûne qui remplace l'immolation, partout où l'on désire, soit sur le territoire sacré, soit ailleurs.

La prohibition de tuer sur le territoire sacré une pièce de gibier, s'étend à tout le monde ; seulement la doctrine la plus répandue nie la responsabilité de celui qui aurait commis cette contravention sous l'empire de quelque violence exercée contre lui, et de celui qui aurait perdu la raison après la prise de l'ihram. Il en est de même de la responsabilité pour la contravention que l'on commet en coupant un arbre, c'est-à-dire un arbre du territoire sacré. L'acte de couper un gros arbre s'expie par le sacrifice d'une vache, et celui de couper un arbre mince par le sacrifice d'une chā. La vache et la chāh doivent avoir les qualités requises pour servir de victimes. La loi ne permet pas non plus de couper ou d'arracher sur le territoire sacré une plante non semée ou cultivée par les hommes, mais sauvage. On peut couper seulement les herbes desséchées, quoiqu'il soit encore interdit de les arracher. Les Musulmans qui se trouvent dans leur état habituel, appelés en arabe les mohill ou halal, et les Musulmans en ihrām sont à cet égard, c'est-à-dire par rapport aux règles ci-dessus, sujets à la même loi. L'auteur, après avoir exposé le droit régissant les rapports avec le Créateur, ou, en d'autres termes, les devoirs religieux, passe au droit régissant les rapports existants entre les créatures. Il continue dans les termes suivants :

LIVRE VI.

Des prescriptions relatives aux ventes ou échanges et aux autres affaires pécuniaires, comme celles qui concernent les sociétés en commandite et les sociétés ordinaires.

Section 1.

Le contrat de vente ou échange s'appelle en arabe bai', au pluriel boyou'. Dans le langage ordinaire ce mot désigne l'échange d'une chose sans valeur légale, comme le vin. Quant à la signification du mot bai', comme terme de droit, on ne saurait la définir plus exactement qu'en disant que c'est, soit le transfert de la propriété d'un objet certain et déterminé, ayant une valeur légale, contre un équivalent et conformément aux préceptes de la loi, soit le transfert à perpétuité d'un usage licite, contre un prix constaté. Le mot « équivalent » exclut le prêt de consommation, et l'expression « conformément aux préceptes de la loi » exclut le lucre illicite, tandis que l'expression « usage licite » se rapporte à la vente d'un droit, comme celui de bâtir sur le terrain d'autrui. Le mot de « prix » fait ressortir la différence qui distingue la vente proprement dite du contrat de louage ; en effet le loyer ou le fermage ne sauraient se nommer « prix » tout court.

Les ventes sont de trois sortes : il y a

1. *la vente d'un objet certain et déterminé, vu par les deux parties contractantes, c'est-à-dire présent à l'endroit où se passe le contrat ; elle est licite, lorsqu'elle a été conclue dans les conditions requises par la loi. Ainsi l'objet de la vente doit être une chose pure, permettant un usage licite, et susceptible d'être légalement livré par le vendeur à l'acheteur, soit en vertu son propre droit de disposition, soit en vertu d'un mandat. Dans chaque vente, le consentement réciproque, c'est-à-dire l'offre et l'acceptation, est indispensable. L'offre se formule de la part du vendeur ou de son représentant au moyen des expressions « je vous vends », ou « je vous rends propriétaire, moyennant telle somme d'argent ». L'acceptation de la part de l'acheteur ou de son représentant s'exprime par les termes « j'achète », « j'accepte la propriété », etc. ; puis il y a*
2. *la vente d'une chose spécifiée dans le contrat, vente qui s'appelle ordinairement salam ou avance ; elle est licite au cas où la marchandise répond aux qualités stipulées, et où sont observées des formalités requises pour la validité du contrat de salam. Ces formalités, nous les exposerons plus loin, dans la Section suivante ; enfin il y a*
3. *la vente d'un objet certain et déterminé, absent, sans examen préalable de la part des deux parties contractantes ; elle n'est pas licite. En d'autres termes, la vente d'un tel objet ne saurait avoir lieu selon la loi. L'auteur en se servant, dans les phrases qui précèdent, du mot « licite », a voulu dire « valable » ; ensuite ses paroles « sans examen préalable » indiquent que l'objet n'a pas besoin d'être*

présent au moment du contrat, pourvu que les deux parties contractantes l'aient vu au préalable, et sous la réserve que l'objet ne soit pas de nature à changer, dans les circonstances ordinaires, dans l'intervalle de temps qui sépare l'examen et le contrat.

On peut légalement vendre tout objet pur dont on est propriétaire et qui a quelque utilité ; ces paroles, l'auteur les explique plus amplement encore par la phrase suivante : mais la loi ne reconnaît point pour valable la vente d'une chose impure, ou même d'une chose devenue impure, comme le vin et la graisse ou le vinaigre contaminés, et en général la vente de toutes choses devenues impures qu'on ne peut ramener à l'état primitif de pureté. L'auteur ajoute : ni celle, c'est-à-dire la loi n'admet point la vente, d'une chose sans utilité légale, comme un scorpion, une fourmi, ou une bête féroce qu'on ne peut utiliser.

Le lucre illicite s'appelle en araba ribā, à écrire avec un alif sans madda. Ce mot signifie, dans le langage ordinaire, toute augmentation ; mais, comme terme de droit, c'est l'échange d'un équivalent contre un autre, dont on n'est pas sûr qu'il ait précisément la même valeur légale, soit au moment du contrat, soit par suite de la stipulation d'un terme de délivrance. Ce délai peut se rapporter aux choses dues de part et d'autre, ou bien à celles dues par une des parties contractantes. *Le lucre est rigoureusement prohibé, mais seulement par rapport à l'or, à l'argent et aux denrées alimentaires.* On entend par « denrées alimentaires » les denrées destinées à être consommées par les hommes dans les circonstances ordinaires, soit comme nourriture principale, soit comme assaisonnements ou fruits, soit comme médicaments. Le profit obtenu par l'échange d'autres substances ne constitue jamais un lucre illicite. *On ne peut valablement échanger de l'or contre de l'or, et il en est de même de l'argent, c'est-à-dire qu'il est défendu d'échanger de l'argent contre de l'argent, indifféremment que cet or ou cet argent soient monnayés ou non, à moins que ce ne soit en quantités égales, c'est-à-dire valeur pour valeur.* L'échange où il y a un surplus de part ou d'autre est illégal relativement à ces métaux précieux, et en outre l'auteur nous apprend que l'échange en question doit toujours avoir lieu *au comptant*, c'est-à-dire sans que l'on stipule un terme de délivrance et de manière à ce que chacun des copermutants prenne séance tenante possession de ce qui lui est dû. La stipulation d'un délai rendrait le contrat illégal. *On ne peut légalement vendre un objet acheté par soi-même, avant d'en avoir pris possession ; l'acte de revendre l'objet au vendeur primitif et celui de le vendre à une tierce personne sont également prohibés.* L'auteur ajoute : *ni légalement échanger de la viande contre un animal, soit de la même nature que celui dont est provenue la viande, comme l'échange de viande de chāh⁶¹ contre une chā, soit d'une autre nature, du moins s'il s'agit d'un animal comestible.* C'est ce qui arriverait, par exemple, dans l'échange de viande de bœuf contre une chā. *En revanche, il est permis d'échanger de l'or contre de l'argent, en quantités inégales, pourvu que ce soit encore au comptant, c'est-à-dire sans stipuler de délai et sans différer la prise de possession réciproque au-delà du moment où les parties contractantes se sont séparées. Il en est de même des denrées alimentaires, que la loi*

⁶¹Voy. plus haut.

défend d'échanger contre des denrées alimentaires analogues, à moins que ce ne soit en quantités égales, au comptant, c'est-à-dire sans stipuler de délai et sans différer la prise de possession réciproque au-delà du moment où les parties contractantes se sont séparées. L'auteur continue : mais que l'on peut échanger contre des denrées alimentaires d'une autre nature, en quantités inégales, pourvu que ce soit au comptant, c'est-à-dire sans stipuler de délai et sans différer la prise de possession au-delà du moment où les parties contractantes se sont séparées. La séparation des parties ayant toute prise de possession entraîne la nullité du contrat ; mais par rapport à la séparation après une prise de possession partielle, il y a la même divergence d'opinions que par rapport à la résiliation partielle d'un contrat⁶². Enfin la loi n'admet point la vente d'un objet incertain ou qu'on n'a pas en son pouvoir, comme la vente d'un de ses esclaves, sans déterminer lequel, ou celle d'un oiseau dans l'air.

Les deux parties contractantes ont le droit d'option entre l'exécution et la résiliation d'un marché conclu ; ou, en d'autres termes, l'option dite « de la séance » leur est accordée par la loi dans toutes les espèces de ventes, le contrat de la salam compris, aussi longtemps qu'elles ne se sont pas encore séparées. C'est-à-dire que le droit d'option dure aussi longtemps que la coutume locale admet de les considérer comme restées ensemble. Il en résulte que le droit d'option dite « de la séance » est périmé, soit par le fait que les deux parties contractantes se sont séparées en quittant effectivement l'endroit où le marché a été conclu, soit par leur déclaration que le contrat aura tous ses effets. A supposer que l'une des deux parties contractantes ait énoncé sa volonté à cet égard, et que l'autre ne se soit pas déclarée immédiatement, c'est seulement la première qui perd son droit d'option, tandis que celui de l'autre reste intact.

Elles, c'est-à-dire les deux parties contractantes, ou bien l'une d'elles, pourvu que ce soit du consentement de l'autre, peuvent se réserver le droit d'option conventionnel dans toutes les espèces de ventes, pour un terme n'excédant pas trois jours, à commencer dès le moment de la convention, et non dès la séparation des parties contractantes. Un terme excédant amènerait la nullité du marché. Il en serait de même du terme de trois jours au moins, dans le cas où la marchandise serait de nature à se détériorer dans l'intervalle.

Lorsqu'après la prise de possession la marchandise paraît avoir des vices rédhibitoires ayant existé préalablement et affectant, soit la valeur, soit la substance elle-même de la marchandise en question, d'une manière incompatible avec le but légitime de l'acquisition, - tandis qu'il s'agit de vices ne tenant point à la nature de la marchandise, comme dans le cas où un esclave paraît être enclin à la débauche, au vol à désertion - dans ces circonstances, dis-je, l'acheteur a le droit de la rendre au vendeur ; c'est-à-dire de lui rendre la marchandise.

On ne peut légalement vendre des fruits, sans l'arbre et sans réserve, c'est-à-dire sans stipuler que l'acheteur devra les cueillir, à moins que ce ne soit après le commencement, c'est-à-dire après l'apparition des signes, de la maturité. Les premiers signes de maturité sont, pour les fruits qui ne changent pas de couleur, que le fruit en question ait obtenu les qualités pour lesquelles on le recherche dans les circonstances

⁶²C'est-à-dire que la plupart des savants admettent la validité de l'acte

ordinaires, comme la douceur de la canne à sucre, l'acidité de la grenade et le goût fade de la figue. Pour les fruits qui changent de couleur, la maturité commence au moment où ils deviennent rouges, noirs ou jaunes, comme les jujubes, les poires et les dattes. Avant l'apparition des premiers signes de la maturité, la vente des fruits, sans réserve, n'est point valable, aussi bien lorsque le vendeur est propriétaire de l'arbre que s'il est seulement propriétaire des fruits. La vente dont nous nous occupons ne peut pas avoir lieu sans la stipulation expresse que la cueillette sera à la charge de l'acheteur lors même que la coutume locale exigerait que l'acheteur y fût astreint sans clause spéciale. Il n'y a que les arbres coupés dont on puisse vendre les fruits sans stipuler que l'acheteur devra les cueillir dans un bref délai. Il est également illicite de vendre des semences vertes sur pied, à moins que ce ne soit sous la condition que l'acheteur devra les couper ou arracher, indifféremment que la récolte se vende avec le terrain ou séparément. Ce n'est qu'après que les grains ont durci qu'on peut vendre les semences sans réserve. En tout cas le vendeur de fruits ou de semences, avant l'apparition des signes de la maturité, doit continuer de les arroser suffisamment, mais il n'est plus responsable de la perte fortuite de la récolte ; cette règle se rapporte également au cas où le vendeur aurait délivré la récolte à l'acheteur et à celui où la délivrance n'aurait pas encore eu lieu.

On ne peut pas non plus légalement échanger, à l'état frais, de denrées soumises à la prohibition de lucre illicite, contre d'autres denrées de la même nature. L'auteur, en se servant de l'expression « à l'état frais », en arabe ratban, a voulu avertir le fidèle qu'en général, en cas de vente de denrées soumises à la prohibition de lucre illicite, il faut prendre en considération l'état définitif de ces denrées pour constater l'égalité des quantités respectives. Ainsi, on ne peut jamais échanger, par exemple, des raisins contre des raisins. L'auteur n'admet qu'une seule exception à la règle qu'il vient d'établir, exception qu'il formule en disant : *excepté le lait*, qui peut s'échanger valablement contre d'autre lait, même avant le caillage. Le mot de « lait » a ici un sens général, et comprend tout aussi bien le lait proprement dit, que le lait caillé, le lait écrémé ou le lait aigre. La quantité du lait doit se constater au moyen d'une mesure de capacité, de sorte qu'on peut légalement échanger du lait caillé contre une mesure égale de lait frais, lors même que le poids des deux liquides serait différent.

Section II.

Des prescriptions relatives au contrat de salam ou avance. Dans le langage ordinaire on appelle ce contrat non seulement salam, mais encore salaf ; c'est, comme terme de droit, la vente d'une chose spécifiée dans la convention, et, de même que la vente proprement dite, le salam ne se conclut que par le consentement réciproque de parties intéressées, manifesté par l'offre et l'acceptation. *Le salam ou avance peut se conclure, avec ou sans délai pour la délivrance de la marchandise*, et même, d'après la meilleure doctrine, si rien n'a été convenu à cet égard, la délivrance doit avoir lieu sur le champ. Le contrat peut seulement *se faire par rapport à ce qui*, c'est-à-dire la marchandise qui, *répond aux cinq conditions suivantes* : il faut

1. *que la marchandise promise soit précisée* par rapport aux qualités essentielles dont dépend le but de l'acquisition, de manière à ce que l'acheteur la connaisse suffisamment. On ne saurait stipuler des qualités dont il résulterait que la marchandise soit rare et par conséquent difficile à obtenir, comme des perles d'une énorme grandeur, une esclave avec sa sœur ou avec son enfant ; *puis* la loi exige par rapport à la marchandise
2. *qu'elle soit d'une nature simple*, d'où il s'ensuit que l'on ne saurait stipuler des marchandises composées dont chaque partie a sa destination particulière, sans que ce soit un tout, comme les mets appelés harīsa et ma'joun. Lorsqu'au contraire il s'agit de substances qui, bien que composées, n'ont qu'une seule destination déterminée, comme le fromage, on peut en faire l'objet du contrat de salam.
3. La troisième condition se trouve formulée par l'auteur dans les paroles : *et n'ait point subi une modification essentielle par l'effet du feu*, c'est-à-dire que le feu ne doit pas avoir été employé pour cuire la marchandise ou pour la faire rôtir ; mais rien ne s'oppose à ce que le feu ait été employé pour séparer ou pour purifier la marchandise, comme c'est le cas du miel ou du beurre ; *enfin* il faut
4. *qu'elle*, savoir la marchandise promise, *ne soit pas un objet certain et déterminé*, mais elle doit constituer une dette de la part de celui qui en reçoit la valeur. Dans le cas contraire, par exemple, quand on a dit : « je vous avance cette pièce d'étoffe pour l'esclave que voici », il n'y a pas contrat de salam, et, selon, la théorie la plus répandue, pas non plus vente ordinaire. L'auteur continue : *ni* – c'est ainsi qu'il formule la dernière condition –
5. *même* la marchandise ne saurait non plus être *une partie d'un objet certain et déterminé*, par exemple quand on dit : « je vous avance et déterminé, par exemple quand on dit : « je vous avance ce dirham pour un šā' du monceau de « blé que voici ».

Ensuite, pour qu'on puisse légalement prendre une avance sur une marchandise quelconque, il faut que celle-ci réponde à huit conditions. Quelques exemplaires du Précis portent : « le salam ou avance est valable lorsque la convention répond à huit conditions ».

1° L'auteur nous apprend quelle est la première des huit conditions dans la phrase suivante : *que non seulement la nature et l'espèce de la marchandise soient constatées, mais encore qu'elle soit spécifiée, par rapport aux qualités qui ont influence sur le prix.* Il faudra donc, s'il s'agit par exemple d'une avance à prendre sur un esclave, spécifier sa nationalité, et constater si c'est un esclave truc ou un esclave indien ; il faut constater encore le sexe, l'âge approximatif, la taille ; par exemple, si c'est un individu grand, petit ou moyen ; et la couleur ; par exemple, si c'est un esclave blanc. Dans le dernier cas on doit ajouter, s'il a le teint brun ou vermeil. Par rapport aux chameaux, au bétail à cornes, au menu bétail, aux chevaux, aux mulets et aux ânes, on doit indiquer le sexe, l'âge, la couleur et l'espèce ; par rapport aux oiseaux, l'espèce, la petitesse ou bien la grandeur du

corps, le sexe et l'âge, à supposer que l'âge soit connu. Quant aux étoffes, il faut en spécifier la nature, par exemple, s'il s'agit de coton, de toile ou de soie ; l'espèce, par exemple si c'est du coton du 'Irāq ; la longueur, la largeur, et enfin si c'est une étoffe grossière ou fine, si elle a peu ou beaucoup d'épaisseur, et si elle est molle ou rude. De ces exemples il résulte clairement ce qu'il faut définir par rapport à d'autres marchandises ; seulement, à moins d'indications contraires, les pièces d'étoffe promises sont censées être à l'état écru et non dégraissées ; *puis* il est nécessaire

2° *que la quantité de la marchandise soit indiquée d'une façon rendant impossible l'ignorance à cet égard*, ce qui veut dire que la quantité de la marchandise sur laquelle on donne une avance doit être connue, et déterminée, soit à la mesure de capacité, soit au poids, soit au nombre, soit à la mesure de longueur, selon les circonstances ;

3° la condition suivante est formulée par l'auteur ainsi qu'il suit, *puis, qu'en cas de salam à terme, on mentionne dans le contrat le moment de l'échéance*, c'est-à-dire le délai accordé au débiteur, par exemple, en disant : « tel mois », mais l'expression : « à l'arrivée de Zaid » ne suffirait point ; *puis* la loi exige

4° *que la marchandise sur laquelle on avance de l'argent soit d'une nature admettant qu'elle ne fera probablement pas défaut au moment où on pourra la réclamer*, c'est-à-dire au moment où on pourra en réclamer la livraison. Il résulte de cette prescription qu'on ne peut valablement donner une avance sur des marchandises qui, en circonstances ordinaires, n'existent pas au moment fixé pour l'échéance, par exemple, sur des dattes fraîches à délivrer en hiver ; *puis* il faut

5° *que l'endroit de la prise de possession soit indiqué*, ou plutôt le lieu de la délivrance, du moins si le salam se conclut, soit dans un endroit peu propre à ce que la délivrance s'y effectue, soit dans un endroit qui, tout en y étant propre, aurait pour conséquence un transport de la marchandise à grands frais, *puis* c'est une condition

6° *que la somme avancée soit connue* : on peut en mentionner le montant, ou bien la montrer à celui qui prend l'avance ; *puis* il est nécessaire

7° *que l'argent soit payé*, c'est-à-dire par celui qui donne l'avance à celui qui la reçoit, séance tenante et en tout cas *avant que les parties contractantes se séparent*. Leur séparation avant le paiement annulerait le contrat, tandis que par rapport au paiement partiel avant la séparation, il y a la même divergence d'opinion que relativement à la séparation des parties contractantes après une prise de possession partielle ; en cas de lucre illicite 63). Le paiement doit être fait réellement et par celui qui donne l'avance. On ne peut le remplacer par le transfert d'une créance sur une tierce personne, lors-même que celle-ci aurait payé en espèces séance tenante ; *enfin* il est de rigueur

8° *que le contrat de salam ne dépende pas d'une condition suspensive ou résolutoire et que l'on n'y ait pas stipulé l'option conventionnelle*. En revanche, l'option dite « de la séance » est admise de plein droit dans le salam.

⁶³⁾ Voy. Plus haut, page 317.

Section III.

Des prescriptions relatives au nantissement. Le nantissement s'appelle en arabe *shahn*, mot signifiant dans le langage ordinaire, « consolidation », mais, comme terme de droit, la convention par laquelle on destine un objet certain et déterminé, ayant une certaine valeur, à servir de garantie pour le paiement d'une dette, en cas d'insolvabilité du débiteur. Le nantissement ne s'effectue que par le consentement réciproque des parties intéressées, savoir par l'offre et l'acceptation ; il faudra donc que le débiteur et le créancier aient tous les deux la libre disposition de leurs biens. Quant à l'objet engagé, l'auteur le définit dans les termes suivants : *Tout ce qu'on peut vendre, on peut aussi l'engager pour des dettes personnelles, bien constatées*. Ainsi l'auteur, en se servant du mot « dettes », n'admet point le nantissement pour des droits réels, comme pour la revendication d'un objet usurpé ou emprunté, et les autres actions réelles ; et, en se servant du mot « constatées », il a exclu le nantissement pour les dettes dont l'existence est incertaine, comme la dette de celui qui a pris une avance sur des marchandises⁶⁴), ou le paiement du prix de vente pendant que dure le droit d'option.

Le débiteur peut révoquer le constat aussi longtemps que la prise de possession du gage n'a pas encore eu lieu de la part du créancier. Lorsqu'au contraire le créancier a pris possession de l'objet engagé, le nantissement est devenu irrévocable, à supposer naturellement que le débiteur eût le droit de le lui délivrer. Dans ces circonstances la révocation ne serait plus loisible de la part du débiteur.

Le gage est considéré comme un objet confié au créancier, et, par conséquent, le créancier est responsable de la perte ou de la détérioration du gage seulement au cas où il aurait quelque chose à se reprocher par rapport à la conversation. La perte fortuite du gage reste sans influence sur la dette. Lorsqu'en cas réclamation de la part du débiteur, le créancier allègue en justice la perte fortuite du gage, sans mentionner la cause de cette perte, la présomption est en faveur de la vérité de ses paroles, pourvu qu'il prête serment. En revanche, à supposer qu'il mentionne la cause de la perte et que cette cause soit un fait manifeste, il lui faudrait prouver son assertion ; il en serait de même s'il prétendait avoir restitué l'objet au débiteur.

Le paiement au créancier d'une partie de la somme due par le débiteur n'affecte, c'est-à-dire ne dissout, en aucune façon le nantissement. L'objet reste engagé jusqu'au paiement intégral, savoir le paiement de la dette contractée par le débiteur.

Section IV.

De l'interdiction des imbéciles et des faillis. *L'interdiction* signifie, dans le langage ordinaire, la défense, et comme terme de droit, la défense de disposer de ses biens ;

⁶⁴) Baijouri donne l'explication de cette règle, en nous faisant observer que le débiteur est libéré de son obligation si, à l'échéance, la marchandise fait défaut. Par conséquent son obligation de la délivrer est encore incertaine. Il va sans dire que le débiteur doit restituer dans ce cas l'argent reçu. Voy. plus haut, page 329.

mais elle n'a pas essentiellement rapport aux autres actes légaux, comme la répudiation. Un imbécile, par exemple, tout en étant interdit, peut répudier sa femme. L'auteur nous apprend que l'interdiction *existe par rapport à six catégories* de personnes : *les mineurs, les aliénés, les imbéciles*, ou, selon l'auteur, les individus *qui gaspillent leur fortune* ou, en d'autres termes, qui font des dépenses au hasard et sans but. La loi soumet aussi à l'interdiction *les faillis*, en arabe *mufliis*. Ce sont, dans le langage ordinaire, ceux qui ne possèdent que de la monnaie de cuivre (fals), et de là, par métonymie, ceux qui ne possèdent que peu de chose, ou même rien du tout ; tandis que, comme le remet de droit, le mot *mofliis* est employé pour les individus *qui sont accablés de dettes* et qui ne possèdent pas assez pour remplir leurs engagements, lors même qu'ils n'auraient qu'un seul créancier. L'interdiction existe encore de plein droit par rapport à *ceux qui sont en danger de mourir*, par suite d'une maladie ; mais les individus dans ce cas ne sont interdits que *relativement aux dispositions à titre gratuit qui excèdent le tiers de leurs biens*, savoir si l'aliénation excédant le tiers disponible, parce que les héritiers légitimaires ont droit aux deux tiers de la succession. Il est évident que cette prescription ne regarde que les dispositions qui ne portent pas préjudice aux droits des créanciers ; car, à supposer que le malade dût payer une dette épuisant sa succession entière, il ne pourrait disposer de rien à titre gratuit. L'auteur ajoute : *et les esclaves non habilités*. Ceux-ci sont également interdits de plein droit, et ne peuvent valablement disposer de rien sans l'autorisation de leur maître.

L'auteur passe sous silence les autres causes d'interdiction qu'on trouve dans les ouvrages de jurisprudence détaillés, par exemple l'interdiction des apostats en faveur des Musulmans, et celle des débiteurs par rapport aux objets engagés, en faveur de leurs créanciers.

Les actes d'un mineur, d'un aliéné et d'un imbécile n'ont aucune valeur. Ils sont des personnes qui ne peuvent valablement vendre, acheter, donner, ou faire un autre acte quelconque ayant des effets légaux. Seulement l'imbécile peut contracter mariage, du consentement de son curateur. *En revanche le failli peut, de son propre chef, prendre toutes sortes d'engagements, mais ses engagements restent à sa charge personnelle* ; il peut par exemple valablement prendre une avance sur des denrées alimentaires, etc., ou bien les acheter à crédit. *Il n'y a que les dispositions réelles relatives à la masse de ses biens dont il doit s'abstenir* comme illégales, et encore la faillite laisse intacts tous les droits de famille, comme le mariage, la répudiation ou le divorce moyennant un prix compensatoire. Cependant, par rapport au divorce, il faut savoir que la femme qui a fait faillite, ne peut pas offrir sur la masse le prix compensatoire, mais bien l'offrir à titre de dette restant à sa charge personnelle.

Les actes accomplis par un malade par rapport à ce qui excède le tiers disponible restent en suspens jusqu'à la décision des héritiers légitimaires. Dans le cas où ceux-ci approuvent les actes en question, ces actes ont tous leurs effets légaux, mais non dans le cas contraire. Les héritiers légitimaires ne peuvent donner leur décision pendant la maladie ; elle doit être *donnée plus tard*, c'est-à-dire après le décès. Quand un héritier, après avoir approuvé les actes en question, prétend avoir été dans l'idée qu'il s'agissait d'une somme minime, tandis que le contraire n'est parvenu à sa connaissance qu'après-coup, cet héritier a la présomption en faveur de ses paroles, pourvu qu'il prête

serment. *Enfin les actes d'un esclave non habilité restent à sa charge personnelle ; ce qui veut dire qu'il en est responsable après son affranchissement.* Quant à l'esclave habilité par son maître pour le commerce, il peut valablement faire tous les actes compris dans l'autorisation.

Section V.

De la transaction. Dans le langage ordinaire on appelle « transaction » tout acte par lequel on termine une contestation ; mais comme terme de droit, ce mot désigne le contrat ayant cet effet.

La loi admet la transaction, mais seulement en cas d'aveu de l'obligation et pourvu qu'il s'agisse d'une obligation pécuniaire dès l'origine, ou bien qu'il s'agisse d'une obligation qui l'est devenue, c'est-à-dire qui est devenue pécuniaire, tout en ayant une autre origine. Ainsi, celui qui peut exiger qu'un certain individu subisse la peine du talion a la faculté de lui en accorder rémission moyennant une somme d'argent, en disant qu'il veut entrer avec lui en « transaction », mais non en disant qu'il veut lui « vendre » son droit. Elle, c'est-à-dire la transaction, est de deux espèces : celle dite « de la libération » et celle dite « de l'équivalent ». La première transaction consiste dans la réduction de la créance, ou plutôt de la somme due, afin de recevoir au moins un paiement partiel. Or, quand au lieu de mille pièces de monnaie qu'on peut réclamer d'un certain individu ; on entre en transaction avec lui pour un montant de cinq cents, c'est en vérité comme si on lui avait proposé de lui abandonner cinq cents, pourvu qu'il paye cinq cents. Elle ne saurait légalement se conclure sous une, c'est-à-dire la transaction dite « de la libération » ne saurait dépendre d'une condition suspensive. Ainsi, par exemple, on ne peut contracter dans ces termes : « Au commencement de tel mois, j'aurai transigé avec vous, etc » 65). La seconde espèce de transaction consiste dans la substitution d'un autre objet à l'objet primitif de l'obligation ; par exemple, si quelqu'un réclame d'un autre telle maison ou telle partie d'une maison, et que, malgré l'aveu du débiteur, le demandeur consente à recevoir au lieu de la maison un autre objet certain et déterminé, comme une pièce d'étoffe. Elle, c'est-à-dire, la transaction qui nous occupe, est régie par les prescriptions relatives au contrat de vente ou d'échange, puisque, dans le cas cité, c'est comme si l'on avait dit : « Je vous donne la maison en échange contre la pièce d'étoffe ». D'où il suit qu'il faut observer les règles exposées plus haut, dans la Section I du présent Livre, par rapport à la rédition et à la défense de disposer de ce qu'on a stipulé, avant la prise de possession. La transaction qui consiste dans une simple remise partielle de l'objet de l'obligation est en réalité une donation de la partie de son droit qu'on abandonne ; par conséquent elle est encore régie par les prescriptions relatives à la donation, lesquelles prescriptions seront exposées dans une Section à part 66). Cette transaction s'appelle aussi celle « de la remise » et ne peut valablement se conclure dans les termes d'une vente ou échange

⁶⁵⁾ Dans le droit **islamique** le terme est une condition suspensive, parce qu'il a l'effet de suspendre l'engagement.

⁶⁶⁾ Voy. plus loin Section XXIV du présent Livre.

pour la portion abandonnée. On ne saurait donc dire : « Je vous donne ce que je puis réclamer, en échange contre telle portion que vous allez m'en payer ».

Section VI.

Il est permis à tout croyant de construire, c'est-à-dire d'avancer, un balcon, appelé en arabe rawchan ou janā. C'est une construction faite sur des poutres introduites dans le mur d'une maison et faisant saillie sur le, ou plutôt dans l'air au-dessus du chemin public, appelé encore « grand chemin ». L'auteur continue : à condition que le passage n'en soit pas entravé, c'est-à-dire par le balcon. Par conséquent le balcon doit être assez élevé pour qu'un homme ordinaire de grande taille puisse passer dessous en se tenant debout ; mais Māwardī prétend que ce n'est pas assez, et que l'homme en question doit pouvoir passer dessous en portant sur la tête un fardeau ordinaire 67). A supposer que le chemin public soit fréquenté par des cavaliers et des caravanes, le balcon doit être assez élevé pour que des chameaux, chargés d'une litière, les appuis du baldaquin y compris, puissent passer dessous. Quant aux infidèles, sujets d'un prince musulman, il leur est interdit de construire au-dessus du chemin public un balcon ou un passage abrité entre deux maisons, quoiqu'ils puissent librement se promener par le chemin en question.

La construction du balcon est interdite ; s'il s'agit, non d'un chemin public, mais d'une impasse, à moins que tous les copropriétaires n'y consentent ; c'est-à-dire les copropriétaires de l'impasse. On entend par « copropriétaires » ceux qui habitent des maisons dont les portes donnent dans l'impasse, mais non ceux dont les maisons n'y touchent que par des murs orbes. Du reste, chaque copropriétaire a le droit d'usage de l'impasse seulement pour la partie comprise entre le coin du chemin public et la porte de sa maison, et pas plus loin. Chaque copropriétaire peut remplacer la porte qui lui donne accès dans l'impasse par une autre située plus près du coin du chemin public ; mais il ne saurait la remplacer par une autre porte, située à une plus grande distance du coin, si ce n'est du consentement de tous les ayants-droit. En cas de refus de la part de ceux-ci, la loi ne permet point de construire la nouvelle porte à une plus grande distance du coin ; mais rien n'empêche les parties intéressées de terminer leur différend par une transaction moyennant une somme d'argent.

Section VII.

De la cession de créances. La cession d'une créance s'appelle en arabe ḥawāla, ou, selon quelques-uns, ḥiwāla. C'est, dans le langage ordinaire, un mot dérivé de la cinquième forme du verbe ḥāla, dans le sens de « être transporté » ; mais, comme terme de droit, c'est la délégation donnée par le cédant sur son débiteur.

⁶⁷⁾ Voy. plus haut, page 187 n.2. Dans son livre al-Ahkām as-Soltāniya, Chap. XVI, Māwardī ne parle pas de cette règle.

Il y a quatre conditions pour la validité de la cession : savoir

1° *le consentement du cédant*, c'est-à-dire de celui contre lequel la cessionnaire a une réclamation ; tandis que le consentement du débiteur délégué n'est pas nécessaire, du moins selon la meilleure doctrine. La cession d'une créance qui n'existe pas réellement n'est point valable ; *puis la loi exige*

2° *l'acception de la part du cessionnaire*, c'est-à-dire de celui qui a une réclamation contre le cédant ; *puis il faut*

3° *que la créance cédée soit bien établie*. L'auteur fait cette restriction sur l'exemple de ar-Rāfi'ī ; mais An-Nawawī dans la Rawḍa a corrigé ar-Rāfi'ī, et, selon lui, il est seulement nécessaire que la dette transférée soit obligatoire, ou du moins qu'elle le devienne par suite de la cession 68) ; *enfin il est de rigueur*

4° *que l'obligation*, c'est-à-dire la dette, *du cédant, soit identique à celle de son débiteur délégué, par rapport à la nature, à la quantité et à l'espèce de la chose due, par rapport à l'échéance, et par rapport au terme du paiement, voire par rapport à la bonne ou à la mauvaise qualité de la chose due.*

Elle, c'est-à-dire la cession, *a pour effet de libérer le cédant*, c'est-à-dire envers le cessionnaire, et en outre le débiteur délégué est libéré envers son créancier primitif. Le cessionnaire est subrogé à jamais dans les droits du cédant, et, lors même que le cessionnaire ne pourrait pas faire valoir ses droits contre le débiteur délégué, par suite de l'insolvabilité ou de la faillite de celui-ci, ou bien par une autre cause quelconque, il ne saurait avoir recours contre le cédant. Cela va si loin que, dans le cas où le débiteur serait déjà déclaré failli au moment de la cession, le cessionnaire, qui ignorait cette circonstance, serait encore privé de son recours contre le cédant.

Section VIII.

Du cautionnement. Le cautionnement s'appelle en arabe ḍamān. C'est, dans le langage ordinaire, un infinitif du verbe ḍamina « garantir ». On peut dire : « Je garantis une chose », quand on s'en déclare responsable ; mais, comme terme de droit, le mot de ḍamān (cautionnement) signifie l'acte de prendre à sa charge l'obligation pécuniaire d'un autre. Il est de rigueur que celui qui se porte caution soit capable de disposer de ses biens. *Le cautionnement n'est valable que par rapport à des dettes bien établies et dont on connaît le montant*. La restriction que la dette doit être bien établie rend douteuse la validité du cautionnement pour le don nuptial avant la consommation du mariage, parce que l'on ne peut dire que c'est une dette établie. C'est pourquoi ar-Rāfi'ī et An-Nawawī, ne voulant pas laisser douteuse la validité du cautionnement dans ces circonstances, exigent seulement que la dette soit constatée et obligatoire 69). En se servant de l'expression : « dont on connaît le montant », l'auteur a voulu implicitement interdire le cautionnement relatif à une dette inconnue. Il nie plus loin en termes

⁶⁸⁾) Voy. plus haut, p.49, n.l, et Minhāj at-Tālibīn, II, p. 36

⁶⁹⁾ Voy. Minhāj at-Tālibīn, II, p. 41.

explicites la validité de ce cautionnement.

L'ayant-droit, c'est-à-dire le créancier, peut discuter à son choix la caution ou le cautionné, savoir le débiteur primitif. Quelques exemplaires du Précis ajoutent : « à supposer que le cautionnement répond aux conditions ci-dessus » ; mais cette phrase manque dans la plupart des manuscrits. En revanche, tous les manuscrits ont la phrase suivante : mais la caution qui a payé la dette peut avoir recours contre le cautionné, sous cette condition formulée par l'auteur : en cas que le cautionnement et le paiement, c'est-à-dire l'un et l'autre, aient eu lieu du consentement de celui-ci, c'est-à-dire du cautionné. Ensuite l'auteur revient à ses paroles antérieures : « dont on connaît le montant », et les explique comme suit : Enfin une dette inconnue n'est point susceptible de cautionnement ; par exemple, on ne peut pas se porter caution en ces termes : « Vendez cet objet à un tel, et je suis caution pour le prix qu'il vous offrira ». L'auteur ajoute : et il en est de même du cautionnement pour le paiement d'une dette qui n'existe pas encore, comme le cautionnement relatif à cent pièces de monnaie dont Zaid deviendra redevable, à moins qu'il ne s'agisse des conséquences indirectes, c'est-à-dire d'un cautionnement relatif aux conséquences indirectes, d'une vente. Ainsi on peut se rendre caution envers l'acheteur pour la restitution du prix, en cas d'éviction dans la marchandise, ou envers le vendeur pour la restitution de la marchandise, en cas d'éviction dans les valeurs données à titre de prix.

Section IX.

Du cautionnement relatif, non au paiement, mais à la personne. Ce cautionnement personnel s'appelle en arabe kafālat al-wajh (cautionnement pour le visage du débiteur), ou kafālat al-badan (cautionnement pour la personne du débiteur). La dernière expression a été employée par l'auteur dans la phrase : *Le cautionnement pour la personne est permis au cas où il s'agit de la comparution d'un individu contre lequel, c'est-à-dire contre la personne duquel, on réclame l'application d'une peine encourue envers des hommes*, comme la peine du talion ou la peine définie dont le crime de diffamation est menacé. En disant que la peine doit avoir été encourue envers les hommes, l'auteur a voulu exclure le cautionnement personnel par rapport aux peines courues envers Dieu, l'Être Suprême. Or on ne saurait se rendre valablement caution pour la comparution d'un individu accusé d'un crime entraînant une peine envers Dieu, l'Être Suprême, comme le vol, l'abus des boissons, ou la fornication. La caution a satisfait à son engagement, s'il amène l'accusé à l'endroit indiqué et le met à la disposition de la partie lésée ; mais non pas s'il amène l'accusé à l'endroit voulu sans qu'il soit à la disposition de la partie lésée.

Section X.

Du contrat de société. Ce contrat s'appelle en arabe charika, mot signifiant, dans

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

le langage courant, « mélange », mais comme terme de droit, la convention en vertu de laquelle deux personnes ou plus acquièrent un droit commun sur une chose unique.

Il y a cinq conditions pour la validité du contrat de société : il est de rigueur

1° *qu'il, c'est-à-dire le contrat de société, ait rapport à de la monnaie, c'est-à-dire à des pièces de métal frappées, soit d'argent, soit d'or.* Même le contrat peut se rapporter à des pièces altérées, dans le cas où elles auraient conservé leurs cours dans la localité ; mais les fonds sociaux ne sauraient valablement pas se composer de morceaux d'or ou d'argent à l'état brut, ni de parures, ni de lingots. Il faut ajouter que les fonds sociaux peuvent en outre valablement se composer d'autres choses fongibles, comme du froment, mais jamais de marchandises non fongibles, comme des habites, etc. ; *puis la loi prescrit*

2° *que les choses apportées de part et d'autre soient de la même nature et de la même espèce.* Ainsi l'un des associés ne peut pas apporter de l'or et l'autre des pièces de monnaie d'argent, ni l'un des pièces intactes et l'autre des pièces cassées, ni l'un du froment blanc et l'autre du froment rouge ; *puis c'est une condition nécessaire*

3° *que les apports soient mêlés ensemble, de sorte que l'on ne puisse plus distinguer ce qui appartient à chaque associé ; puis il faut*

4° *que chacun des associés accorde à l'autre l'autorisation de disposer des fonds sociaux, sous la réserve tacite que nul associé ne peut disposer des fonds sociaux d'une manière essentiellement désavantageuse.* Ainsi aucun associé ne peut de son propre chef vendre, ni à crédit, ni pour une autre monnaie que celle qui a cours légal dans la localité. Il reste personnellement responsable s'il s'est laissé prendre à quelque fraude grossière, et il ne peut pas non plus emporter en voyage les biens de la société sans l'autorisation de son associé. Les actes d'un associé qui dépassent les limites de son pouvoir ne sauraient porter préjudice aux intérêts de l'autre. Quant à savoir si les actes de cette nature restent à sa charge personnelle, il y a la même divergence d'opinions que relativement à la séparation des parties contractantes après une prise de possession partielle, en cas de lucre illicite⁷⁰⁾ ; *enfin la loi exige*

5° *que les gains et la perte soient partagés en proportion de l'apport de chaque associé, savoir avoir égard à la valeur de l'activité déployée par l'un ou l'autre dans la gestion.* Une stipulation réglant un partage des bénéfices différent serait illégale.

Le contrat de société est révocable de part et d'autre.

La loi admet, par conséquent, que chacun des associés peut renoncer à la société quand il le désire ; mais alors il ne pourra plus disposer des fonds sociaux. La mort d'un associé, et même sa démence ou son évanouissement, est encore une cause de dissolution par rapport au contrat de société.

⁷⁰⁾ Voy. plus haut, page 317, n.2.

Section XI

Des prescriptions relatives au mandat appelé en arabe wakāla ou wikāla. Ces deux mots signifient, dans le langage ordinaire, l'acte de déléguer une affaire à quelqu'un, mais, comme terme de droit, la convention par laquelle on confie à un autre l'accomplissement d'une action qu'on avait le droit de faire en personne, quand cette action est de nature à admettre l'accomplissement par un autre, le tout dans l'idée que l'accomplissement aura lieu du vivant de celui qui se fait remplacer. Cette dernière restriction est nécessaire pour distinguer le mandataire de l'exécuteur testamentaire. L'auteur nous fait connaître le principe qui régit le mandat, dans les paroles suivantes : *Tout ce qu'on peut faire en personne, on peut aussi le faire accomplir par un autre ou s'en charger pour le compte d'un autre.* Les mineurs et les aliénés sont incapables de donner ou d'accepter un mandat. L'acte à accomplir ne saurait être essentiellement personnel ; c'est pourquoi les devoirs religieux, même ceux qui sont matériels, n'admettent point l'accomplissement par un mandataire, excepté par exemple le pèlerinage et la distribution du produit des prélèvements. Quant à l'objet du mandat, il doit être la propriété ou le droit acquis du mandant ; par conséquent le mandat de vendre un esclave dont on va devenir propriétaire, ou de répudier une femme que l'on va épouser, serait frappé de nullité.

Le mandat est une convention révocable de part et d'autre. La loi admet, par conséquent, que chacune des parties contractantes, c'est-à-dire le mandant aussi bien que le mandataire, peut y renoncer quand il le désire, et de plus le contrat est dissous de plein droit par la mort, la démence ou l'évanouissement, soit du mandant, soit du mandataire. Ce dernier est considéré par la loi comme dépositaire, par rapport à sa responsabilité. Quelques exemples du Précis ajoutent : « pour les valeurs qu'il a reçues ou payées », mais ces paroles manquent dans la plupart des exemplaires. *Par conséquent cette responsabilité du mandataire est limitée au cas de faute grave dans l'exécution du mandat. On met au nombre des cas de faute grave la délivrance d'un objet vendu avant d'en avoir touché le prix.*

Il est interdit au mandataire dont le mandat a été conçu en termes généraux de vendre ou d'acheter pour le compte de son constituant, à moins que ce ne soit sous les trois conditions suivantes : savoir

1° *que la vente ait lieu pour un prix raisonnable.* Le mandataire ne saurait vendre à un prix inférieur, et il doit avoir soin de ne pas se laisser prendre à quelque fraude grossière, c'est-à-dire à une fraude dont une personne ordinaire n'est que rarement dupe ; puis il faut

2° *que la vente ait lieu pour un prix raisonnable, payable au comptant.* Le mandataire ne saurait de son propre chef vendre à crédit, lors même que ce serait pour un prix raisonnable ; et enfin il faut

3° *que la vente ait lieu pour des pièces de monnaie ayant cours légal dans la localité.* A supposer qu'il y ait dans la localité deux espèces de monnaie ayant cours légal, le mandataire doit stipuler dans celle qui est la plus répandue, et, en cas d'égalité à cet

égard, dans celle qui est la plus avantageuse à son constituant. Ce n'est que dans le cas d'égalité à tous les égards, que la stipulation d'une certaine espèce de monnaie est indifférente, quoique jamais le mandataire ne puisse accepter de la monnaie de cuivre, lors même que celle-ci aurait cours légal tout aussi bien que la monnaie d'or ou d'argent.

Il est encore interdit au fondé de pouvoir qui a été chargé de la vente d'un objet dans des termes généraux, de vendre à soi-même pour le compte de son constituant ou de vendre à son enfant en bas-âge. La vente à son enfant en bas-âge⁷¹⁾ est illicite, lors même que le mandant aurait accordé cette faculté dans les termes explicites, du moins c'est l'opinion de Motawallī⁷²⁾, tandis que Baḡawī⁷³⁾ soutient le contraire. Selon la meilleure doctrine, le mandataire peut légalement vendre à son père ou autre ascendant et à son fils ou autre descendant majeur, à la seule condition qu'il ne s'agisse pas d'un individu frappé d'imbécillité ou de démence⁷⁴⁾, et tout le monde est d'accord sur la validité de la vente qui nous occupe, dans le cas où le pouvoir aurait été donné dans des termes explicites. L'aveu du mandataire pour le compte du mandant n'est point admissible, et même celui qui est fondé de pouvoir pour soutenir en justice la cause du mandant ne peut pas faire un aveu relatif au procès, ni renoncer à la réclamation, ni entrer en transaction, si ce n'est en vertu d'une autorisation spéciale. Ces derniers mots manquent dans quelques exemplaires du Précis ; il est vrai que la meilleure doctrine rejette entièrement la validité du mandat par rapport à l'aveu.

Section XII

Des prescriptions relatives à l'aveu. L'aveu s'appelle en arabe iqrār, mot signifiant, dans le langage ordinaire, la consolidation de quoi que ce soit, mais comme terme de droit, la déclaration qu'un autre a un droit contre celui qui fait l'aveu. Il résulte de cette définition que le témoignage n'est point un aveu, parce que c'est la déclaration qu'un autre a un droit contre une tierce personne. *L'objet de l'aveu est de deux catégories* : en premier lieu, l'aveu peut avoir pour objet le droit de Dieu, l'Être Suprême -, comme les peines menacées contre le vol et la fornication, et, en second lieu, il peut avoir pour objet le droit des hommes, comme la peine édictée contre diffamation. *L'aveu relatif à un droit de Dieu, l'Être Suprême, est susceptible de rétractation.* Par exemple, celui qui vient de s'avouer coupable du crime de fornication peut retracer son aveu et déclarer avoir menti en s'accusant. En cas de fornication, la sunna prescrit même ce procédé ; *mais s'il s'agit d'un aveu relatif au droit des hommes, la rétractation n'est pas admise.* La différence s'explique par le fait que les réclamations de Dieu, l'Être Suprême, ont de leur nature un caractère d'indulgence, au lieu que celles des hommes entre eux ont un caractère rigoureux.

⁷¹⁾ C'est-à-dire dont on est le représentant légitime.

⁷²⁾ Voy. plus haut, page 181, n. 1.

⁷³⁾ Muḥammad Hossin ibn Mas'oud al-Farrā al-Baḡawī, mort l'an 510 ou 516 de l'Hégire. Son commentaire sur le Coran est encore très répandu. Voy. H. H. II, p. 356 et V, p. 611.

⁷⁴⁾ C'est-à-dire dont il serait le curateur.

Il y a trois conditions pour la validité de l'aveu : savoir

1° *qu'on soit majeur*. L'aveu d'un mineur est sans conséquence, lors même qu'il s'agirait d'un homme touchant à sa majorité, ou d'un aveu autorisé par le tuteur, *puis* la loi prescrit

2° *qu'on soit doué de raison*. L'aveu d'un aliéné ne serait pas valable, et il en est de même d'un individu évanoui ou ayant perdu temporairement la raison par une autre cause excusable. Lorsqu'au contraire la perte temporaire de sa raison lui est imputable, l'aveu reste en son entier. C'est le cas de l'aveu d'un individu en état d'ivresse ; *enfin* il faut

3° *qu'on ait l'aveu de son plein gré*. Or l'aveu fait sous l'empire de quelque violence n'est point valable, pour peu que la violence l'ait déterminé.

S'il s'agit d'un aveu ayant des conséquences pécuniaires, il y a une quatrième condition : l'intelligence. Cela veut dire que celui qui avoue doit être assez intelligent pour avoir la libre disposition de ses biens. L'auteur ne parlant que d'un aveu qui a des conséquences pécuniaires, a voulu exclure les autres aveux, comme celui relatif à la répudiation, à l'assimilation injurieuse, etc., ces aveux n'exigeant point que celui qui les fait soit assez intelligent pour administrer ses biens. Ils sont valables, même de la part d'un imbécile.

L'aveu fait par quelqu'un, par rapport à une chose inconnue, par exemple un aveu conçu dans ces termes : « Je dois à un tel quelque chose », doit être référé, l'auteur parle au passif, au débiteur, c'est-à-dire à celui qui l'a fait, afin d'obtenir une explication, c'est-à-dire au sujet de ce qu'il avait en vue. Alors il faut se contenter de tout ce que le débiteur déclare avoir eu en vue, à la seule condition que ce soit un objet de quelque valeur et susceptible du droit de propriété, par exemple une obole. Même selon la meilleure doctrine, il faudrait se contenter dans ces circonstances d'un objet sans aucune valeur, si cet objet appartient à une catégorie qui en a, par exemple un grain de froment, voire au cas où cet objet n'appartienne pas à une telle catégorie, mais où l'acquisition matérielle en soit permise, comme la peau d'un animal mort de sa mort naturelle, un chien dressé, ou de l'engrais. Au cas où il refuse de donner une explication de l'aveu référé, le débiteur doit être mis en prison jusqu'à ce qu'il donne l'explication nécessaire, et au cas où il décède avant d'avoir expliqué l'aveu, l'obligation en est dévolue à son héritier. Dans ces circonstances la succession entière reste en suspens jusqu'à ce que l'explication ait été donnée.

*On peut valablement ajouter à l'aveu une clause exceptionnelle, pourvu qu'elle soit énoncée en combinaison avec l'aveu, c'est-à-dire pourvu que la clause succède immédiatement aux paroles dans lesquelles l'aveu est conçu. L'aveu et la clause exceptionnelle ne sauraient être séparés, ni par un long silence, ni par des paroles étrangères à l'acte dont il s'agit. Seul un silence de peu de durée, par exemple, pour prendre haleine, est sans conséquence. La clause exceptionnelle ne saurait être de nature à rendre l'aveu illusoire : ainsi on ne peut dire : « Je dois à Zaid dix moins dix ». L'auteur continue : *et enfin il, c'est-à-dire l'aveu, est aussi valable fait sur le lit de mort que fait pendant qu'on jouit d'une bonne santé*. Cela va si loin que l'aveu fait en pleine*

santé, en faveur de Zaid, ne donne à celui-ci aucune préférence, au cas où dans sa dernière maladie le débiteur ait avoué que le même objet est dû à 'Amr. Il faudra donc partager l'objet entre les deux ayants-droit.

Section XIII.

Des prescriptions relatives au commodat, appelé en arabe 'ārīya et non 'āriya, selon la meilleure doctrine. Le mot est dérivé du verbe 'āra. On se sert de ce verbe quand un objet est sorti de la possession de quelqu'un ; mais, comme terme de droit, le mot 'ārīya signifie en vérité « commodat », savoir la faculté accordée à quelqu'un par un propriétaire pouvant disposer de ses biens à titre gratuit, de faire usage d'un objet qui lui appartient. L'usage doit être licite selon la loi, et en même temps l'objet doit être de nature à ne pas se consumer par l'usage, le tout à la condition que l'objet sera restitué plus tard à celui qui l'a cédé à titre gratuit. Il est de rigueur que le prêteur puisse céder l'usage de l'objet comme propriétaire. Or les mineurs et les aliénés, ne pouvant légalement disposer de leurs biens à titre gratuit, ne peuvent pas non plus prêter, et il en est de même de celui qui, tout en pouvant matériellement céder l'usage, ne peut le faire en vertu de son droit de propriété, comme l'emprunteur, qui à son tour ne saurait prêter à un autre l'objet emprunté par lui, à moins que le propriétaire ne l'y ait autorisé. L'auteur pose le principe qui régit l'objet du contrat dans la phrase suivante : *Tout objet dont on peut faire usage, c'est-à-dire un usage licite, sans le consumer, est susceptible du commodat.* Par suite du mot « licite », les objets servant au jeu sont exclus du commodat ; et, par suite de l'expression « sans le consumer », le commodat ne saurait avoir pour objet une bougie dans le but de la brûler. L'auteur a encore précisé le caractère de l'usage, en disant : *pourvu que le profit qu'on en retire soit inhérent à l'objet lui-même.* Il en résulte que le profit qu'on retire de l'objet emprunté ne saurait avoir une existence indépendante : l'emprunt d'une chāh⁷⁵) pour en avoir le lait, celui d'un arbre pour en accueillir les fruits, etc. ne seraient donc points valables. Dans ces circonstances toutefois l'illégalité du commodat peut être évitée par une stipulation additionnelle par rapport au profit : ainsi l'on peut dire : « Prenez cette chā, je vous permets de vous approprier le lait et les petits ».

Le commodat peut se conclure sans réserve, c'est-à-dire sans stipuler un terme pour la restitution, ou bien à terme fixe, par exemple : « Je vous prête cet habit pour un mois ». Quelques exemplaires du Précis portent : « Le commodat peut se conclure sans réserve ou bien on peut le limiter à une certaine durée de temps ». Toutefois la stipulation d'un terme n'empêche pas que le prêteur ne puisse réclamer l'objet en tout temps. L'objet du commodat, en cas de perte par suite d'un usage incompatible avec la nature ou avec la convention, est à la charge de l'emprunteur, qui doit, à titre de dommages et intérêts, la valeur au jour de la perte. L'emprunteur ne serait donc point redevable de la valeur que l'objet représentait au jour de la prise de possession, et encore moins de la haute valeur que l'objet avait eue pendant qu'il en était détenteur.

⁷⁵) Voy. plus haut, page 229.

En revanche, l'emprunteur n'est pas responsable de la perte amenée par l'usage ordinaire ou convenu de l'objet, par exemple lorsqu'un habit emprunté pour le porter s'est râpé ou usé.

Section XIV.

Des prescriptions relatives à l'usurpation. Dans le langage ordinaire on entend par ce mot l'acte de s'emparer injustement et publiquement d'une chose appartenant à un autre ; mais comme terme de droit, c'est l'acte d'empiéter de mauvaise foi sur les droits d'un autre. La coutume locale décide ce qu'il faut entendre par « empiéter ». Le mot « droit » implique qu'on peut se rendre coupable d'usurpation, même par rapport à des choses qui n'ont pas de valeur légale, comme la peau d'un animal mort de sa mort naturelle, avant le tannage ; et enfin l'expression « de mauvaise foi » a été ajoutée à la définition pour écarter l'idée que l'on serait usurpateur en s'emparant de la propriété d'un autre en vertu d'une convention. *Celui qui vient d'usurper la propriété d'autrui doit, c'est-à-dire l'usurpateur doit, la restituer au propriétaire, lors même que cette restitution, par des circonstances imprévues, entraînerait des frais s'élevant jusqu'à plus que le double de la valeur de l'objet usurpé.* L'auteur ajoute : *et en outre il lui faut payer des dommages et intérêts pour la détérioration, s'il y a lieu, par exemple, si l'usurpateur a porté l'habit dont il vient de s'emparer, ou même si cet habit s'est détérioré sans qu'il l'ait porté. De plus il lui faut payer une indemnité raisonnable en guise de bail ou de loyer pour l'usage qu'il en a eu.* Quant à la dissimulation de la valeur de l'objet usurpé par suite de la baisse des prix, la bonne doctrine n'en tient pas l'usurpateur responsable. Quelques exemplaires du Précis portent : « Celui qui vient d'usurper la propriété d'un homme est forcé de la restituer, etc. » *En cas de perte de l'objet usurpé, la responsabilité de l'usurpateur exige qu'il remplace l'objet par un autre semblable, à supposer qu'il s'agisse de choses usurpées fongibles.* La meilleure doctrine considère comme choses fongibles tout ce qui se détermine à la mesure ou au poids, et sur quoi l'on peut légalement prendre une avance, comme le cuivre ou le coton, mais non le parfum appelé gāliya, ni la substance alimentaire appelée ma'joun. Ensuite l'auteur passe à la responsabilité en cas de perte de choses non-fongibles, en disant : *ou bien la responsabilité de l'emprunteur exige qu'il paye la valeur de l'objet, à supposer qu'il n'existe point d'objet semblable, parce que l'objet n'est pas du nombre des choses fongibles. Il se peut aussi que la valeur de l'objet ait varié pendant la période d'usurpation. Dans le dernier cas, l'usurpateur doit payer la plus haute valeur que l'objet a eue depuis le jour de l'usurpation jusqu'à celui de la perte.* La valeur se constate dans la monnaie ayant cours légal dans la localité ; s'il y a dans la localité deux espèces de monnaie ayant également cours légal, ar-Rāfi'ī 76) prétend que c'est le juge qui indique de laquelle des deux il faut se servir.

⁷⁶⁾ Voy. plus haut, n. 1.

Section XV.

Des prescriptions relatives au droit de préemption ou de retrait. Ce droit s'appelle en arabe *chofa*, ou, selon quelques savants *chofo'a*. Dans le langage ordinaire ce mot signifie l'action de joindre ou de réunir ; mais, comme terme de droit, c'est la faculté accordée par la loi au copropriétaire primitif d'évincer un nouveau copropriétaire, en vertu de son droit de copropriété, et à condition de lui restituer le prix payé pour l'acquisition. Le droit de préemption a été introduit dans la loi pour écarter le préjudice résultant d'un partage de la propriété. *Le droit de préemption est seulement applicable, c'est-à-dire il a été établi en faveur du copropriétaire primitif, en cas de communauté, c'est-à-dire de propriété indivise, mais non en cas de communauté d'intérêts résultant du voisinage.* Or le voisin ne peut jamais faire valoir le droit en question, lors même qu'il occuperait une maison contigüe. Le droit de préemption existe seulement *sous condition qu'il s'agisse d'une propriété divisible, c'est-à-dire admettant le partage, et non d'une chose indivisible.* Ainsi on ne peut faire valoir le droit qui nous occupe, dans le cas de copropriété sur un bassin creusé, de petites dimensions, mais bien si le bassin est assez grand pour qu'au besoin on puisse en faire deux. *C'est encore une condition essentielle pour le droit de préemption qu'il s'agisse d'un immeuble, pourvu que ce ne soit pas un terrain immobilisé ou grevé d'un bail perpétuel.* Par conséquent, on peut faire valoir ce droit s'il s'agit, *par exemple, d'un héritage, etc.*, tout aussi bien par rapport au sol que par rapport aux constructions, aux arbres et aux plantes qui s'y trouvent à titre d'accession. Le copropriétaire ne saurait s'emparer immédiatement de la portion indivise vendue. *Le droit de préemption ne saurait s'exercer à moins que le préempteur ne restitue à l'acheteur primitif le prix que celui-ci vient de payer.* Dans le cas où le prix consisterait en choses fongibles, comme des grains ou de la monnaie, le copropriétaire doit restituer à l'acheteur des choses de la même qualité, en quantité égale ; mais dans le cas où celui-ci aurait donné en guise de prix une chose non-fongible, comme un esclave ou un habit, le copropriétaire lui doit la valeur que l'objet représentait le jour de la vente. *Il, c'est-à-dire le droit de préemption, ou plutôt l'exercice de ce droit, est limité à un bref délai, d'où il s'ensuit que le copropriétaire qui vient d'apprendre la vente d'une portion indivise de l'immeuble doit se hâter de faire valoir sa réclamation.* Cependant il a satisfait aux termes de la loi s'il a fait preuve de diligence ordinaire ; il n'a pas besoin de se hâter, comme il le ferait dans des circonstances extraordinaires, par exemple en cas de poursuite par un ennemi, etc. Le principe qui régit cette matière peut se formuler ainsi : tout ce qu'on peut considérer comme un retard dans l'exercice du droit de préemption suffit pour le faire périmer ; mais s'il n'y a pas de retard imputable, le droit de préemption reste intact. *Le délai prolongé dans l'exercice du droit de préemption entraîne la perte, dans tous les cas où l'on aurait été physiquement capable de le faire valoir.* Dans le cas contraire, par exemple en cas de maladie, d'absence, d'emprisonnement ou même de peur de s'exposer à la poursuite d'un ennemi, le copropriétaire doit constituer un mandataire pour agir à sa place, et, s'il n'en trouve pas, il lui faut appeler des témoins, et énoncer de leur présence son intention de faire valoir le droit de préemption. Car, même en cas d'empêchement personnel, ce droit est irréparablement perdu quand on a négligé, bien

qu'on y fût apte, soit de constituer un mandataire, soit de faire constater son intention par devant témoins. Ceci est la théorie la plus répandue. Si le copropriétaire qui nous occupe déclare ne pas avoir su que le droit de préemption doit s'exercer dans un bref délai, il y a préemption en faveur de la vérité de ses paroles, pourvu qu'il prête serment, et pourvu qu'il s'agisse d'un individu dont l'ignorance est plausible.

La portion indivise d'un immeuble, transférée par quelqu'un à titre de don nuptial, est sujette au droit de préemption comme si elle était vendue ; mais alors l'indemnité à payer à la femme par le préempteur est le don nuptial proportionnel que la femme en question aurait pu réclamer.

Enfin, en cas de pluralité de copropriétaires faisant valoir leur droit de préemption, chacun doit l'exercer en proportion de sa part dans la propriété. Supposons, par exemple, que l'un est propriétaire de la moitié, le deuxième du tiers, et le troisième du sixième d'un immeuble, et que le premier vende sa portion, alors les deux autres peuvent seulement exercer le droit de préemption dans la proportion de deux tiers et d'un tiers.

Section XVI.

Des prescriptions relatives à la société en commandite. Cette espèce d'association s'appelle en arabe qirād, mot dérivé du verbe qaraḍa « couper ». Comme terme de droit, qirād désigne la convention en vertu de laquelle un associé commanditaire fournit à son associé gérant un capital que celui-ci devra rendre productif, afin que le profit soit partagé entre les deux. *Il y a quatre conditions pour la validité de la société en commandite* : savoir

1° *que les fonds fournis consistent en pièces, c'est-à-dire en monnaie, d'argent ou d'or purs. On ne peut pas fournir légalement en qualité de fonds sociaux, ni des pièces altérées, ni enfin des marchandises, ce dernier terme comprenant aussi la monnaie de cuivre ; puis il faut*

2° *que le bailleur de fonds autorise l'associé gérant à disposer du capital, autorisation qui doit être conçue en termes généraux. Le bailleur de fonds ne saurait limiter la gestion de son associé, par exemple, en lui enjoignant de ne rien acheter sans l'avoir préalablement consulté, ou de n'acheter que du froment blanc. L'auteur poursuit l'idée qui lui a inspiré tout à l'heure l'expression « en termes généraux », en disant : ou bien en termes qui, tout en étant limités, ont cependant rapport à quelque chose, c'est-à-dire à un genre de commerce, qui, dans les circonstances ordinaires, ne cesse pas d'exister. Ainsi l'autorisation limitée à l'achat d'objets rares ; comme des chevaux bariolés, serait illégale, puis la loi exige*

3° *qu'il lui accorde, c'est-à-dire que le bailleur de fonds accorde à l'associé gérant, une portion connue des bénéfices, comme la moitié ou le tiers. Par conséquent, la convention serait illégale dans le cas où le bailleur de fonds aurait stipulé que l'associé gérant aura « une partie des » ou « une part aux bénéfices », sans indiquer laquelle, mais non pas dans le cas où il aurait stipulé : « Le gain sera commun entre nous » ;*

alors chaque associé peut en réclamer la moitié ; *enfin* il est de rigueur

4° *que l'association en commandite ne soit pas faite pour un certain temps*, par exemple, pour une année, et qu'elle ne dépende point d'une condition suspensive, par exemple dans ces termes : « Nous allons nous associer au commencement du mois prochain ».

Les fonds fournis sont un dépôt. *Il est donc admis que l'associé gérant est seulement responsable du capital en cas de faute grave* dans sa gestion. Quelques exemplaires du Précis portent : « en cas de faute grave de sa « part ». *Si les affaires faites avec les fonds fournis ont donné d'un côté du gain, mais d'un autre de la perte, le gain consiste seulement en ce qui reste, les pertes déduites.* En dernier lieu, il faut savoir qu'une société en commandite est une convention révocable de part et d'autre. Le bailleur de fonds et l'associé gérant peuvent tous les deux y renoncer quand bon leur semble.

Section XVII.

Des prescriptions relatives au bail à ferme, appelé en arabe mosāqā. Ce mot est dérivé du verbe saqā « abreuver », et désigne, comme terme de droit, la convention par laquelle on confie une plantation de palmiers ou de vignes, afin qu'il se charge de l'arrosage et de la culture, moyennant une part connue des fruits. *Le bail à ferme est un contrat qui ne peut avoir pour objet que deux espèces d'arbres, savoir des palmiers et des vignes.* Conclue par rapport à d'autres arbres, comme des figuiers ou des abricotiers, la convention serait illicite. Au reste, le bail à ferme ne peut se conclure que par une personne jouissant de ses biens, ou, en cas de minorité ou de démence du propriétaire, par son tuteur ou curateur, du moins si l'intérêt du mineur ou de l'aliéné l'exige. La convention peut se formuler dans les termes : « Je vous charge de l'arrosage de ces palmiers moyennant « telle rémunération », « Je vous les cède, afin que vous en « preniez soin », etc. ; mais il faut que l'offre soit suivie de l'acceptation de la part du fermier.

Il, c'est-à-dire le bail à ferme, n'est valable que sous deux conditions :

1° *que le propriétaire en ait stipulé la durée précise*, par exemple ; que le bail durera une année lunaire ; mais, d'après la meilleure doctrine, la stipulation « jusqu'à ce que les fruits arrivent à maturité » ne suffirait point. L'auteur continue : *et*

2° *qu'il, savoir le propriétaire, ait déterminé proportionnellement la part du fermier dans les fruits*, par exemple, en lui accordant la moitié ou le tiers. On peut encore stipuler : « Les fruits que Dieu donnera seront communs entre nous » ; alors on est censé en avoir accordé la moitié au fermier, et s'en être réservé l'autre moitié.

Il y a deux sortes de travail dans la plantation : savoir

1° *le travail utile aux fruits*, comme l'arrosage des palmiers et la fécondation des fleurs par l'introduction de la spathe du palmier mâle dans la fleur femelle. L'auteur

ajoute : *lequel est à la charge du fermier ; et puis*

2° *le travail utile au sol*, comme la construction d'une roue à godets, et le creusement de conduits d'eau. L'auteur ajoute : *lequel est à la charge du propriétaire*. Même il est interdit à celui-ci de stipuler que le fermier se chargera de quelque travail étranger à la culture, comme le creusement d'un nouveau canal. En revanche, il est de rigueur que ce soit le fermier seul qui fasse le travail de la culture, et le propriétaire ne saurait lui imposer la participation de son esclave à cet effet.

Le bail à ferme est un contrat non susceptible de révocation unilatérale, et, en cas d'éviction des fruits, par exemple, à cause d'une disposition testamentaire de la part du propriétaire, le fermier peut toujours exiger que celui-ci ou ses héritiers lui payent un salaire raisonnable pour son travail.

Section XVIII.

Des prescriptions relatives au contrat de louage. En arabe ce contrat s'appelle communément *ijāra*, quoique, selon quelques-uns, on doit dire *ujāra*. Dans le langage ordinaire *ijāra* a la même signification que *ujra*, savoir « loyer », « salaire » ; mais, comme terme de droit, le mot *ijāra* désigne la convention par laquelle on cède à quelqu'un l'usage connu, utile, transmissible et légalement susceptible de cession, d'un objet, moyennant un équivalent connu. Les deux parties contractantes doivent être capables d'administrer leurs biens, et ne pas avoir fait la convention sous l'empire de quelque violence. En disant dans la phrase précédente que l'usage doit être « connu », nous avons voulu constater la différence entre les contrats de louage et les devis et marchés ; le mot « utile » empêche de louer une pomme pour son odeur seule, et le mot « transmissible » exclut les faveurs d'une femme. Or le contrat ayant pour objet le droit sur les faveurs d'une femme, ne s'appelle point un contrat de louage. Enfin l'expression « légalement susceptible de cession » s'oppose à ce que l'on cède pour de l'argent le droit de cohabiter avec ses esclaves femmes ; le mot « équivalent » fait ressortir la différence entre le contrat de louage et le commodat, et le mot « connu » celle entre le contrat de louage et le bail à ferme.

Le contrat de louage exige qu'il y ait une offre, formulée par exemple dans les paroles : « Je vous loue », et une acceptation, formulée par exemple dans les paroles : « Je prends ». L'auteur nous fait connaître le principe qui régit l'objet du contrat, dans la phrase suivante : *Toute chose dont on peut faire usage sans la consumer*, comme une maison, qu'on peut habiter, ou un animal, qu'on peut monter, *est susceptible d'un louage valable*, mais aucune chose se consumant par l'usage ne l'est... Cependant la validité du contrat de louage est encore limitée par l'auteur par une autre condition, qu'il formule ainsi qu'il suit : *pourvu que la durée du louage soit déterminée, ou par la stipulation d'un terme*, par exemple : « Je vous loue cette maison pour une année », *ou par la nature du travail*, par exemple : « Je vous prends à mon service pour coudre l'habit que voici ». Le loyer ou le salaire est dû de plein droit par suite de contrat. *A défaut de stipulation spéciale, l'obligation de payer de loyer ou le salaire est pure et*

simple ; mais lorsqu'un terme de paiement a été stipulé dans le contrat, ce terme doit être observé fidèlement. Il résulte de là que le loyer ou le salaire doit se payer alors au terme convenu. *Le contrat de louage n'est point annulé par la mort d'une des parties intéressées, c'est-à-dire soit de celui qui fournit l'usage de son bien ou de ses services, soit de celui qui les prend.* Même la convention ne serait pas annulée en cas de mort des deux parties contractantes ; mais elle resterait en son entier jusqu'au terme stipulé, et le droit sur l'usage de l'objet du contrat serait dévolu à l'héritier du preneur. L'auteur continue : *mais il, savoir le contrat de louage, est annulé par la perte de l'objet, comme l'écroulement d'une maison ou la mort d'un animal, supposé qu'il s'agisse d'un animal certain et déterminé.* En tout cas la nullité du contrat, que nous avons en vue, ne concerne que l'exécution dans l'avenir, et ne regarde aucunement le passé. Or, selon la théorie la plus répandue, l'exécution qui a déjà eu lieu conserve tous ses effets légaux, et le preneur est obligé de payer une fraction du loyer convenu. Pour déterminer cette fraction il faut d'abord constater le montant du loyer raisonnable en cas d'exécution complète du contrat et le montant du loyer raisonnable pour le temps écoulé, après quoi on observe la même proportion entre l'indemnité due pour l'usage que le preneur a eu, et le loyer convenu pour toute la durée du bail. Il est bien entendu que ce qui précède a été écrit dans la supposition que le preneur ait non seulement pris possession de l'objet, mais encore qu'il en ait eu la jouissance durant une période suffisante pour que cette jouissance représente quelque valeur. Car si ces deux conditions font défaut, la nullité du contrat de louage, par suite de la perte de l'objet, se rapporte tout aussi bien au passé qu'à l'avenir. Nous venons de limiter encore la nullité par suite de perte au cas où il s'agirait du louage d'un animal « certain et déterminé » ; dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'objet du contrat était un animal qui n'était pas individuellement désigné, et que cet animal meure pendant la durée de la convention, celle-ci reste intacte et le bailleur doit sans contredit remplacer l'animal mort par un autre. Enfin il faut savoir que le preneur possède l'objet à titre de dépôt. *Le preneur est par conséquent seulement responsable de l'objet en cas de faute grave commise pendant l'usage, par exemple, s'il a battu l'animal qu'il vient de louer plus que d'habitude, ou s'il l'a fait monter par une autre personne, plus lourde que lui-même.*

Section XIX.

Des prescriptions relatives aux devis et aux marchés. Cette convention s'appelle en arabe ja'āla, ji'āla ou ju'āla, mots signifiant **s**, dans le langage ordinaire, tout ce qu'on donne à un autre pour le travail qu'il va faire ; mais, comme terme de droit, c'est le contrat par lequel un individu, ayant la libre disposition de ses biens, promet de donner une récompense connue à un autre individu, déterminé ou non, pour un travail, soit déterminé, soit inconnu. *Les devis et les marchés sont révocables de part et d'autre, savoir tout aussi bien de la part du maître que de la part de l'entrepreneur.* *Un exemple de cette convention est la promesse faite par quelqu'un de donner une récompense connue pour l'acte de ramener un animal égaré.* Celui qui fait la promesse doit avoir la libre disposition de ses biens, et la promesse elle-même peut se formuler dans les

termes : « Quiconque me ramènera mon animal égaré, je lui donnerai tant ». *En cas d'accomplissement l'entrepreneur qui vient de ramener l'animal peut réclamer la récompense promise.*

Section XX.

Des prescriptions relatives au contrat de mohābara, c'est-à-dire à la convention par laquelle on se charge de la culture du champ d'un autre, moyennant une portion de la récolte, et sous la promesse de fournir la semence. *Il est interdit à tout individu de céder son champ à un autre sous la condition que celui-ci le cultivera à ses frais, moyennant une portion connue de la récolte, quoique An-Nawawī adopte l'opinion d'Ibn al-Mondair* ⁷⁷, selon qui, il vaut mieux accepter la validité du contrat de mohābarah⁷⁸, de même que la validité du contrat de mozāra'a. On entend par mozāra'a la convention par laquelle on se charge de la culture du champ d'un autre, moyennant une portion de la récolte, sous la réserve que le propriétaire devra fournir la semence. *Lorsqu'au contraire le propriétaire a cédé au cultivateur l'usage du terrain à cultiver, pour une certaine somme d'or ou d'argent, ou bien s'il a stipulé une certaine quantité de denrées alimentaires, sans les spécialiser, il y a une convention parfaitement licite.* En outre le contrat de mozāra'a est licite au cas où c'est un accessoire du bail à ferme, savoir dans le cas où le propriétaire aurait cédé au fermier une plantation, grande ou petite, de palmiers, à la condition que celui-ci prenne soin des arbres et cultive les morceaux du terrain où il n'y en a point.

Section XXI.

Des prescriptions relatives au défrichement des terrains déserts, ou, comme on dit en arabe, « morts » (mawāt). Selon ar-Rāfiʿī, dans son ouvrage intitulé aṣ-Ṣarḥ aṣ-Ṣaḡīr⁷⁹, l'expression « terrains déserts » signifie tout terrain qui n'a pas de propriétaire et n'est utilisé par personne. *Le défrichement n'est licite que sous deux conditions : savoir*

1° *que le défricheur soit Musulman.* Même la sunna prescrit aux fidèles de défricher autant que possible des terrains « morts », sans distinguer s'ils ont ou s'ils n'ont pas obtenu l'autorisation préalable du Souverain. Cependant, O Dieu ! Il faut que ce soit un terrain désert sur lequel personne ne puisse faire valoir de droits. A supposer, par exemple, que ce soit un terrain qui, tout en étant désert, ait été réservé par le Souverain pour servir de pâturage public, le défrichement n'en constituerait point une

⁷⁷Voy. Plus haut, page 9 n.1. Abu Bakr Muḥammad Ibn Ibrāhīm an-Nīsabourī, surnommé Ibn al-Mondair, mourut l'a 309 ou 318 de l'Hégire. Sur ses ouvrages voy. Hājjī Ĥālīta, op. Cit. I, p. 196, 318, 377, 385, 494 ; II, 336, 350, 500 ; V. 33.

⁷⁸Dans le Minhāj at-Tālibīn (II, p. 144) Nawawī enseigne précisément le contraire.

⁷⁹Voy. Plus haut, page 49 n. 1 et 89 n. 1.

appropriation légale, à moins qu'on n'eût obtenu une autorisation préalable de sa part. Ceci est la doctrine réputée la meilleure. Quant aux infidèles, soit sujets d'un prince musulman, soit alliés, soit résidant parmi nous en vertu d'un sauf-conduit, le défrichement leur est interdit, lors même que le Souverain les y aurait autorisés. L'auteur continue : *et puis*

2° *que le terrain ne soit pas la propriété d'un Musulman* ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, que le terrain soit libre. Les paroles de l'auteur nous apprennent que les terrains inoccupés, mais qui se sont autrefois trouvés en culture ou couverts de bâtiments, restent aux propriétaires primitifs ou à leurs ayants-droit, sans distinction entre les Musulmans et les infidèles soumis, à la seule condition que les propriétaires soient encore connus. Ces terrains, personne ne peut se les approprier en les défrichant. Lorsqu'au contraire les propriétaires sont inconnus, il faut distinguer entre le cas où la culture etc. serait postérieure à la conversion du pays à l'Islamisme, et celui où elle y serait antérieure. Dans le premier cas, les terrains en question se présentent sous l'aspect de choses perdues, ce qui veut dire que le Souverain peut, à son choix, les laisser dans l'état où ils se trouvent, ou bien les vendre et en verser le prix dans le trésor, comme un dépôt. Dans le second cas, ce sont des terrains qu'on peut s'approprier par le défrichement, comme ceux qui n'ont jamais été occupés.

Le défrichement consiste en ce que la coutume locale admet de considérer comme une mise en culture ou en une construction, et, par conséquent, il diffère selon le but qu'on s'est proposé. Quand il s'agit d'un défrichement dans le but de bâtir une habitation, il faut que le terrain soit entouré d'une clôture construite, suivant ce que la coutume locale exige, de briques, de pierres de taille ou de roseaux. En outre il est de rigueur qu'une partie du terrain soit couverte d'un toit et que l'on ait érigé une porte. Lorsqu'on veut construire un enclos pour les bestiaux, il suffit d'entourer le terrain d'une clôture ; mais la loi n'exige pas que cette clôture ressemble à celle qu'il faut ériger si l'on construit une maison, ni qu'une partie du terrain soit couverte d'un toit. S'il s'agit d'un champ à défricher, on doit avoir enlever le sable de tous les côtés, et avoir égalisé le sol en aplanissant les élévations et en comblant les creux. Les ouvrages nécessaires pour l'irrigation consistent dans l'acte de faire une rigole qui amène sur le terrain l'eau d'un **puits**, ou dans celui de creuser un conduit pour l'eau d'une rivière ou d'une source ; mais, au cas où les pluies ordinaires constitueraient une irrigation suffisante, la bonne théorie n'exige point des travaux d'irrigation pour que le terrain puisse être considéré comme mis en culture. S'il s'agit d'un jardin, il faut que le sable soit enlevé, que le terrain soit entouré de tous côtés d'un mur ou d'une haie, si telle est la coutume locale, et, selon notre rite, qu'on y ait planté des arbres.

Il nous faut encore avertir le lecteur qu'en général on n'est pas obligé de partager l'eau dont on est propriétaire, avec quelqu'un d'autre qui en a besoin pour abreuver ses bestiaux. *On est seulement obligé de partager l'eau avec une autre personne au cas où les trois conditions suivantes existent ensemble* : il faut

1° *qu'il s'agisse d'eau dont on n'ait pas besoin* ; c'est-à-dire dire que le propriétaire a en plus de ses besoins. Dans le cas contraire, le propriétaire a le droit de s'en servir le premier, sans être obligé de céder le liquide à quelqu'un d'autre ; *puis* il faut

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

2° que l'autre personne en ait besoin, ou pour se désaltérer, ou pour abreuver ses bestiaux. Il est bien entendu que la règle relative aux bestiaux a été établie dans la supposition qu'il s'agit de pâturages où les bestiaux ne peuvent rester sans qu'on leur donne à boire. On n'est jamais obligé de partager l'eau dont on est propriétaire avec une autre personne qui désire en arroser son champ ou sa plantation ; et enfin il faut

3° qu'il s'agisse d'eau qui se trouve dans un réservoir naturel, c'est-à-dire de ce qui est resté dans un **puits** ou dans une source. Car s'il s'agit de l'eau qu'on a dans un vase, la bonne théorie n'admet point qu'on puisse être obligé de la partager avec un autre, dans quelques circonstances que ce soit.

On a satisfait aux termes de la loi, qui prescrit de partager l'eau avec un autre, dans le but d'abreuver les bestiaux de celui-ci, lorsqu'on a ouvert aux bestiaux l'approche du **puits**, sous la réserve qu'ils puissent y venir sans causer de dommage aux champs en culture ou aux propres bestiaux du propriétaire de l'eau. Ce cas se présentant, on a toujours le droit de refuser l'accès du puits, et le pâtre doit venir y puiser l'eau pour la porter ensuite à ses bestiaux. C'est du moins l'opinion de Māwardī 80.

La bonne doctrine s'oppose à ce qu'on exige une indemnité pour l'eau qu'on est obligé de donner à une autre personne en vertu des règles ci-dessus.

Section XXII.

Des prescriptions relatives à l'immobilisation ou fondation, appelée en arabe waqf. Dans le langage ordinaire ce mot signifie l'acte d'arrêter ou de retenir, mais, comme terme de droit, il désigne l'acte par lequel on immobilise une chose certaine et déterminée, laquelle, de sa nature, est susceptible de transfert et ne se consume pas par l'usage. Par suite de l'immobilisation la chose cesse d'être dans le commerce, et est transférée à Dieu, l'Être Suprême, à titre de bonne œuvre et pour Lui être agréable. Il est de rigueur que le fondateur soit capable de déclarer sa volonté et qu'il puisse disposer de ses biens à titre gratuit.

L'immobilisation est licite sous trois conditions. Quelques exemplaires du Précis portent : « L'immobilisation est licite, et il y a trois conditions pour la validité de cet acte », savoir

1° que l'objet en soit de nature à ne pas se consumer par l'usage, et en outre l'usage de l'objet doit être permis et utile. On ne saurait donc immobiliser des objets servant au jeu, ni des monnaies d'argent devant servir d'ornements. Toutefois la loi n'exige pas qu'on puisse faire usage de l'objet à l'instant même, et rien ne s'oppose, par exemple, à l'immobilisation d'un petit esclave ou d'un poulain. Seules les choses d'une existence passagère, comme les aliments ou les plantes odoriférantes coupées, ne peuvent pas être valablement immobilisées ; puis il faut

⁸⁰Voy. Al-Ahkâm as-Soltânîya, page 320 et plus haut p. 187 n. 2.

2° que l'acte d'immobiliser soit fait en faveur d'une ou de plusieurs personnes existantes et que ces personnes aient des successeurs perpétuels. Par conséquent on ne peut pas faire une fondation en faveur de l'enfant qu'on aura, mais qu'on n'a pas encore, et subsidiairement en faveur des pauvres. Une telle immobilisation s'appelle une fondation sans usufruitier primaire, et ce serait une fondation, non seulement sans usufruitier primaire, mais encore sans usufruitier définitif, dans le cas où la clause : « et subsidiairement en faveur des pauvres » aurait fait défaut. La condition posée par l'auteur que les usufruitiers primaires doivent avoir des successeurs perpétuels, sert à nier la validité d'une fondation sans usufruitier définitif, pouvant un jour s'éteindre faute d'ayants-droit. Une telle fondation, par exemple conçue dans les termes : « J'immobilise l'objet que voici, en faveur de Zaid et subsidiairement en faveur de sa postérité », sans désignation d'usufruitiers au cas où la race de Zaid s'éteindrait, – une telle fondation, dis-je, peut s'envisager de deux manières ; on peut la considérer comme nulle de la même manière que les fondations sans usufruitier primaire, et c'est l'opinion embrassée par l'auteur. Cependant l'opinion préférable à mon avis est d'admettre la validité de la fondation qui nous occupe ; *enfin* il faut

3° que l'acte d'immobiliser n'ait pas de tendance défendue. Le mot arabe employé ici pour « défendue » est mahẓūr et non mahḍūr ; il a la même signification que le mot ordinaire muḥarrām. On ne peut donc faire une fondation valable pour l'entretien d'une église destinée au culte chrétien.

Il résulte des paroles de l'auteur que le but de la fondation n'a pas besoin d'être un but manifestement pieux ; la loi exige seulement que le but ne soit pas illicite, sans demander s'il est visible par l'immobilisation même que le but en est agréable à Dieu, par exemple s'il s'agit d'une fondation en faveur des pauvres, ou bien si le mérite du but n'est pas apparent, par exemple, s'il s'agit d'une fondation en faveur des riches.

L'immobilisation ne saurait être limitée à un terme, comme l'immobilisation d'un certain objet pour une année ; elle ne peut pas non plus dépendre d'une condition suspensive, comme celle formulée dans les paroles : « Au commencement du mois prochain, j'aurai fait telle fondation ». Elle, c'est-à-dire l'immobilisation, est régie par les dispositions que le fondateur a faites en la créant, soit qu'il ait indiqué les personnes qui en profiteront en premier lieu et avant les autres, par exemple en disant : « Je fais une fondation en faveur de mes enfants et, en premier lieu, en faveur de celui d'entre eux qui vivra le plus dans la crainte de Dieu », soit qu'il ait indiqué celles qui en profiteront en dernier lieu, par exemple en disant : « Je fais une fondation en faveur de mes enfants et, après leur décès, ce sont leurs enfants qui seront appelés », soit qu'il ait ordonné que tous les usufruitiers auront des portions égales, par exemple, en disant : « Je fais une fondation en faveur de mes enfants, sans distinguer entre les hommes et les femmes », soit enfin qu'il ait ordonné un partage inégal entre ses enfants, par exemple en disant : « Je fais une fondation en faveur de mes enfants, mais chacun de mes fils aura deux fois plus que chacun de mes filles ».

Section XXIII.

Des prescriptions relatives à la donation. La donation s'appelle en arabe hiba, mot dérivé du verbe habba, dont l'infinitif est hubūb, et qui signifie, dans le langage ordinaire, « souffler », en parlant du vent. Il se peut aussi que le mot hiba soit dérivé du verbe habba dans le sens de « se réveiller » de son sommeil, parce que celui qui fait une donation se réveille en quelque sorte à la bienfaisance⁸¹. Comme terme de droit, le mot hiba signifie le transfert de propriété, immédiat et sans réserve, d'un objet certain et déterminé, du vivant de l'ayant-droit, et à titre gratuit, lors même qu'il s'agirait d'un transfert à une personne de condition sociale supérieure. Le mot « immédiat » indique la différence entre la donation et la disposition testamentaire ; les mots : « sans réserve » servent à écarter la donation à terme ; les mots : « objet certain et déterminé », à écarter la donation de choses incorporelles, et les mots « du vivant de l'ayant-droit », à constater encore une fois la différence entre la donation et la disposition testamentaire. La donation n'est pas valable à moins qu'il n'y ait eu une offre et une acceptation formelles.

L'auteur nous apprend le principe qui régit l'objet de la donation, en disant : *Tout ce qu'on peut vendre est encore susceptible de donation* ; mais tout ce qui n'est pas susceptible d'être vendu, comme une chose inconnue, ne saurait être l'objet d'une donation. Seulement s'il s'agit d'objets d'une valeur minime, comme deux grains de froment, etc., la donation en est permise, quoique la vente ne le soit pas. La propriété de l'objet n'est pas acquise par le seul effet de la convention, *mais la donation est révocable jusqu'à la prise de possession* de la part du donataire, du consentement du donateur. La convention n'est point invalidée par la mort préalable de l'un ou de l'autre, mais leurs héritiers respectifs sont subrogés dans leurs droits par rapport à la prise de possession et à la livraison. *Après la prise de possession par le donataire le donateur ne peut plus révoquer la donation, à moins qu'il ne soit son père ou autre ascendant.*

Le droit d'habitation viagère accordé à quelqu'un *sur un objet*, c'est-à-dire sur une maison, etc., se formule, par exemple, dans les paroles : « Je désire que vous habitiez viagèrement cette maison », et *le droit d'usufruit viager* d'une maison se formule, par exemple, dans les paroles : « Je vous accorde l'usufruit viager de cette maison », ou « Je vous en fais la donation viagère », c'est-à-dire : « en cas de votre prédécès, elle retournera à moi, et, dans le cas du mien, elle sera à vous irrévocablement ». Lorsque ces paroles sont suivies de l'acceptation et de la prise de possession, elles *confèrent* sur l'objet *à l'habitant ou à l'usufruitier un titre irrévocable*. L'habitant ou l'usufruitier qui ont été favorisés des libéralités qui nous occupent, ont acquis un droit *qui passe à leurs héritiers après leur décès*. Quant à la condition résolutoire formulée par le mot « viager », elle est considérée comme non avenue.

⁸¹Il va sans dire que ceci est l'étymologie d'Ibn Qâsim et non la mienne.

Section XXIV.

Des prescriptions relatives aux objets trouvés. Un objet trouvé par hasard s'appelle en arabe luqata plutôt que luqta. C'est, comme terme de droit, tout objet perdu par le propriétaire, soit que celui-ci l'ait laissé tomber, soit qu'il l'ait oublié, etc. *Quand on trouve*, sans qu'il importe si l'on est majeur ou non, Musulman ou non, ou même d'inconduite notoire ou non, *un objet perdu dans un terrain désert ou sur le chemin public, on a la faculté de le ramasser ou de le laisser ;* mais il ne faut pas oublier que *l'acte de ramasser l'objet en question est préférable* à celui de le laisser là où il est, *dans le cas où il s'agirait d'un individu qui, en ramassant l'objet, aurait la conviction que l'objet sera en sûreté auprès de lui.* Toutefois on n'est jamais responsable de la perte de l'objet, lorsqu'on n'a pas voulu le ramasser.

On n'a pas besoin d'appeler des témoins pour constater qu'on vient de ramasser un objet trouvé, ni quand on désire s'approprier l'objet, ni quand on a seulement l'intention de le garder comme un dépôt. Si l'objet a été trouvé par une personne d'inconduite notoire, le juge ne saurait le laisser entre les mains de celle-ci. Il doit déposer l'objet auprès d'une personne irréprochable, et de même il ne saurait s'en remettre aux annonces faites par une personne d'inconduite notoire, relativement à l'objet trouvé ; mais il lui fait adjoindre à la personne en question une autre qui soit irréprochable, pour la surveiller et pour empêcher toute fraude de sa part. Quant aux mineurs, c'est leur tuteur qui doit retirer de leurs mains l'objet trouvé et l'annoncer au public, après quoi il peut se l'approprier pour le compte de son pupille, s'il lui paraît que ce sera avantageux pour celui-ci.

En ramassant l'objet trouvé, on, c'est-à-dire celui qui l'a trouvé, est obligé d'en examiner, savoir de l'objet en question, après l'acte de le ramasser, six choses : le sac, par exemple si l'objet se trouve dans un sac de cuir ou d'étoffe ; l'emballage, c'est à-peu-près la même chose que le sac ; les liens, en arabe wikā, avec un madd, c'est tout ce qui sert à lier un paquet ; la nature, par exemple si c'est un objet d'or ou d'argent ; le nombre et le poids. Le mot arabe que nous venons de traduire par « examiner » est la première forme du verbe ʿarafa. L'auteur ajoute : *et en outre on est obligé de le garder rigoureusement d'une façon convenable. Enfin, après tout ceci, dans le cas où l'on voudrait, c'est-à-dire dans le cas où celui qui a trouvé l'objet voudrait, se l'approprier, il faut l'annoncer.* L'auteur se sert ici de la deuxième forme du verbe ʿarafa et continue : *durant une année, aux portes des mosquées, au moment où les fidèles sortent de l'édifice après avoir assisté à la prière en assemblée, et à l'endroit où l'objet a été trouvé.* Il faut faire aussi les annonces sur les marchés et aux autres lieux de réunion, aux heures et à la place indiquées par la coutume locale. L'année que l'auteur a en vue ne commence qu'à la première annonce, et non au moment où l'objet a été trouvé ; mais il n'est pas nécessaire que les annonces remplissent tout cet espace de temps. On a satisfait aux termes de la loi en annonçant l'objet d'abord deux fois par jour, savoir le matin et le soir, mais les annonces faites la nuit ou pendant la sieste ne comptent pas. Après que les annonces journalières ont duré quelque temps, il suffit de les répéter une ou deux fois par semaine. Elles doivent contenir une description sommaire de l'objet

trouvé ; si la description n'est pas conforme à la vérité, celui qui fait les annonces est responsable des conséquences. Les frais des annonces ne sont pas à la charge de celui qui a ramassé l'objet dans la seule intention de le garder pour le propriétaire ; le juge doit alors subvenir aux frais des annonces, soit en les portant à la charge du trésor public, soit en faisant un emprunt à cet effet à la charge du propriétaire. Les frais des annonces doivent au contraire être payés par celui qui a trouvé l'objet, s'il l'a ramassé dans l'intention de se l'approprier ; car, dans ces circonstances, les annonces constituent une obligation de sa part, tout aussi bien si l'appropriation a lieu en effet, que dans le cas contraire. Quant aux objets trouvés qui n'ont que peu de valeur, on n'a pas besoin de les annoncer durant une année entière ; mais il suffit que les annonces aient duré un temps assez long pour faire supposer que celui qui a perdu l'objet a renoncé à le réclamer, dans des circonstances ordinaires.

Si le propriétaire ne se présente point après les annonces, celui qui a trouvé l'objet a le droit de se l'approprier provisoirement et sous sa propre responsabilité pour la perte ou la détérioration. L'appropriation n'a pas lieu de plein droit, par le seul fait de l'expiration de l'année réglementaire ; mais la loi exige une déclaration formelle, par exemple : « Je m'approprie cet objet trouvé ». Si le propriétaire primitif se présente après l'appropriation provisoire dont nous venons de parler, il peut faire valoir ses droits, mais il faut distinguer divers cas. Quand l'objet trouvé existe encore et que les parties intéressées sont d'accord qu'il sera, soit restitué en nature, soit remplacé par un équivalent, l'affaire est facile. En cas de contestation, c'est-à-dire si le propriétaire réclame la restitution en nature, tandis que le détenteur veut garder l'objet moyennant une indemnité, la meilleure doctrine tend à ce que le juge prononce en faveur du propriétaire. Lorsqu'au contraire l'objet trouvé a péri depuis l'appropriation provisoire, le détenteur doit au propriétaire primitif un objet semblable, s'il s'agit de choses fongibles, et la valeur, s'il s'agit de choses non-fongibles, c'est-à-dire la valeur que l'objet représentait le jour de l'appropriation. En dernier lieu, lorsque l'objet en question n'a pas péri, mais s'est détérioré, le propriétaire primitif peut, selon la meilleure doctrine, en réclamer la restitution avec des dommages et intérêts en plus.

Les objets trouvés, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, tous les objets trouvés, sont de quatre classes. Premièrement il se peut qu'on trouve un objet qui, de sa nature, a une existence perpétuelle, comme l'or ou l'argent. Les règles ci-dessus, c'est-à-dire ce que nous venons d'avancer par rapport aux annonces durant une année et par rapport à l'appropriation postérieure, y sont applicables ; c'est-à-dire que les règles en question concernent spécialement les objets trouvés qui ont une existence perpétuelle. La deuxième classe comprend les objets trouvés qui, de leur nature, ont une existence passagère, comme les denrées alimentaires à l'état frais ; on, savoir celui qui vient de les ramasser, a le choix entre deux manières d'agir : les manger et les payer, c'est-à-dire en payer la valeur au propriétaire s'il se présente, ou bien les vendre et en garder le prix comme un dépôt jusqu'à ce que le propriétaire soit découvert. La troisième classe comprend les objets trouvés qui peuvent se conserver après avoir subi quelque manipulation à cet effet, comme les dattes fraîches ou les raisins ; celui qui les a ramassés doit faire ce qui lui semble le plus avantageux au propriétaire, c'est-à-dire qu'il doit les vendre et en garder le prix à titre de dépôt, ou bien les sécher et les conserver,

jusqu'à ce que le propriétaire soit découvert. *Enfin la quatrième classe comprend les objets trouvés qui ont besoin d'entretien, comme les animaux domestiques. Elle se subdivise en deux catégories : il y a*

1° *les animaux domestiques qui, abandonnés à eux-mêmes, ne peuvent se défendre même contre les petits carnassiers, par exemple le menu bétail et les veaux ; par rapport à ces animaux, on, c'est-à-dire celui qui les rencontre, a le choix entre trois procédés, savoir : l'acte de les manger et d'en payer le prix, celui de les laisser aller sans les manger, etc, ce qui vaut mieux encore, de les nourrir, ou bien celui de les vendre et d'en garder le prix comme un dépôt, jusqu'à ce que le propriétaire en soit découvert ; puis il y a*

2° *les animaux domestiques qui, abandonnés à eux-mêmes, n'ont rien à craindre des petits carnassiers, comme les chameaux et les chevaux ; ces animaux, rencontrés par quelqu'un dans un endroit désert, doivent être laissés tranquilles ; il est même interdit de se les approprier, et, quand on les a saisis à cet effet, on est responsable de toutes les conséquences. L'auteur ajoute : mais en les rencontrant dans un endroit habité, on, c'est-à-dire celui qui vient de les trouver, a le choix entre les trois procédés mentionnés plus haut. L'auteur a en vue les trois procédés exposés par lui relativement aux animaux domestiques qui, abandonnés à eux-mêmes, deviennent une proie facile même pour les petits carnassiers.*

Section XXV.

Des prescriptions relatives aux enfants trouvés. Un enfant trouvé s'appelle en arabe laqīt ; c'est un mineur, abandonné à son sort, et n'ayant ni père, ni grand-père, ni d'autres parents pour l'entretenir et pour veiller sur lui. Selon quelques juristes, le majeur frappé de démence serait assimilé à cet égard au mineur. *Un enfant trouvé* – l'auteur se sert ici du mot laqīt dans la signification du participe passé malqūt – *sur le grand chemin ne saurait y être abandonné, et doit être élevé et entretenu aux frais de la communauté musulmane à titre d'obligation solidaire.* Ainsi, dans le cas où un homme capable d'élever un enfant se serait chargé de cette tâche, les autres Musulmans ne commettent point un péché en s'abstenant de toute immixtion ; mais dans le cas contraire l'abandon de l'enfant est imputé à tous les fidèles comme un péché. S'il n'y a qu'un seul individu qui sache qu'un enfant a été abandonné, les devoirs ci-dessus lui incombent comme une obligation individuelle. La meilleure doctrine exige que le fait d'avoir trouvé un enfant abandonné soit constaté par des témoins.

L'auteur nous apprend ensuite les conditions auxquelles il faut répondre pour se charger d'un enfant trouvé. Il dit : *L'enfant en question ne saurait rester auprès de celui qui vient de le rencontrer, à moins que ce ne soit un homme de confiance, libre, Musulman et assez intelligent pour administrer ses propres affaires. Lorsqu'on a trouvé avec lui, c'est-à-dire avec l'enfant abandonné, quelques valeurs, le juge doit les affecter à son entretien ; mais celui qui a trouvé l'enfant ne saurait destiner les valeurs en question à l'entretien de l'enfant sans y être autorisé par le juge. Si rien n'a été trouvé*

avec lui, c'est-à-dire avec l'enfant abandonné, son entretien est subsidiairement à la charge du trésor public, à moins qu'il n'y ait des biens communs, par exemple des fondations, destinés à l'entretien d'enfants abandonnés.

Section XXVI.

Des prescriptions relatives au dépôt, appelé en arabe wadi'a. Ce mot est un substantif dérivé du verbe wada'a « laisser » ; il a la signification d'un participe passé. Dans le langage ordinaire, on entend par « dépôt » tout objet remis à quelqu'un d'autre que le propriétaire dans le but qu'il soit gardé ; mais, comme terme de droit, ce mot désigne la convention par laquelle on charge quelqu'un d'autre du soin de garder un objet. *Le dépôt est un objet confié au dépositaire : il est recommandable de l'accepter, à quiconque sait que l'objet sera en sûreté auprès de lui*, lors même qu'il se trouverait dans l'endroit une autre personne à qui le dépôt pourrait être confié avec les mêmes garanties. A défaut d'autres personnes aptes à se charger du dépôt, l'acceptation serait non seulement recommandable, mais encore obligatoire, du moins selon un grand nombre de juristes. An-Nawawī, dans la Rawḍa, et ar-Rāfi'ī, dans le livre dont la Rawḍa est un extrait, soutiennent que l'obligation d'accepter un dépôt offert, ne concerne que le principe de l'acceptation ; on n'est jamais obligé d'accepter gratuitement un dépôt portant préjudice à sa propre liberté d'agir ou incompatible avec la liberté de disposer de son propre magasin ⁸². *La responsabilité du dépositaire à l'égard du dépôt est seulement admise en cas de faute grave* par rapport au dépôt. On trouve dans les ouvrages de jurisprudence détaillés un grand nombre d'exemples de faute grave. Nous nous bornons à en citer les deux suivants : si le dépositaire confie le dépôt à une tierce personne, sans y être autorisé par le propriétaire, ou sans y être obligé par force majeure ; et s'il a transporté le dépôt dans un autre quartier, ou même dans une autre maison, offrant moins de garanties de sûreté que l'endroit primitif. *Le dépositaire, c'est-à-dire celui chez qui l'objet a été déposé, à la présomption en faveur de la vérité de ses paroles, lorsqu'il prétend avoir restitué l'objet au déposant, c'est-à-dire à celui qui a fait le dépôt. Il, c'est-à-dire le dépositaire, doit garder le dépôt de la manière et dans l'endroit que la nature de l'objet exige ; autrement il est responsable des conséquences. Au cas où le déposant réclame du dépositaire l'objet du dépôt, et que le dépositaire en refuse la restitution, quoique en étant capable, et qu'ensuite l'objet du dépôt ait péri, celui-ci est tenu responsable de la perte ; mais, supposé qu'il eût différé la restitution en raison d'un cas de force majeure, il ne serait point responsable de la perte survenue en attendant.*

⁸²Voy. Plus haut, page 301 n. 2. Dans le Minhāj at-Tālibīn Nawawī ne fait pas mention de l'obligation d'accepter un dépôt.

LIVRE VII.

Des prescriptions relatives aux successions et des testaments.

Section I.

Les successions s'appellent en arabe farā'id, pluriel de farīda. Ce dernier mot a, proprement dit, le sens d'un participe passé du verbe faraḍa, « prescrire », « déterminer » ; mais, comme terme de droit, farīda signifie la part déterminée d'un héritier légitimaire. Quant aux dispositions testamentaires, elles s'appellent en arabe waṣāyā, pluriel de waṣīya, mot dérivé du verbe waṣā dans le sens de « joindre », par exemple, joindre une chose à une autre. Comme terme de droit, le mot de waṣīya signifie la disposition de ses biens à titre gratuit, mais relative à ce qui arrivera après la mort de celui qui dispose. *Les héritiers légitimaire mâles*, reconnus comme tels par tout le monde, *sont au nombre de dix au moins*, et de quinze au plus. L'auteur énumère les dix héritiers en question en ces termes : *le fils, le fils du fils et les autres descendants agnats, le père, le grand-père paternel et les autres ascendants agnats, le frère, le fils du frère et les descendants agnats de celui-ci, l'oncle paternel, le cousin paternel et les autres collatéraux agnats, l'époux et enfin le patron d'un affranchi*. En cas de concours de tous les héritiers légitimaire mâles, sans concours d'héritières, il n'y a que trois d'entre eux qui soient appelés à la succession : le père, le fils et l'époux. Ce cas ne peut se présenter que s'il s'agit de la succession d'une femme. *Les héritières légitimaire*, reconnues comme telles par tout le monde, *sont au nombre de sept au moins*, et de dix au plus. L'auteur énumère en ces termes les sept héritières en question : *la fille, la fille du fils et les autres descendantes agnates, la mère, la grand-mère et les autres ascendantes* ⁸³, *la sœur, l'épouse et la patronne d'un affranchi*. En cas de concours de toutes les héritières légitimaire, sans concours d'héritiers mâles, cinq d'entre elles sont appelées à la succession : la fille, la fille du fils, la mère, l'épouse et la sœur germaine. Ce cas ne peut se présenter que s'il s'agit de la succession d'un homme. *Les personnes qui ne sont jamais exclues de la succession sont au nombre de cinq* : *les époux, c'est-à-dire l'époux et l'épouse, les parents, c'est-à-dire le père et la mère, et l'enfant qu'on a procréé*, sans distinction de sexe. *En revanche, il y a sept personnes qui ne peuvent jamais hériter* : *l'esclave, homme ou femme* ; – l'auteur se sert ici du mot ʿabd pour « esclave », mais le terme plus général de raqīq aurait été préférable. Il continue : *l'affranchi testamentaire, l'affranchie pour cause de maternité, l'affranchi contractuel* ; – mais il n'en est pas de même de l'affranchi partiel qui, en laissant des biens, acquis pour peu qu'il soit libre, a pour héritiers ses parents libres, son épouse et subsidiairement le patron qui l'a affranchi partiellement. L'auteur continue : *celui qui a tué le défunt* ne saurait être son héritier, lors même qu'il s'agirait d'un homicide dont il ne serait point responsable. Puis *l'apostat* et de même les adhérents de la religion du Zend, c'est-à-dire les infidèles faisant profession de l'Islamisme, tout en étant mécréants dans leur cœur, ne peuvent

⁸³Excepté le cas où il y aurait un degré mâle entre deux degrés de femmes.

hériter ; *et enfin ceux qui ont une religion différente* en sont également incapables. Cela veut dire qu'un Musulman ne saurait être appelé à la succession d'un infidèle, ni vice-versa, mais que la différence de religion ne forme pas obstacle à la succession des infidèles entre eux. Ainsi un Juif peut hériter d'un Chrétien et vice-versa, à supposer que l'un et l'autre soient sujets d'un prince musulman, car il n'y a pas lieu à succession entre les infidèles soumis à nos autorités et ceux qui ne le sont pas encore. Un apostat ne peut hériter ni d'un autre apostat, ni d'un Musulman, ni d'un infidèle d'origine. *L'ordre dans lequel les agnats sont appelés à la succession est ainsi qu'il suit.* Quelques exemplaires du Précis portent : « Les agnats sont les suivants ». On entend par « agnat », par rapport au sujet qui nous occupe, l'héritier légitimaire qui, tout en étant reconnu comme tel par tout le monde, ne peut réclamer une part déterminée en vertu de sa qualité d'agnat. Nous venons de mentionner qui sont considérés comme héritiers légitimaire, et puis les paroles « en vertu de sa qualité d'agnat » ont été ajoutées à la définition pour qu'elle comprenne aussi le père et le grand-père paternel, l'un et l'autre pouvant réclamer une part déterminée, mais non en vertu de leur qualité d'agnats. L'auteur énumère les agnats dans l'ordre de proximité, dans ces termes : *le fils, le fils du fils, le père, le grand-père paternel, le frère germain, le frère consanguin, le fils du frère germain, le fils du frère consanguin, l'oncle paternel, frère germain ou consanguin du père, et enfin le fils de l'oncle paternel.* Cela veut dire que l'oncle paternel, frère germain du père, est appelé avant l'oncle paternel, frère consanguin du père, et il en est de même des fils des oncles paternels. Le grand-oncle paternel, frère germain du grand-père, a encore la priorité sur le grand-oncle paternel, frère consanguin du grand-père. Les fils des grands oncles paternels, les grands oncles paternels du père et le fils de ceux-ci sont soumis à la même règle et ainsi de suite.

A défaut d'agnats à titre de parenté, et à supposer que le défunt soit un affranchi, *le patron est appelé* à la succession comme agnat subsidiaire, et à cet égard il est indifférent qu'il s'agisse d'un patron ou d'une patronne. A défaut d'agnats, soit à titre de parenté, soit à titre de patronage, la succession échoit au trésor public.

Les parts déterminées ou, selon quelques exemplaires du Précis, les parts mentionnées dans le Livre de Dieu, l'Être Suprême, sont au nombre de six. Ces parts sont constantes, à moins qu'il n'existe une cause spéciale pour s'en écarter, comme la réduction proportionnelle appelée 'awl. Elles sont : *la moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers et le sixième* ; mais les spécialistes en matière de succession ont, pour cause de simplicité, réduit ces six fractions à deux, savoir le quart et le tiers, lesquels, multipliés ou divisés par deux, donnent aussi les autres fractions.

La moitié de la succession est accordée à cinq personnes : la fille unique, la fille unique du fils, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'héritier mâle qui les fasse héritières à titre d'agnation, la sœur germaine, la sœur consanguine, l'une et l'autre à défaut d'héritier mâle les faisant héritières à titre d'agnation, et enfin l'époux, à moins que celui-ci ne soit appelé à la succession avec l'enfant, sans distinction de sexe, ou l'enfant du fils de son épouse.

Le quart de la succession est accordé à deux personnes. Il est accordé à l'époux, appelé à la succession avec l'enfant ou l'enfant du fils de son épouse. Alors, comme dans

le cas précédent, la loi ne distingue point entre l'enfant ou le fils que la défunte a eu de l'époux survivant, et l'enfant ou le fils d'un autre lit. *Il, c'est-à-dire le quart de la succession, est encore accordé à une, deux ou plusieurs épouses, si le défunt n'a pas laissé d'enfant ou d'enfant de son fils.* Au point de vue grammatical il aurait été plus correct de ne pas parler d'« époux » et d'« épouse », mais d'« époux » au pluriel, le pluriel comprenant le mari et la femme. Toutefois dans les prescriptions relatives aux successions, on préfère dire « l'époux et l'épouse » à lieu de dire « les époux », pour mieux préciser la règle dont il s'agit.

Le huitième de la succession est accordé à une, deux, ou plusieurs épouses appelées à la succession avec l'enfant ou l'enfant du fils du défunt. Ce huitième est partagé également entre les épouses en question.

Les deux tiers de la succession sont accordés à quatre personnes : deux filles ou plus, deux filles du fils ou plus, ou bien, selon quelques exemplaires du Précis, les filles du fils, deux sœurs germaines ou plus, et deux sœurs consanguines ou plus, si les filles ou sœurs en question n'ont point de frères. Or, si les filles ou sœurs sont appelées à la succession avec des frères, il se peut qu'elles obtiennent plus, mais aussi qu'elles obtiennent moins que les deux tiers. Le premier cas aurait lieu, par exemple, si dix filles ou sœurs sont appelées à la succession avec un seul frère, et obtiennent ensemble dix-douzièmes, savoir chacune un douzième, ce qui est plus qu'un dixième de deux-tiers. Le second cas se présenterait au contraire si deux filles doivent partager la succession avec deux fils 84.

Le tiers de la succession est accordé à deux personnes. Il est accordé à la mère pour peu qu'elle ne soit pas exclue de cette part, c'est-à-dire si le défunt n'a pas laissé d'enfant ou d'enfant de son fils, ou bien deux frères ou sœurs, germains, consanguins ou utérins. Il, c'est-à-dire le tiers de la succession, est encore accordé à deux ou plusieurs frères ou sœurs utérins sans distinction de sexe, même en cas d'hermaphrodisme de tous ou de quelques-uns. Le grand-père paternel peut aussi réclamer le tiers, s'il est appelé à la succession de commun avec des frères et qu'il lui soit plus avantageux de recevoir une part déterminée que de partager avec eux.

Le sixième de la succession est accordé à sept personnes. Il est accordé à la mère appelée à la succession, soit avec l'enfant ou l'enfant du fils du défunt, soit avec deux ou plusieurs frères ou sœurs, tous ou en partie germains ou non. Il, c'est-à-dire le dixième, est accordé à la grand-mère au cas où le défunt n'a pas laissé de mère, puis à deux ou plusieurs grand-mères ou ascendantes plus éloignées 85, et à la fille du fils, appelée à la succession avec la fille du défunt, afin de compléter les deux tiers qu'elles peuvent réclamer ensemble. Il, c'est-à-dire le sixième, est accordé à la sœur consanguine, appelée à la succession avec la sœur germaine, afin de compléter encore les deux tiers qu'elles peuvent réclamer ensemble. Il, c'est-à-dire le sixième, est accordé au père, appelé à la succession avec l'enfant ou l'enfant du fils du défunt ; mais il est bien entendu que, dans le cas où le défunt aurait laissé une fille unique et un père, la fille peut réclamer la moitié et le père le sixième, comme part déterminée dans le Coran, plus le

⁸⁴Car alors chaque fille n'obtient qu'un sixième.

⁸⁵Voy. Page 425, n. 1.

reste en sa qualité d'agnat. *Il est la part du grand-père paternel devenu héritier à défaut du père*, et de même lorsqu'il est appelé à la succession avec des frères. Lorsque, dans ces circonstances, il y a encore d'autres héritiers pouvant réclamer une part déterminée dans le Coran, le grand-père en question a droit au sixième, si cela lui est plus avantageux que de participer avec les frères comme s'il était frère lui-même, ou bien de toucher le tiers de ce qui reste, déduction faite des parts déterminées. C'est ce qui arriverait, par exemple, en cas de concours du grand-père paternel avec deux filles et trois frères du défunt. *Enfin il, c'est-à-dire le sixième, est accordé au frère ou à la sœur utérine uniques, sans distinction de sexe.*

Toutes les ascendantes, sans distinction de ligne ou de degré, sont exclues de la succession par la mère, mais non par le père, et de même le père exclut tous les ascendants plus éloignés que lui. L'enfant de la mère, c'est-à-dire le frère utérin, est exclu par l'appel à la succession de quatre personnes : l'enfant, sans distinction de sexe, puis par l'enfant du fils, également sans distinction de sexe, et enfin par le père et le grand-père paternel, voire même par tous les autres ascendants agnats. Le frère germain et la sœur germaine sont exclus par trois personnes : le fils, le fils du fils, ou un descendant agnat plus éloigné, et par le père. Le frère consanguin et la sœur consanguine sont exclus par quatre personnes, savoir par les trois personnes qui viennent d'être désignées, c'est-à-dire le fils, le fils du fils et le père, et en outre par le frère germain. Quatre personnes rendent leurs sœurs héritières à titre d'agnation, à la réserve que les mâles obtiennent toujours deux portions de femme, le fils, le fils du fils, le frère germain et le frère consanguin. Quant au frère utérin, n'étant pas agnat lui-même, il s'entend qu'il ne peut pas non plus rendre sa sœur héritière à titre d'agnation ; c'est pourquoi le Coran leur a assigné ensemble la portion d'un tiers. En dernier lieu, il y a quatre personnes que la loi appelle à la succession sans leurs sœurs, savoir les oncles paternels, les cousins paternels, les neveux agnats et les agnats du patron d'un affranchi. Les individus en question n'exercent aucune influence sur le sort de leurs sœurs, parce qu'ils sont appelés à la succession comme agnats, tandis que leurs sœurs, étant cognats, ne sauraient hériter.

Section II.

Des prescriptions relatives aux dispositions testamentaires. Une disposition testamentaire s'appelle en arabe waṣīya, mot dont nous avons déjà donné l'explication, dans le langage ordinaire et comme terme de droit, au commencement de la Section précédente. Il n'est pas nécessaire que l'objet légué soit une chose connue et existante. *On peut donc disposer par testament tout aussi bien d'une chose connue que d'une chose inconnue, par exemple, du lait se trouvant dans les pis d'une vache, et tout aussi bien d'une chose existante que d'une chose qui n'existe pas encore, comme dans le legs des fruits d'un certain arbre avant qu'ils aient noué. La disposition testamentaire est limitée au tiers disponible, c'est-à-dire au tiers des biens du testateur ; en cas d'infraction à la règle relative au tiers disponible, la validité du legs, par rapport au surplus, dépend de l'approbation des héritiers légitimaires. Ceux-ci ne peuvent approuver l'acte du testateur que quand ils ont la libre disposition de leurs biens, et leur approbation a*

pour conséquence que le legs doit s'exécuter, comme un acte valable, au lieu qu'il est nul pour le surplus, en cas de refus de leur part. *De même, on ne saurait léguer quelque chose à un de ses héritiers légitimes sans l'approbation des autres*, et pour une semblable approbation il est encore de toute nécessité qu'ils aient la libre disposition de leurs biens.

L'auteur nous apprend les conditions de la capacité de tester, en ces termes : *Le legs est valable*, ou, selon quelques exemplaires du Précis, le legs est licite, *lorsqu'il a été fait par le propriétaire, pourvu que celui-ci soit un individu doué de raison et majeur*. L'auteur aurait pu ajouter que le testateur doit avoir fait le legs de son plein gré et qu'il doit avoir été libre, mais du reste il est indifférent que le testateur fût un infidèle ou un interdit pour cause d'imbécillité. Il n'y a que les individus en état de démence ou d'évanouissement, les mineurs, et ceux qu'on a contraints par violence, dont les dispositions testamentaires ne sont pas valables. Ensuite l'auteur expose les conditions de la capacité de recevoir dans le cas où le légataire est un individu certain et déterminé. Il le fait dans les paroles suivantes : *et pourvu que le légataire soit capable d'exercer le droit de propriété*, c'est-à-dire pourvu qu'il possède les qualités requises pour devenir propriétaire de l'objet ; mais on ne s'inquiète point s'il est en bas âge ou majeur, s'il jouit de ses facultés intellectuelles ou s'il est en état de démence, voire s'il est déjà né. Seulement la loi exige qu'il soit conçu au moment où la disposition a été faite, ce qui est incontestable dans le cas où la naissance a lieu avant un terme de six mois. Lorsqu'au contraire le legs n'a pas été fait en faveur d'un individu certain et déterminé, mais en faveur du public, l'existence des favorisés au moment de la disposition n'est pas de rigueur, et la seule condition pour la validité est que le legs n'ait pas un but illicite, comme la construction d'une église ou d'une synagogue pour le culte des mécréants. Un legs de cette nature ne saurait être fait, ni par un Musulman, ni par un infidèle. L'auteur continue : *ou bien la disposition testamentaire est valable, en cas que le legs soit destiné à la propagation du règne de Dieu, l'Être Suprême*. Ce cas se présentant ce sont les combattants dans la guerre contre les infidèles qui en profitent. Quelques exemplaires du Précis portent, au lieu de « la propagation du règne de Dieu », « la propagation de la piété », paroles qui sont applicables entre autres aux legs en faveur des pauvres ou pour la construction d'une mosquée.

On a le droit de nommer des exécuteurs testamentaires, c'est-à-dire qu'on peut déférer à certaines personnes la charge de payer ses dettes, d'exécuter sa dernière volonté, et d'être tuteurs de ses enfants en bas âge ; *mais celui*, c'est-à-dire l'individu, *qu'on choisit pour son exécuteur testamentaire doit avoir les cinq qualités suivantes : il doit être Musulman, majeur, doué de raison, libre et personne de confiance*. En se servant de cette dernière expression, l'auteur se croit dispensé d'ajouter encore que l'exécuteur testamentaire doit être irréprochable. Il est donc avéré que celui qui ne répond pas à toutes les conditions qui précèdent, ne peut pas être valablement nommé exécuteur testamentaire. Toutefois, selon la meilleure doctrine, un infidèle, sujet d'un prince musulman, peut déférer par testament la tutelle de ses enfants infidèles à un infidèle comme lui, pourvu que ce soit un homme qui, d'après la religion du testateur, doit être considéré comme irréprochable. Il faut que l'exécuteur testamentaire soit apte à la charge qui lui est déferée ; si ce n'est pas le cas, par exemple par suite de son grand âge

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

ou à plus forte raison de sa décrépitude, la nomination n'est pas valable. Enfin, si la mère d'un enfant en bas âge réunit en elle toutes les qualités requises, elle a plus de titres à être chargée de la tutelle testamentaire que toute autre personne.

LIVRE VIII.

Des prescriptions relatives aux mariages et de tout ce qui s'y rapport ou, selon quelques exemplaires du Précis, et de tout ce qui s'y rattache, de droit et de fait.
Les cinq derniers mots manquent dans quelques exemplaires du Précis.

Section I.

Dans le langage ordinaire, le mot de « mariage » signifie, non seulement l'union de deux individus de sexes différents, mais encore le commerce charnel par lequel cette union est consommée et le contrat dont elle est la conséquence ; au lieu que, comme terme de droit, le mot de « mariage » ne signifie que le contrat où se trouvent les éléments constitutifs et les conditions pour la validité de l'union conjugale. *Le mariage est un acte recommandable pour tout homme qui en sent le besoin*, par suite de son désir de posséder une femme, et qui a les moyens de subvenir aux obligations matrimoniales pécuniaires, comme le don nuptial et l'entretien. En cas d'insuffisance des moyens en question, le mariage n'est point recommandable.

Il est permis à l'homme libre d'avoir quatre épouses libres à la fois, mais pas plus, et même il ne peut s'engager dans les liens du mariage qu'avec une seule femme dans tous les cas où une disposition spéciale de la loi lui défend d'en avoir un plus grand nombre. L'interdit pour cause d'imbécillité et, en général, tous ceux à qui le mariage est seulement permis en cas de besoin, sont soumis à la défense d'avoir plus d'une épouse à la fois. L'auteur ajoute : et il est permis aux esclaves, de même qu'aux affranchis testamentaires, aux affranchis partiels, aux affranchis contractuels ou aux affranchis conditionnels, d'en avoir deux à la fois, c'est-à-dire d'avoir deux épouses et pas plus. Un homme libre ne saurait épouser une femme esclave appartenant à quelqu'un d'autre, à moins qu'il ne puisse alléguer deux excuses : l'impossibilité de payer le don nuptial d'une femme libre, ou bien le manque d'une femme libre, ou enfin le manque d'une femme libre qui veuille devenir son épouse, et la crainte de tomber dans le vice, c'est-à-dire de commettre le crime de fornication en restant célibataire jusqu'à ce qu'il puisse épouser une femme libre. L'auteur a oublié deux autres conditions pour la validité du mariage qui nous occupe : en premier lieu, qu'on n'ait pas encore d'épouse libre, soit musulmane, soit infidèle, il est vrai, mais professant une religion fondée sur un livre sacré quelconque, laquelle épouse soit capable de satisfaire à sa passion, et, en second lieu que l'esclave qu'il désire épouser soit musulmane. Or un Musulman libre ne saurait épouser une esclave infidèle, lors même qu'elle serait sectatrice d'une religion fondée sur un livre sacré. Enfin il est bien entendu que le mariage d'un homme libre avec une esclave, conclu conformément aux règles énoncées, reste intact dans le cas où le mari obtiendrait plus tard les ressources nécessaires pour épouser une femme libre, et même dans le cas où il aurait effectivement épousé une telle personne.

La vue d'une femme par un homme peut avoir lieu dans sept circonstances différentes : premièrement, il y a la vue d'une femme étrangère par un homme, même un vieillard décrépît et impuissant, sans qu'il soit nécessaire de la regarder ; alors la vue de la femme en question n'est pas licite. Quand au contraire l'homme a une raison valable pour regarder la femme, par exemple en cas de déposition comme témoin, il lui est permis de la voir. En deuxième lieu, il y a la vue par un homme de son épouse ou de son esclave non-mariée : il est permis de regarder, tout le corps de l'une et de l'autre de ces femmes, exception faite des parties génitales. Quant aux parties génitales, il résulte des paroles citées qu'il est défendu de les regarder même à l'époux ou au maître ; mais l'autorité de ce précepte est faible, et la meilleure doctrine admet qu'on voie les parties génitales de son épouse ou de la femme non-mariée qu'on possède à titre d'esclave, quoique ce soit toujours un acte blâmable. En troisième lieu, il y a la vue du corps de ses parentes aux degrés prohibés, sans distinguer entre la prohibition résultant de la parenté proprement dite et celle résultant de la parenté de lait ou de l'affinité, ou de son esclave mariée : on peut regarder tout le corps de ces femmes, exception faite des parties comprises entre le nombril et les genoux. Quant à ces parties-ci, la loi défend de les voir. En quatrième lieu, il y a la vue d'une femme étrangère pour cause de projet de mariage : elle est permise à celui qui aspire à la main d'une femme, mais seulement par rapport au visage et aux mains. Des mains, le prétendant a le droit de regarder le dessus et le dessous, et puis la vue de sa future épouse est licite, lors même que ce serait à l'insu de celle-ci. Au cas où c'est une esclave qui est l'objet de la demande en mariage, elle est sujette à la même loi que la femme libre par rapport aux parties du corps à regarder préalablement. An-Nawawī a démontré que ceci est la doctrine préférable 86. En cinquième lieu, il y a la vue d'une femme malade par son médecin : elle est permise, et le médecin peut impunément regarder une femme étrangère, pour peu qu'il soit nécessaire d'examiner une partie quelconque de son corps pour le traitement. L'examen des parties génitales ne fait pas exception à cette règle ; mais il est de rigueur que l'examen ait lieu en présence, soit d'un parent à un degré prohibé, soit de l'époux, soit maître, s'il s'agit d'une esclave, et en général le traitement d'une femme malade par un homme est seulement licite à défaut de femmes exerçant la médecine. En sixième lieu, il est permis de regarder une femme quelconque s'il faut déposer contre elle comme témoin. Le témoin appelé pour constater le crime de fornication ou l'accouchement, doit avoir vu les parties génitales de la femme contre laquelle le procès a été intenté, mais l'examen ne saurait avoir eu lieu dans une autre intention que la déposition de légale. Toute contravention à cette règle aurait pour effet de faire du témoin un homme d'inconduite notoire et par conséquent reprochable. L'auteur ajoute : ou bien il est permis de regarder une femme étrangère, s'il faut entrer avec elle en relations commerciales, par exemple, si l'on veut conclure avec elle un contrat de vente, etc. Alors il est permis de la regarder. Les paroles suivantes : mais la vue est limitée au visage, en particulier, concernent tout aussi bien la vue en cas de témoignage dans les circonstances ordinaires, que celle en cas de relations commerciales. Enfin en septième lieu, il y a la vue d'une esclave dont on veut faire l'acquisition, c'est-à-dire qu'on va acheter ; elle est licite, c'est-à-dire la vue d'une telle esclave, aux parties du corps qu'il

⁸⁶Voy. Plus haut page 9 n. 1 et Minhāj at-Tālibīn, II, p. 314, 315.

faut examiner afin de constater sa valeur. On pourra donc examiner les extrémités et la chevelure de l'esclave en en question, mais non ses parties honteuses.

Section II

De ce qui est indispensable pour la validité du mariage. *Le contrat de mariage est valable seulement lorsqu'il a été conclu par l'intermédiaire du tuteur de la future épouse*, lequel tuteur doit être un homme irréprochable. Quelques exemplaires du Précis portent que le tuteur doit être du sexe masculin, afin de bien faire ressortir l'incapacité de la femme de se donner en mariage une autre femme. L'auteur continue : *et en outre le contrat de mariage est valable seulement lorsqu'il a été conclu présence de deux témoins irréprochables*. Il nous apprend ensuite quelles sont les qualités indispensables du tuteur et des témoins, dans ces termes : *Le tuteur et les témoins doivent répondre à six conditions* : la loi exige

1° *la foi* ; le tuteur qui assiste une femme dans le mariage ne saurait être un infidèle, à moins que ce ne soit dans le cas exceptionnel que l'auteur va exposer plus loin ; *puis la loi exige*

2° *la majorité* ; le tuteur qui assiste une femme dans son mariage ne saurait être un mineur ; *puis la loi exige*

3° *la raison* ; le tuteur qui assiste une femme dans le mariage ne saurait être un aliéné, sans distinction entre la démence continue et la démence intermittente. On entend par « démence intermittente » celle qui revient et s'en va périodiquement ; *puis la loi exige*

4° *la liberté* ; le tuteur qui assiste une femme dans le mariage ne saurait être un esclave, quoiqu'un esclave puisse légalement accepter comme épouse la femme qu'on lui offre ; *puis la loi exige*

5° *le sexe masculin* ; la femme et l'hermaphrodite sont incapables d'assister comme tuteurs une femme quand elle se marie ; *et enfin la loi exige*

6° *l'irréprochabilité* ; le tuteur qui assiste une femme dans son mariage ne saurait être un homme d'inconduite notoire.

L'auteur admet aux règles précitées les exceptions formulées dans les paroles suivantes : *Seulement le tuteur n'a pas besoin d'être Musulman, s'il s'agit du mariage d'une femme appartenant aux infidèles soumis à un de nos princes, et de même, s'il s'agit d'une esclave, la loi n'exige point que le maître quoi la donne en mariage soit un homme irréprochable*. Ainsi l'inconduite notoire ne saurait priver le maître de cette conséquence du droit de propriété.

Les qualités requises pour le tuteur sont encore indispensables par rapport aux témoins devant lesquels le mariage doit se conclure. Quant à la cécité, selon la meilleure doctrine elle n'empêche pas d'être tuteur.

L'ordre des personnes appelés à la tutelle, c'est-à-dire, l'ordre dans lequel on est

appelé à assister comme tuteur une femme lorsqu'elle se marie, *est celui qui suit : le père, le grand-père paternel, le père de celui-ci, etc.* En cas de pluralité d'ascendants agnats, le plus proche a la priorité sur le plus éloigné. L'auteur continue : *le frère du côté du père et de la mère*, mais il aurait mieux dit s'il s'était servi de l'expression plus courte : « le frère germain ». Puis viennent : *le frère consanguin, le fils du frère germain* et les descendants agnats de celui-ci, *le fils du frère consanguin* et les descendants agnats de celui-ci, *l'oncle paternel*, savoir le frère germain du père d'abord, et ensuite le frère consanguin du père, *et enfin le fils de l'oncle paternel*, c'est-à-dire le fils et les autres descendants agnats des oncles paternels, *dans le même ordre*. Ainsi le fils de l'oncle paternel, frère germain du père, a la priorité sur le fils de l'oncle paternel, frère consanguin du père. *A défaut d'agnats* parmi les parents, *la femme affranchie doit être donnée en mariage par son patron*, du moins lorsque le patronage est exercé par un homme, *et à défaut du patron, par les agnats de celui-ci*, dans l'ordre où ils sont appelés à la succession. Dans le cas où celle qui va se marier aurait été affranchie par une femme, il faut distinguer entre le mariage de l'affranchie se faisant du vivant de la patronne et le mariage de l'affranchie se faisant après la mort de celle-ci. Le premier doit se conclure sous les auspices de l'agnat qui aurait le droit d'assister la patronne elle-même dans son mariage, d'après les principes établis plus haut, tandis que le mariage de l'affranchie qui se fait après la mort de la patronne, doit se conclure sous les auspices de l'homme sur lequel le droit de partage est dévolu. *En dernier lieu, le juge est le tuteur subsidiaire*, et doit donner en mariage les femmes qui, dans son ressort, n'ont pas de tuteur, soit en vertu du droit de parenté, soit en vertu du droit de patronage.

L'auteur entame un autre sujet, savoir la demande en mariage, appelée en arabe *Hitba*, mot qu'il ne faut pas confondre avec *Hotba*, « discours », « serment ». La demande en mariage constitue la première démarche du prétendant auprès de celle qu'il désire épouser. L'auteur en parle de la façon suivante : *Il est interdit à celui qui a le désir de se marier d'adresser à une femme en retraite légale une demande de mariage formulée en termes explicites*. Cette prohibition ne regarde non seulement la retraite d'une veuve, mais encore une femme répudiée, soit irrévocablement, soit révocablement. On entend par « termes explicites » des paroles ne laissant aucun doute au sujet de l'intention de celui qui les prononce ; par exemple, quand on dit à une femme en retraite légale : « je désire vous épouser ». L'auteur ajoute : *mais rien n'empêche de lui faire, excepté en cas de retraite par la suite d'une répudiation révocable, une proposition de mariage en terme cachés ; alors toute fois le mariage doit être différé jusqu'à l'expiration de la retraite*. On appelle « termes cachés » des paroles, qui tout en permettant qu'on les prenne pour une demande en mariage, ne contiennent pas une déclaration formelle ; par exemple, lorsqu'un prétendant dit à une femme : « il y a beaucoup de gens qui aspirent à votre main ». Quant aux femmes pour lesquelles le mariage ne rencontre point d'obstacle, et qui ne viennent pas de recevoir une demande antérieure, on peut leur faire des propositions de cette nature tout aussi bien en termes cachés qu'en termes explicites.

La loi distingue deux sortes de femmes, celles qui ne sont plus vierges, et celle qui le sont encore. Les premières sont celles qui ont perdu leur virginité par la suite du commerce avec un homme, mais on ne regarde point à ce que ce commerce ait constitué une cohabitation licite ou bien une cohabitation défendue. Les vierges sont les femmes

qui n'ont pas encore été déflorées. *Quant aux vierges, leur père ou leur grand-père paternel, à défaut du père ou en cas d'incapacité de celui-ci, ont le droit de leur, c'est-à-dire aux vierges, imposer un mari, dans les cas prévus par la loi, c'est-à-dire lorsque la future épouse n'a pas encore subi un commerce charnel régulier, lorsqu'elle ne fait pas une mésalliance en épousant le mari qu'on vient de choisir pour elle, et lorsqu'on a stipulé pour elle un don nuptial raisonnable, à payer en espèces ayant cours légal dans la localité. Quant aux femmes qui ne sont plus vierges, il est interdit à leur tuteur de les donner en mariage si ce n'est après leur majorité et avec leur consentement.* De plus il faut qu'elles donnent leur consentement d'une façon formelle ; il ne suffit point qu'elles gardent le silence sur la question qu'on leur adresse à ce sujet.

Il y a quatorze femmes aux degrés prohibés, c'est -à-dire avec lesquelles le mariage est défendu, par suite d'une disposition du livre de Dieu⁸⁷, ou, selon quelques exemplaires du Précis, « Les femmes aux degrés prohibés par suite d'une disposition du Livre de Dieu, sont au nombre de quatorze », dont sept à cause de parenté, savoir : la mère et les autres ascendantes, la fille et les autres descendantes ; mais il est bien entendu que la meilleure doctrine ne défend point le mariage avec la fille qu'on a procréée dans un commerce constituant le crime de fornication, quoique cette doctrine considère une telle union comme blâmable. Au reste cette règle concerne tout aussi bien les filles nées de mères qui ont commis le crime par erreur ou sous l'effet de la violence. En revanche, une femme ne saurait jamais épouser son propre fils né d'un commerce illicite. Le mariage est encore interdit avec la sœur germaine, consanguine ou utérine, avec *la tante maternelle*, non seulement avec la sienne propre, mais avec la tante maternelle d'une de ses ascendantes ou d'une de ses ascendantes, par exemple avec celle de sa mère, et avec *la tante paternelle*, non seulement avec la sienne propre, mais encore avec la tante paternelle d'un de ses ascendantes ou d'une de ses ascendantes, par exemple avec celle de son père. En dernier lieu la loi défend d'épouser la fille du frère, et les filles des enfants de celui-ci, sans distinction entre les filles issues des fils et celles issues des filles du frère en question, et la fille de la sœur, de même que les filles des enfants de la sœur, sans distinction entre les filles issues des fils et celle issues des filles de cette sœur.

Ensuite l'auteur reprend ici l'énumération commencée plus haut par le mot « sept ». *Deux femmes sont prohibées, c'est-à-dire il y a deux femmes aux degrés prohibés par suite d'une disposition du Livre de Dieu, pour cause de parenté de lait, savoir : la nourrice et la sœur de lait.* L'auteur s'est borné à mentionner ces deux femmes, afin de s'écarter le moins possibles des paroles du Coran citées plus haut ; mais à vrai dire les sept degrés prohibés pour cause de parenté de sang, le sont aussi pour cause de parenté de lait. C'est ce qu'on verra tout à l'heure dans le texte même du Précis. *Puis il y a, parmi les femmes prohibées dans le Coran, quatre femmes qu'il est défendu d'épouser pour cause d'affinité, savoir : la belle-mère et les autres ascendantes de l'épouse, ascendantes de lait tout aussi bien qu'ascendantes proprement dites, et sans qu'on se préoccupe que le mariage ait été consommé ou non, la belle-fille, c'est-à-dire la femme dont on a épousé la mère, en cas de consommation du mariage avec la mère, l'épouse du père, ou autre ascendant, et celle du fils ou autre descendant.* Toutes les femmes dans les cas désignés

⁸⁷Coran, IV : 27.

sont prohibées à jamais.

Enfin une seule femme n'est pas prohibée pour toujours, mais elle est *prohibée temporairement, pendant qu'on est engagé dans les liens d'un autre mariage*, et non au-delà. *C'est la sœur de l'épouse*. Or il est interdit d'avoir en même temps deux épouses dont l'une est la sœur de l'autre, lors même que ce ne serait que la sœur consanguine ou utérine. Cette prohibition concerne non seulement la sœur proprement dite, mais encore la sœur de lait, et elle n'est pas supprimée par l'acquiescement de l'épouse primitive. *Bien plus, il est également interdit d'avoir en même temps deux épouses dont l'une est la tante paternelle ou dont l'une est la tante maternelle de l'autre*. Au cas où l'on aurait épousé à la fois deux femmes qu'on ne peut avoir au même temps pour épouses, le mariage avec l'une et avec l'autre est frappé de nullité. Dans le cas de deux mariages de cette nature conclus à des époques différentes, c'est seulement le second qui est nul, à supposer qu'il ait été fait en connaissance de cause. Sinon, ou bien si le second mariage a été fait sans penser au premier, les deux mariages sont encore frappés par la nullité. La défense d'avoir en même temps pour épouses les femmes dont nous nous occupons, s'étend encore à la cohabitation avec ses esclaves en vertu de son droit de propriété ; et, à supposer qu'on possède une esclave qui est la sœur ou la tante de son épouse, il faut s'abstenir de l'esclave quand on a cohabité avec l'épouse et vice-versâ. Si c'est l'épouse dont il faut s'abstenir, elle peut de nouveau et de plein droit partager le lit de son mari, lorsque celui-ci a perdu le droit d'avoir commerce avec l'esclave, pour une raison ou une autre, par exemple parce qu'il l'a vendue ou donnée en mariage.

L'auteur nous apprend le principe qui régit toute la matière de la parenté de lait, en ces termes : *Les degrés prohibés à cause de la parenté de lait, sont les même que ceux prohibés à cause de la parenté proprement dite*. Ainsi, puisqu'il a été établi plus haut qu'il y a sept femmes qu'on ne peut épouser à cause d'un degré de parenté trop rapproché, les mêmes degrés de parenté de lait forment obstacle au mariage.

Ensuite l'auteur va parler des défauts corporels qui selon la loi donnent lieu à l'option rédhibitoire dans le mariage. Il continue : *La femme, c'est-à-dire l'épouse, est passible de rédhibition à cause de cinq défauts* : savoir

1° *la démence*, continue ou intermittente, guérissable ou incurable. L'évanouissement n'est point une cause de rédhibition : quelle qu'en soit la durée, il ne suffit point pour donner le droit de renoncer au mariage, quoique Mutawallī⁸⁸ soutienne l'opinion contraire ; *puis la femme est passible de rédhibition*.

2° quand elle a *l'éléphantiasis*, en arabe *judām*, avec un *dāl*. C'est une maladie qui offre les symptômes suivants : les membres du corps deviennent successivement rouges et noirs, après quoi ils se détachent et enfin ils tombent ; *puis la femme est passible de rédhibition*

3° quand elle a *la lèpre*. C'est une maladie qui se manifeste par des taches blanches sur la peau et la chair qui se trouve dessous. Quant à la dartre farineuse, tout en étant une maladie cutanée, elle n'est pas causée parce que le sang a quitté la peau, et ne suffit point pour donner le droit d'option ; *puis on peut renoncer à sa femme*.

⁸⁸ Voy. Plus haut, la page 181 n.1.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

4° quand elle a *le rataq* ; c'est l'obstruction du vagin par une excroissance charnue, et enfin

5° quand elle a *le qarn*. C'est l'obstruction du vagin par une excroissance osseuse.

Les autres défauts, quelque désagréables qu'ils soient, comme la mauvaise haleine et l'odeur des aisselles, ne suffisent point pour l'option rédhibitoire.

Le mari est de même soumis à la rédhibition à cause de cinq défauts : la démence, l'éléphantiasis et la lèpre, c'est-à-dire les trois premiers défauts dont nous venons de nous occuper et puis quand il a subi la castration, mot qui signifie la perte totale de la verge, ou bien la perte partielle, pourvu que dans le dernier cas il ne reste plus rien du gland.

En revanche, il n'y a pas lieu à la rédhibition aussi longtemps qu'on a encore une partie du gland. L'auteur ajoute : et enfin la rédhibition est admise à cause de *l'impuissance*, appelé en arabe *ʿunna* ; c'est l'impossibilité d'exercer un commerce régulier, par suite de ce que la verge a perdu sa faculté d'entrer en érection, soit à cause de l'affaiblissement du désir sexuel, soit à cause de l'affaiblissement local des parties génitales.

La renonciation au mariage à cause des vices rédhibitoires que nous venons de mentionner, doit être portée devant le juge, et les époux ne sauraient de cette façon dissoudre leur union par consentement mutuel. C'est ce qui s'ensuit des paroles de Mawardī⁸⁹ et d'autres jurisconsultes⁹⁰, quoiqu'une décision de aš-Šāfiʿi semble nous apprendre le contraire.

Section III

Des prescriptions relatives au don nuptial. Le don nuptial s'appelle en arabe *ṣadāq* ou *ṣidāq*⁹¹, quoique la première façon d'écrire le mot soit plus correcte. Dans le langage ordinaire le mot *ṣadāq* est un dérivé de *ṣadāq*, substantif désignant la qualité d'être très dur ; mais, comme terme de droit, on entend par « don nuptial », ce qu'un homme doit payer, soit par suite d'un mariage en règle, soit par suite d'une cohabitation commise par erreur, soit par suite de son décès.

Il est recommandable de stipuler le montant du don nuptial à l'occasion du contrat de mariage, lors même qu'il s'agirait d'un esclave épousant une esclave appartenant à son propre maître. On a satisfait aux termes de la loi en stipulant à titre de don nuptial un montant ou un objet quelconque, pourvu qu'il représente une certaine valeur. Toutefois la sunna a introduit de ne pas stipuler un don nuptial inférieur à dix ou supérieur à cinq-cents dirham de bonne qualité, quoique le mot « recommandable », employé par l'auteur, prouve que, selon lui le mariage serait à la rigueur licite sans la stipulation d'un don nuptial, et c'est en effet la teneur de la loi. A défaut de stipulation

⁸⁹Voy. Plus haut, page 187 n. 2.

⁹⁰Voy. Minhāj at-Tālibīn, II, p. 363.

⁹¹Le mot de mahr est tout aussi utilisé que *ṣadāq*, même dans le texte du Précis.

*du montant du don nuptial dans le contrat de mariage, la convention n'en est pas moins valable. C'est ce qu'on appelle « le mariage par libéralité », auquel se décide quelquefois une femme, mais qui lui est interdit, à moins qu'elle ne soit majeure et assez intelligente pour administrer ses propres affaires. En tout cas, elle doit déclarer formellement à son tuteur qu'elle désire être donnée en mariage « sans don nuptial », ou bien « à condition qu'aucun don nuptial ne soit stipulé pour elle » ; alors le tuteur peut refuser le don nuptial offert par le mari, ou bien ne pas parler d'un don nuptial dans le contrat de mariage. Il y aurait encore « mariage par libéralité », si le maître d'une esclave déclare à quelqu'un, tout en refusant le don nuptial que le mari lui offre, ou tout en gardant le silence au sujet du don nuptial à payer. L'auteur continue : *et quoique la libéralité dont nous nous occupons soit parfaitement licite, le mari doit tout de même un don nuptial à sa femme, par suite du mariage, dans les trois cas suivants : savoir si, sans y être obligé, il lui accorde un don nuptial, et qu'elle s'en déclare satisfaite ; si le juge lui assigne un don nuptial à payer par le mari ; mais alors le juge peut seulement assigner le don nuptial proportionnel, dont il est obligé de fixer le montant. L'approbation du montant par les époux n'est pas requise dans ces circonstances. Enfin le dernier cas se trouve formulé dans ces paroles : ou s'il y a eu cohabitation de la part du mari avec elle, c'est-à-dire avec l'épouse qui s'est mariée sans stipuler un don nuptial, et qui s'est livrée à la cohabitation avant la fixation du montant par le mari ou par le juge. Dans le dernier cas le don nuptial proportionnel lui est dû par le seul fait de la consommation du mariage. Selon la meilleure doctrine le don nuptial proportionnel s'évalue d'après la condition de la femme au moment où se fait le contrat de mariage, et la théorie la plus répandue exige en outre qu'il soit payé en cas de décès d'un des époux avant la fixation et avant tout le commerce charnel. On entend par « don nuptial proportionnel » le don nuptial dont le montant a été fixé en proportion des dons nuptiaux stipulés par d'autres femmes dans des circonstances et avec des qualités analogues.**

Pour le *minimum du don nuptial* la loi n'a pas fixé de limite, *et de même pour le maximum il n'y a point de limite* dans la loi. Le principe qui régit cette matière se formule ainsi : tout ce qui peut légalement servir de prix dans un contrat de vente, sans distinction si c'est un objet certain et déterminé ou seulement un avantage incorporel, peut aussi légalement servir de don nuptial, le tout sans préjudice de la recommandation exposée plus haut, que le montant ne soit pas au-dessous de dix dirham, ni au-dessus de cinq-cents dirham.

Il en résulte que le don nuptial, peut aussi consister dans un avantage incorporel, pourvu que ce soit un avantage connu. Par exemple, le mari peut légalement promettre à son épouse, en guise de don nuptial, qu'il lui enseignera le Coran.

La répudiation prononcée avant la consommation du mariage fait perdre à la femme la moitié du don nuptial stipulé ; mais, le mariage une fois consommé, le don nuptial lui est dû en son entier, lors même que la consommation n'aurait consisté que dans un seul acte de commerce charnel, et lors même que ce commerce constituerait un acte défendu, comme la cohabitation pendant que la femme se trouvait en iḥrām par la suite du pèlerinage, ou pendant sa période de menstruation. Comme nous venons de le voir, le don nuptial est encore dû en son entier en cas de décès, soit de l'époux, soit de l'épouse, préalablement à la consommation du mariage, mais il n'en est pas de même du

fait que l'épouse a passé le seuil de la chambre nuptiale sans rien de plus. C'est là du moins la théorie embrassée par Šāfi'ī pendant son séjour en Egypte. Même le don nuptial serait dû en entier dans le cas de suicide commis par une femme libre entre la conclusion du contrat de mariage et la consommation, quoiqu'il fallût décider autrement s'il s'agissait d'une esclave. Or la circonstance qu'une esclave mariée s'est suicidée, ou a été tuée par son maître, avant toute cohabitation avec son époux, suffit pour anéantir complètement l'obligation de payer le don nuptial.

Il est recommandable que le mariage soit célébré par un repas de noces. Le repas de noce s'appelle en arabe walīma, quoique, selon Šāfi'ī, ce mot ait véritablement la signification plus large de réunion pour célébrer un événement joyeux quelconque.

Les riches doivent au moins égorger une chāh⁹² pour leur repas de noces ; quant aux pauvres, il leur suffit de régaler les convives selon leurs moyens. Du reste, il y a un grand nombre de manières pour se divertir à l'occasion d'un mariage, manières qu'on trouve exposées dans les livres de jurisprudence détaillés. *Ceux qui ont reçu l'invitation d'y prendre part, c'est-à-dire de prendre part au repas de noce, doivent l'accepter, c'est-à-dire la meilleure doctrine en considère l'acceptation comme une obligation rigoureuse et individuelle, quoiqu'elle n'exige pas de manger des plats offerts.* Quant aux invitations à d'autres fêtes, on n'est jamais obligé de les accepter, dans le sens rigoureux du terme, mais en les acceptant on agit conformément à la sunna. En tout cas, l'obligation d'accepter l'invitation à un repas de noce, et la recommandation de la sunna d'accepter les autres invitations, n'existe que dans les deux circonstances suivantes :

1° que l'invitation ne soit pas adressée exclusivement à des personnes riches, mais à des riches et à des pauvres indistinctement ;

2° que l'invitation soit faite pour un seul jour ; car, si la fête doit se prolonger jusqu'à trois jours consécutifs, les invités peuvent s'excuser de paraître au deuxième jour. Toutefois il est encore recommandable de venir ce jour-là, mais il serait blâmable d'accepter aussi l'invitation pour le troisième jour.

Les autres circonstances dans lesquelles on peut décliner l'invitation se trouvent encore exposés dans les ouvrages de jurisprudence détaillés, et sont au reste implicitement comprises dans les paroles de l'auteur : *à moins qu'ils ne puissent alléguer une excuse valable.* Il faudra donc qu'on soit en effet empêché d'accepter l'invitation au repas de noces, par exemple, à cause de ce qu'on a peur de rencontrer au festin un ennemi dont on recevra quelques injures, ou une personne avec laquelle on ne pourrait se trouver convenablement dans la même société.

Section IV

Des prescriptions relatives au partage des faveurs maritales et à l'insoumission des femmes, le partage égal constituant une obligation pour le mari, et la soumission constituant une obligation pour la femme. On entend par « insoumission » de la part de

⁹²Voy. Plus haut.

la femme mariée, une conduite incompatible avec les droits que le mari peut faire valoir sur sa personne. Quant au partage égal des faveurs maritales, à supposer que l'on possède deux épouses ou plus, on n'est jamais obligé de cohabiter avec elles. Or on ne commet point un péché en faisant lit à part au lieu de passer ses nuits auprès de ses épouses, et cette règle concerne tout aussi bien celui qui n'a qu'une seule femme, que celui qui en a plusieurs. Il est seulement recommandable de ne pas négliger ses épouses ou son épouse, en faisant lit à part, et de visiter chacune d'entre elles au moins une nuit sur quatre. *Ce n'est que quand il a l'habitude de se livrer au commerce charnel que le mari est obligé de partager ses faveurs également entre ses épouses.* Cette égalité doit exister non seulement par rapport au lieu, mais encore par rapport au temps des visites conjugales. Par rapport au lieu, il est interdit à l'époux de faire cohabiter deux femmes ou plus dans le même appartement, à moins que ce ne soit de leur consentement formel. Par rapport au temps qu'il faut passer auprès de ses épouses, c'est la nuit qui forme la base de la visite conjugale, tandis que le jour n'en est que l'accessoire, dans tous les cas où le mari n'a pas ses occupations pendant la nuit par exemple, s'il est gardien. Dans ces dernières circonstances, le jour serait la base et la nuit l'accessoire. *Il ne saurait se rendre, c'est-à-dire le mari ne saurait se rendre, la nuit, dans l'appartement de la femme dont ce n'est pas le tour, excepté en cas d'urgence.* Or s'il a une raison valable pour aller voir une de ses épouses dont ce n'est le tour par exemple en cas de maladie, etc. il peut se rendre dans l'appartement de celle-ci. Seulement si la visite extraordinaire dont nous nous occupons s'est prolongée, le mari doit indemniser après-coup l'épouse abandonnée en restant avec elle par exception un temps égal à celui durant lequel elle a été privée de sa présence. Lorsque le mari a eu commerce avec la femme à laquelle il faisait une visite extraordinaire, la loi lui prescrit seulement d'indemniser la femme qu'il vient de quitter par rapport à la durée de son absence, et non de l'indemniser encore relativement à l'œuvre de la chair. Il n'y a jamais lieu à indemnisation dans le cas où l'absence du mari n'aurait pas été prolongée. L'auteur continue : *et s'il a l'intention, c'est-à-dire le mari possédant plusieurs femmes, de faire un voyage, il lui faut préalablement tirer au sort entre ses épouses, après quoi il doit partir en voyage avec celle que le sort vient d'indiquer.* Le mari qui s'est confirmé à cette prescription n'a pas besoin d'indemniser plus tard les femmes restées à la maison, pour la durée de son voyage jusqu'au but. Mais à supposer que le mari en question, arrivé au but de son voyage, s'y établisse comme en séjour fixe, il doit indemniser plus tard les épouses restées à la maison, et à cet égard il est indifférent que le dessein de prolonger son séjour ait été formé au commencement ou pendant le voyage, ou bien après son arrivée. Māwardī est seul à faire dépendre l'obligation d'indemniser plus tard les femmes restées à la maison, de la condition que la femme qui a accompagné le mari soit restée avec lui pendant toute la durée de son séjour. La durée du voyage, du séjour temporaire au domicile primitif, ne donne pas lieu à l'indemnisation qui nous occupe.

En prenant une nouvelle épouse, il, savoir le mari, lui doit en vertu d'une prescription spéciale et rigoureuse, ou lors même qu'elle serait esclave, ou lors même que le mari en question aurait déjà une autre femme, le mari, dis-je, doit passer avec sa nouvelle épouse sept nuits consécutives, dans le cas où elle, c'est-à-dire la nouvelle épouse, serait encore vierge, sans indemniser ses autres épouses, et il lui doit trois nuits consécutives dans le cas où elle, savoir la nouvelle épouse, ne le serait plus. Il ne suffit

point de passer de deux nuits l'une auprès de sa nouvelle épouse, et l'autre, par exemple, dans une mosquée, puisqu'elle peut réclamer des nuits consécutives, et le cas échéant le mari devra indemniser plus tard ses autres femmes pour les nuits qu'il a passées dans la mosquée.

Au premier soupçon, de la part de son mari, qu'une femme mariée va se soustraire à l'autorité maritale, ou, selon quelques exemplaires du Précis, quand une femme mariée paraît être, c'est-à-dire se montre, insoumise à l'autorité maritale, elle doit être exhortée par son mari, mais celui-ci ne doit pas immédiatement recourir aux coups, ni cesser ses relations avec elle. Il doit lui dire, par exemple : « Crains Dieu et souviens-toi du respect que tu me dois, et n'oublie pas que l'insoumission te fera perdre tes droits à l'entretien et à mes faveurs ». L'insoumission n'est jamais pour le mari une raison d'insulter sa femme ; selon la meilleure théorie ses paroles doivent tendre à la corriger, et il ne saurait porter l'affaire tout de suite devant le juge. Ce n'est que quand la femme persévère dans son insoumission, après avoir été exhortée, que le mari a le droit de la reléguer dans sa chambre, savoir dans la chambre où la femme a l'habitude de dormir, sans passer la nuit auprès d'elle. Le mari toutefois ne saurait s'abstenir de lui adresser la parole plus de trois jours, quoique An-Nawawī, dans la Rawḍa), ait soutenu que le maximum de trois jours ne concerne point le cas où le mari a des raisons valables pour faire durer la rupture plus longtemps. L'auteur ajoute : Et au cas où elle s'y obstine encore, c'est-à-dire à l'insoumission, en faisant des actes répétés de désobéissance, le mari peut non seulement la reléguer, mais encore la frapper. Cependant les coups doivent toujours rester dans les limites d'une correction ; sinon, le mari est responsable des conséquences ultérieures. L'insoumission fait perdre à la femme le droit de recevoir son mari et d'être entretenue par lui.

Section V

Des prescriptions relatives au divorce, appelé en arabe ḥul⁹³. Ce mot est dérivé de ḥal⁹³, et désigne, dans le langage ordinaire, l'acte d'ôter ou d'enlever. Cependant, comme terme de droit, on entend par Ḥol⁹³ la séparation des époux moyennant un prix compensatoire, à payer par la femme, et consistant en une valeur quelconque. Il s'ensuit de cette dernière restriction que le divorce ne saurait avoir lieu moyennant une certaine quantité de sang ou d'autres choses impures. *Le divorce est licite moyennant un prix compensatoire connu*, que la femme peut effectivement délivrer à son mari. Dans le cas où elle aurait offert à titre de prix compensatoire un objet inconnu, par exemple, une pièce d'étoffe, sans déterminer laquelle, cet acte n'est point valable ; mais cela n'empêche pas que la femme soit considérée comme répudiée irrévocablement, et qu'elle doive payer au mari le don nuptial proportionnel. L'auteur continue : *et le divorce valable a pour conséquence que la femme devient libre des liens du mariage. On, c'est-à-dire le mari, ne peut plus reprendre par une déclaration unilatérale son épouse divorcée, non*

⁹³Voy. Plus haut, page 49 n. 1. Dans le Minhāj at-Tālibīn II, p. 408, Nawawī ne parle pas du maximum de trois jours.

seulement lorsque le prix compensatoire est en règle, mais encore lorsqu'il ne l'est pas. Quelques exemplaires du précis ajoutent : « mais bien par un nouveau mariage », paroles qui cependant font défaut dans la plupart des manuscrits. *Le divorce peut avoir lieu tout aussi bien quand la femme se trouve dans l'état de pureté légale que pendant la menstruation.* La loi ne s'y oppose en aucune circonstance. *Enfin la femme divorcée n'est pas soumise aux prescriptions relatives aux droits du mari sur son épouse répudiée.* En ceci elle se distingue de la femme répudiée révocablement, laquelle ne peut s'opposer au retour à l'union conjugale.

Section VI.

Des prescriptions relatives à la répudiation, appelée en arabe talâq. Dans le langage ordinaire ce mot signifie la solution d'un lien quelconque, mais, comme terme de droit, la solution des liens du mariage. Pour que la répudiation ait tous ses effets légaux, il est de rigueur que le mari qui la prononce soit musulman, majeur et doué de raison, et que ce soit un acte fait de plein gré. Quant à la répudiation prononcée à l'état d'ivresse, elle a tous les effets légaux, à titre de punition. *La répudiation peut se prononcer de deux manières, en termes explicites et en termes implicites*, les premiers étant ceux qui indiquent la volonté de répudier d'une façon directe et nécessaire, et les derniers ceux qui peuvent aussi se rapporter à autre chose. Au cas où le mari aurait prononcé la répudiation en termes explicites, une déclaration postérieure de sa part, que son attention n'était point de répudier sa femme, ne saurait être acceptée. *Les paroles dénotant la répudiation d'une manière explicite sont au nombre de trois : « répudiation », et ses dérivés, comme « Je vous répudie », « Vous êtes répudiée », ou « Vous êtes renvoyée à titre de répudiation », puis : « séparation » et « congé », comme : « Je me sépare de vous », « Vous êtes séparée », « Je vous donne votre congé », ou « Vous êtes congédiée ».* Enfin c'est une manière explicite de répudier que le mari se serve du mot de « divorce », en y ajoutant la valeur reçue en guise de prix compensatoire, ou bien qu'il dise que sa femme s'est rachetée. L'auteur continue : *et la répudiation formulée de la sorte, en termes explicites, est efficace, même sans l'intention de répudier.* Il n'y a qu'une seule exception à cette règle : le mari qui vient de prononcer une répudiation conçue termes explicites, sous l'effet de quelque violence, est soumis à la même loi que celui qui l'a prononcée de son plein gré en termes implicites, savoir, si, tout en y ayant été forcé, il avait l'intention de répudier, l'acte est consommé, mais non dans le cas contraire. *On entend par termes implicites toutes les paroles pouvant indiquer, soit la répudiation, soit autre chose ; la répudiation, prononcée de cette manière est efficace seulement si telle était l'intention du mari.* S'il avait l'intention de répudier sa femme, la répudiation a lieu, mais non dans le cas contraire. Parmi les paroles dénotant la répudiation d'une manière implicite, les plus connus sont : « Vous êtes libre », ou « célibataire », « Rejoignez votre famille », et les autres expressions mentionnées dans les ouvrages détaillés de jurisprudence.

Par rapport au sujet qui nous occupe, c'est-à-dire par rapport à la répudiation, les femmes appartiennent à deux catégories. En premier lieu, il y a celles dont la répudiation

est, soit conforme, soit contraire à la sunna.

Ce sont les femmes sujettes à la menstruation. En se servant de l'expression « conforme à la sunna », l'auteur a vue la répudiation licite, tandis que l'expression « contraire à la sunna » indique la répudiation défendue. *La répudiation conforme à la sunna est celle à qui a été prononcée par le mari pendant une période de pureté dans laquelle la femme est restée intacte, et la répudiation contraire à la sunna, celle qui a lieu, soit pendant la menstruation, soit pendant leur période de pureté dans laquelle la femme a subi l'attouchement marital. En second lieu, il y a les femmes dont la répudiation est indifférente. Elles sont au nombre de quatre : les femmes mariées avant l'âge de puberté, celle qui ne peuvent plus concevoir, ce sont celle qui ont dépassé l'âge de la menstruation, les femmes enceintes, et les femmes divorcées avant la consommation du mariage par la cohabitation.*

Les diverses sortes de répudiation peuvent encore se diviser d'après un autre point de vue ; il y a la répudiation obligatoire, recommandable, blâmable, défendue et licite. La première est, par exemple, la répudiation ayant lieu de la part d'un mari qui a prononcé le serment de continence ; la deuxième, celle d'une femme qui manque à ses devoirs, par exemple, d'une femme de mauvais caractère ; la troisième, d'une femme vertueuse ; et la quatrième, celle que nous venons de mentionner comme contraire à la sunna. Enfin la répudiation licite est, selon l'Imām al-Haramain⁹⁴, la répudiation d'une femme pour laquelle son mari n'a plus d'affection, et qu'il ne veut pas entretenir sans que les frais d'entretien soient compensés par les plaisirs de l'amour.

Section VII

Des prescriptions relatives à la répudiation prononcée par un homme libre, à celle prononcée par un esclave, et à celle prononcée par certains autres individus. *L'homme marié libre peut prononcer contre son épouse, lors même que celle-ci serait une esclave, trois répudiations, mais la faculté accordée à un esclave de répudier sa femme, se borne à deux répudiations seulement.* Dans le dernier cas, il est indifférent que la femme de l'esclave soit une personne libre ou non, et puis les affranchis partiels, contractuels ou testamentaires sont soumis à la même loi que les esclaves proprement dits. *La répudiation peut se prononcer légalement sous quelque réserve, pourvu que celle-ci la suive immédiatement, c'est-à-dire que le mari prononce les paroles de la répudiation et celles de la réserve de manière à ce que les unes et les autres soient considérées, d'après la coutume locale, comme se succédant et comme formant une seule phrase.* En outre il est de rigueur que l'intention de faire une réserve ait existé chez le mari avant qu'il ait terminé le serment, si la répudiation en est accompagnée. Or on ne saurait prononcer dans ces circonstances une réserve efficace sans en avoir l'intention

⁹⁴ 'Abd al-Malik, surnommé l'Imām al-Haramain parce qu'il a été imām ou premier ecclésiaste dans les Mosquées de la Mecque et de Médine, c'est-à-dire dans les deux haram, mourut l'an 478 de l'Hégire à Nisâbour. Sur lui et ses ouvrages voy. Von Hammer-Purgstall : Literaturgeschichte der Araber, VI, page 317 et s.

préalable. Une dernière condition pour la validité de la réserve, c'est qu'elle ne soit pas de nature à rendre illusoire l'acte en son entier. En cas d'infraction à cette règle, par exemple, au cas où le mari a dit à sa femme : « Vous êtes répudiée trois moins trois fois », la réserve est frappée de nullité. L'auteur ajoute : *et il est licite de la faire dépendre, c'est-à-dire de faire dépendre la répudiation, d'une certaine modalité ou d'une condition*. Si, par exemple, le mari a dit : « Vous êtes répudiée si vous entrez dans la maison », la femme est réellement répudiée quand elle y entre. *Puis la répudiation peut seulement se prononcer contre une femme avec laquelle on est marié. Il en résulte que la répudiation est impossible avant le mariage.*

La prohibition de répudier une femme étrangère ne concerne pas seulement la répudiation pure et simple, comme celle formulée dans les paroles : « je vous répudie », mais encore la répudiation conditionnelle, par exemple, quand on dit à une femme avec laquelle on n'est pas marié : « Si un jour je suis votre mari, vous êtes répudiée », ou même quand on a déclaré : « Si un jour je suis le mari d'une telle, elle est répudiée ».

Il y a quatre individus de la part desquels la répudiation n'est pas efficace : les mineurs, les aliénés, ou même ceux qui sont dans l'état d'évanouissement, les hommes endormis et ceux qui ont prononcé la répudiation sous l'effet de quelque violence, du moins si c'était une violence illégale. Car, à supposer que le mari ait été forcé par violence de répudier sa femme, mais que ce fût une contrainte légitime, la répudiation aurait tous ses effets. Un exemple de contrainte légitime est, selon une foule de juristes, celle exercée par le juge sur un mari qui a fait le serment de continence, lequel mari doit répudier son épouse après la période d'indulgence. On appelle « violence », dans le sens légal, le pouvoir de causer à une personne le mal dont on l'a menacée, sans distinguer si ce pouvoir consiste dans l'autorité ou dans la force physique, à la double réserve que la personne en question ne puisse s'y soustraire par la fuite, en appelant au secours, ect. Et qu'elle soit réellement dans l'idée que la menace sera exécutée si elle refuse d'accomplir l'acte ordonné. Il faudra donc considérer comme une violence le fait d'être menacé de coups graves, d'emprisonnement, de la perte de ses biens, etc. Du reste la répudiation serait encore efficace, dans le cas où l'époux menacé aurait montré le moindre indice d'approbation, par exemple, dans le cas où on voulait le forcer de répudier ses trois femmes, et il en aurait répudié une seule. La répudiation qui dépend d'une certaine modalité ou d'une condition est consommée par l'accomplissement de la modalité ou de la condition, alors même qu'au moment de l'accomplissement, le mari n'aurait plus les qualités requises pour prononcer une répudiation valable. Comme nous venons de le voir plus haut, la répudiation prononcée à l'état d'ivresse a toutes les conséquences d'une répudiation prononcée par un mari à l'état normal.

Section VIII

Des prescriptions relatives au retour à l'union conjugale, appelé en arabe raj'a, ou, selon quelques-uns, rij'a. Ce mot signifie, dans le langage ordinaire, l'acte de retourner une seule fois, mais, comme terme de droit, l'acte de reprendre sa femme répudiée

révocablement, pendant la retraite légale, d'une façon particulière. Le mot « répudiée » exclut la cohabitation commise par erreur, de même que l'assimilation injurieuse. Or la reprise de la cohabitation, lorsque, dans ces deux cas, l'obstacle a cessé d'exister, ne s'appelle point « retour à l'union conjugale ». *La première et la deuxième répudiation prononcées par un croyant contre sa femme n'empêchent pas à l'époux, même sans le consentement de la femme en question, de la reprendre, aussi longtemps que la retraite légale n'est pas expirée.* Le retour à l'union conjugale s'accomplit de la part d'un mari doué de la faculté de parler, par une déclaration verbale, conçue, par exemple, dans les termes : « Je vous reprends », ou dans des termes similaires. La meilleure doctrine admet en outre les paroles : « Je vous rends au mariage », ou « Je vous retiens comme épouse », comme explicites pour amener le retour, tandis qu'elle ne considère que comme implicites les expressions : « Je me marie avec vous », ou « Je vous épouse ». Pour reprendre sa femme, il est de rigueur qu'on puisse légalement conclure un mariage de son chef ; il n'y a d'exception que pour l'homme qui se trouve en état d'ihram, lequel peut faire valoir son droit au retour, quoique le contrat de mariage lui soit interdit.

Il s'ensuit que l'ivresse n'est point obstacle au retour, mais que ni les apostats, ni même les mineurs ou les aliénés ne peuvent reprendre leurs épouses répudiées, les deux derniers comme étant incapables de se marier sans l'assistance de leurs représentants légitimes. En revanche, les imbéciles et les esclaves en ont la faculté, même sans l'autorisation de leur curateur ou de leur maître, soit nécessaire dans le cas d'un nouveau mariage.

Après l'expiration de la retraite légale, c'est-à-dire de la retraite d'une femme répudiée révocablement, on ne peut, c'est-à-dire le mari ne peut, rétablir le mariage que par un nouveau contrat, lequel mariage toutefois, quoique constituant une convention indépendante, est considéré comme une continuation du premier, par rapport au nombre des répudiations par lesquelles il est irrévocablement dissous. A cet égard il est indifférent que la femme répudiée ait eu en attendant un autre mari ou non. *Lorsque la répudiation d'une femme par son mari a eu lieu trois fois, s'il s'agit d'un homme libre, ou deux fois, s'il s'agit d'un esclave, sans distinction entre le mariage consommé et celui qui ne l'est point, elle est désormais prohibée pour son mari, à moins qu'il n'y ait concours de cinq circonstances : savoir*

1° *que la retraite légale qu'elle doit observer à son égard soit expirée, c'est-à-dire la retraite à observer l'égard du mari qui vient de la répudier trois fois ; puis il faut*

2° *que la femme ait épousé un autre homme en justes noces ; puis il faut*

3° *que celui-ci, c'est-à-dire le nouveau mari, ait cohabité avec elle et l'ait possédée effectivement en introduisant dans son vagin le gland de la verge, ou ce qui en tient lieu, en cas de perte de gland. L'introduction de la verge dans l'anus ne suffit point, sans compter que la loi exige en outre que ce soit une verge pouvant entrer en érection, que le nouveau mari soit capable d'avoir commerce avec une femme, et qu'il ne soit pas en bas âge ; puis il faut*

4° *qu'elle ait été irrévocablement séparée de lui, c'est-à-dire du nouveau mari ; et enfin il faut*

5° que la retraite légale qu'elle doit observer par la suite du mariage intermédiaire soit expirée.

Section IX

Des prescriptions relatives au serment de continence, appelé en arabe *ilā*. Dans le langage ordinaire, ce mot est un infinitif de la quatrième forme du verbe *alā*, laquelle forme signifie « jurer ». Cependant, comme terme de droit, le mot *ilā* désigne le serment prêté par un mari pouvant légalement répudier sa femme, de s'abstenir de tout commerce proprement dit avec elle, soit sans indiquer un terme, soit pour une période supérieure à quatre mois. Cette définition résulte des paroles de l'auteur : *Quand un mari a juré de s'abstenir de la cohabitation avec sa femme, soit en général, soit pour terme, c'est-à-dire, quand il a juré que son abstinence sera limitée à un terme, excédant quatre mois, il, c'est-à-dire le mari qui a fait le serment ci-dessus, a fait le serment de continence par rapport à son épouse. On peut prêter le serment en question tout aussi bien en invoquant le nom de Dieu, l'Être suprême, qu'en invoquant une de Ses qualités, et en outre on peut confirmer son engagement à la continence en y joignant une clause par laquelle on s'impose de répudier sa femme ou d'affranchir son esclave en cas d'inexécution. Ainsi on peut dire, par exemple : « Si je cohabite avec vous, vous êtes répudiée », ou « mon esclave est libre », et alors la femme est répudiée ou l'esclave est libre de plein droit par le seul fait de la reprise de la cohabitation. Il en serait de même dans le cas où le mari aurait dit : « Si je cohabite avec vous, je m'engage envers Dieu « pour une prière », « pour un jeûne » ou « pour un pèlerinage » surérogatoires, ou bien « à affranchir un esclave », puisqu'alors on est encore censé avoir fait un serment de continence valable. On lui impose, c'est-à-dire il faut accorder au mari qui a fait le serment de continence, sans distinction entre l'homme libre et l'esclave, mais à la seule condition que l'épouse soit physiquement capable de remplir ses devoirs conjugaux, à la demande de la femme, une période d'indulgence de quatre mois ; à commencer, s'il s'agit d'une femme non répudiée, dès le jour du serment, et, s'il s'agit d'une femme répudiée révocablement, dès le retour à l'union conjugale. Puis, après l'expiration de cette période d'indulgence, le mari qui vient de faire le serment dont nous nous occupons, a le choix entre la reprise de la cohabitation, laquelle doit être réelle, c'est-à-dire il lui faut introduire le gland de la verge, ou ce qui eut tient lieu en cas de perte du gland, dans le vagin de sa femme. La reprise de la cohabitation doit être accompagnée de l'expiation pour parjure, du moins si l'engagement de continence a été pris en invoquant le nom de Dieu. L'auteur formule l'autre alternative laissée à l'époux en ces trois mots : et la répudiation de la femme dont il a juré de s'abstenir. En cas de refus de la part du mari de se résigner, soit à la reprise de la cohabitation, soit à la répudiation, c'est le juge qui déclare que la femme est répudiée une seule fois et révocablement. La répudiation ne saurait être prononcée par le juge pour un plus grand nombre de fois. Lorsque le mari refuse seulement la reprise de la cohabitation, le juge doit lui ordonner de répudier sa femme.*

Section X

Des prescriptions relatives à l'assimilation injurieuse. Elle s'appelle en arabe *zihar*, mot qui, dans le langage ordinaire, est dérivé de *zahr* « dos », mais qui signifie comme terme de droit, l'acte d'assimiler son épouse, non répudiée irrévocablement, à une femme avec laquelle le mariage est prohibé. *L'assimilation injurieuse consiste en ce que le mari dise à sa femme* : « Vous serez pour moi dans « le même aspect que le dos de votre mère ». Il est de rigueur que le mari se soit servi du mot « dos », et non, par exemple, du mot « sein », parce que le dos est la partie du corps avec laquelle on supporte quelque chose, et que la femme doit supporter son mari. *En ayant prononcé cette formule contre sa femme, c'est-à-dire en lui ayant dit* : « Vous serez pour moi dans le même aspect que le dos de ma mère », *sans toutefois y ajouter la répudiation, le mari est censé avoir renoncé à l'intimité conjugale avec sa femme, et il doit par conséquent l'expiation.* Cette expiation peut avoir lieu de trois façons différentes, dont cependant la deuxième et la troisième ne sont que des expiations subsidiaires. C'est ce qui résulte des paroles de l'auteur : *l'expiation est l'affranchissement d'un esclave musulman* ; mais on ne regarde pas à ce que l'esclave soit né d'un père et d'une mère fidèles, ou bien si sa foi résulte de ce que l'un de ses parents seulement *ait* été croyant. L'esclave doit être exempt d'infirmités portant préjudice à son travail ou à son aptitude à l'exercice d'un gagne-pain ; ce préjudice doit être évident. *A défaut d'esclave ayant les qualités requises, c'est-à-dire au cas où le mari est physiquement ou légalement incapable de s'en procurer un, il faut jeûner deux mois consécutifs.* Les deux mois sont des mois de l'année lunaire ; on a satisfait aux termes de la loi, lors même que l'un et l'autre n'auraient point trente jours. L'intention de jeûner doit être formulée chaque nuit pour le jour suivant, mais la meilleure théorie n'exige pas que l'intention se rapporte encore à la continuité. *Dans le cas d'incapacité physique d'accomplir ce jeûne de deux mois, ou de l'accomplir sans l'interrompre, il faut nourrir soixante indigents ou pauvres, en donnant à chaque indigent ou pauvre un mudd de grains, comme on en donne à titre de prélèvement à la fin de Ramaḍān, Par conséquent les denrées alimentaires qu'on donne doivent constituer la nourriture principale dans la localité où le débiteur a son domicile ; on peut donner, par exemple, du froment ou de l'orge, mais non de la farine ou la tisane appelée sawīq.*

Celui qui coupable d'assimilation injurieuse sans pouvoir expier sa faute d'aucune des trois façons mentionnées, reste personnellement responsable de l'expiation, et doit s'en acquitter d'une manière ou d'une autre aussitôt qu'il en a les moyens, lors même qu'il ne pourrait s'en acquitter que partiellement, par exemple, s'il ne peut donner qu'un mudd ou qu'une fraction d'un mudd. *Il est interdit au mari qui vient de prononcer l'assimilation injurieuse de recommencer la cohabitation avec la femme injuriée, avant d'avoir expié sa faute d'une des trois façons exposées plus haut.*

Section XI

Des prescriptions relatives à la diffamation et à l'anathème. L'anathème s'appelle en arabe li'ān, mot qui, dans le langage ordinaire, est un infinitif de la troisième forme du verbe la'āna dont la signification primitive est « éloigner », et, dans cette signification, l'infinitif en est la'n. Comme terme de droit on entend par li'ān les paroles spéciales à prononcer par un mari qui est obligé de diffamer sa femme, c'est-à-dire de l'accuser de crime de fornication sans qu'il y ait preuve légale, parce qu'elle a déshonoré le lit conjugal et offensé de cette façon son époux légitime. Les paroles en question sont assimilées par la loi à la preuve légale. *Le mari qui a accusé sa femme du crime de fornication, c'est-à-dire qui l'a diffamée, doit être puni comme diffamateur.* Nous allons voir plus loin que la peine définie dont est menacé le diffamateur consiste en quatre-vingts coups de fouet, à moins qu'il, savoir le mari diffamateur, ne fournisse la preuve légale que la femme est coupable, ou qu'il ne prononce l'anathème contre elle. Quelques exemplaires du Précis portent : « ou qu'il ne la maudisse, soit sur l'ordre du juge, soit sur l'ordre de l'autorité qui remplace celui-ci, par exemple le tribunal ». *L'anathème se prononce par devant le juge, dans la grande mosquée, et même dans la chaire en présence du public, c'est-à-dire en présence de quatre hommes au moins. Il se compose des paroles sacramentelles : « j'atteste devant Dieu que je suis sincère en accusant ma femme absente, une telle, du crime de fornication ».* Si la femme est présente à l'endroit, il faut la marquer, en disant : « cette femme qui est à moi », et s'il y a un enfant à désavouer, le mari doit faire mention dans ces termes : « et que cet enfant est illégitime et non de moi ». *Ces paroles de l'anathème doivent se répéter quatre fois. La cinquième fois, le mari, après avoir été averti par le juge ou par le tribunal qu'en cas de mensonge il va s'attirer une punition de la part de Dieu, l'Être Suprême, dans l'autre monde, et que les peines éternelles sont plus à redouter que les peines appliquées dans le monde ou nous vivons, le mari dis-je continue : « et que la malédiction de Dieu vienne sur moi, si je suis de mauvaise foi en accusant ma femme que voici du crime de fornication ».* Quoique l'auteur exige que l'anathème ait bien lieu « dans la chaire et eu présence du public », ce sont là deux conditions qu'il ne faut pas regarder comme obligatoires, mais seulement comme introduites par la sunna.

L'anathème prononcé par le mari, est indépendant de celui prononcé par sa femme, et a cinq conséquences légales : savoir

1° *L'impunité* ; la peine affective et définie dont est menacée la diffamation, n'est pas encourue par suite de l'accusation de la part du mari, si la femme est muḥṣana⁹⁵. Si la femme n'est pas muḥṣana pour une raison ou une autre, c'est la correction arbitraire que le mari a écartée en prononçant l'anathème⁹⁶ ; puis il y a

2° *La punition de la femme* ; elle doit subir la peine afflictive et définie dont est menacé le crime de fornication, à moins qu'elle n'annule l'anathème du mari en maudissant celui-ci à son tour. A cet égard on ne demande point si la femme est musulmane ou non ;

⁹⁵C'est-à-dire majeur, doué de raison, libre, musulmane ayant cohabité en mariage légitime.

⁹⁶Voy. Plus loin, Livre X Section II.

puis il y a

3° *La fin de l'union conjugale*, ou, comme d'autres l'expriment, la séparation perpétuelle. La séparation est complète et irrévocable, lors même que le mari aurait rétracté plus tard ses accusations ; *puis il y a*

4° *Le désaveu de l'enfant* pour ce qui concerne le mari. Quant à la femme, l'enfant qu'elle a mis au monde par suite à son infidélité ne saurait être désavoué par elle ; *enfin il y a*

5° *La défense de cohabiter* avec la femme qu'on vient de maudire, à *jamais*. Non seulement le mariage avec la femme en question est prohibé ; mais, à supposer qu'elle soit esclave, on doit s'abstenir de cohabiter avec elle en vertu de son droit de propriété, si l'on devient plus tard son maître par achat.

Dans les ouvrages détaillés de jurisprudence on trouve encore d'autre conséquences de l'anathème, par exemple, que la femme, aussi longtemps qu'elle n'a pas annulé l'anathème en maudissant le mari à son tour, cesse d'être à l'égard de celui-ci muḥṣana ; d'où il s'ensuit que le mari peut l'accuser dans la suite du crime de fornication, sans être jamais punissable comme diffamateur.

La femme peut écarter la peine afflictive et définie dont est menacé le crime de fornication, en prononçant l'anathème à son tour, c'est-à-dire en maudissant le mari qui vient de maudire, ce qui se fait dans les termes suivants, qui contiennent l'anathème qu'elle a à prononcer au cas où le mari est présent à l'endroit : « J'atteste devant Dieu que c'est de mauvaise foi qu'un tel que voici, vient de proférer son accusation relative au crime de fornication dont je me serais rendue coupable ». Ces paroles doivent être prononcées, c'est-à-dire la femme accusée doit le répéter, quatre fois. La cinquième fois, elle continue sa déclaration, après avoir été avertie par le juge ou par le tribunal, qu'en cas de mensonge, elle va s'attirer une punition de la part de Dieu dans l'autre monde, et que les peines éternelles sont plus à redouter que les peines appliquées dans le monde où nous vivons : « et que la colère de Dieu vienne sur moi, si mon mari a été de bonne foi en m'accusant du crime de fornication ».

L'obligation de prononcer les formules sacramentelles que nous venons de donner ne regarde que les hommes ou les femmes qui peuvent parler. Quant aux muets, ils peuvent se servir de signes, pourvu que ces signes énoncent clairement leur idée. On ne saurait légalement substituer un serment à l'expression : « J'atteste », par exemple en disant : « Je jure devant Dieu », ni intervertir les mots : « malédiction » et « colère », par exemple, si la femme appelle sur soi « la malédiction de Dieu », et le mari « la colère de Dieu », ni enfin appeler sur soi la « malédiction » ou la « colère » avant d'avoir terminé quatre fois la phrases : « J'atteste, ect », le tout sous peine d'invalidité entière.

Section XII

Des prescriptions relatives à la femme en retraite légale et aux différentes espèces de retraites. La retraite légale s'appelle en arabe 'idda ; c'est, dans le langage ordinaire, un nom dérivé de la huitième forme du verbe 'adda « compter » ; mais, comme terme de

droit, c'est le temps d'attente que doit observer une femme, jusqu'à ce qu'il paraisse que son utérus est libre, fait qui se constate, soit par la menstruation, soit par l'écoulement d'un certain nombre de mois, soit par l'accouchement. *Il y a deux sortes de retraites légales prescrites aux femmes : la retraite en cas de dissolution du mariage par la mort de l'époux, et celle en cas dissolution du mariage entre vifs. En cas de dissolution du mariage par la mort de l'époux, la femme libre et enceinte doit demeurer en retraite depuis la mort de son époux jusqu'à son accouchement, ou plutôt jusqu'à ce que son accouchement soit terminé. S'il s'agit de jumeaux, l'accouchement n'est terminé qu'à la naissance du second. Au reste il est bien entendu que l'accouchement doit avoir lieu à une époque permettant que l'enfant soit du mari décédé, lors même qu'il n'y aurait que possibilité virtuelle, par exemple, si l'enfant a été désavoué au moyen de l'anathème. Il s'ensuit du même principe que dans le cas où un mineur incapable à la procréation aurait laissé une veuve enceinte, celle-ci doit observer une retraite se comptant par mois, et non la retraite se terminant par son accouchement. L'auteur ajoute : tandis que la retraite d'une femme qui n'est pas enceinte dure quatre mois et dix jours avec les nuits qui en relèvent. Les mois se comptent autant que possible par les lunes ; mais si le décès a eu lieu au milieu d'un mois, il faut compter pour le premier mois trente jours. La femme dont le mariage n'a pas été dissous par la mort du mari, doit de même, en cas de grossesse, observer une retraite qui dure jusqu'à ce qu'elle accouche d'un enfant dont on présume qu'il a le mari pour père ; mais au cas où la femme n'est pas enceinte, il faut distinguer entre celles qui ont, c'est-à-dire qui sont sujettes à des menstrues et celles qui ne les ont point. La retraite des premières se compose de trois périodes de pureté. Une femme répudiée dans une période de pureté aura donc accompli sa retraite légale à l'entrée de la troisième menstruation, pour peu qu'il y ait eu un intervalle, quelque court qu'il soit, entre la répudiation et l'apparition des premières menstrues. En revanche une femme répudiée pendant la menstruation ou les lochies n'est libre qu'à l'entrée de la quatrième menstruation, puisque le temps de la menstruation ne saurait naturellement être pris pour une période de pureté. L'auteur continue : mais la retraite de l'épouse nommée en second lieu, c'est-à-dire celle de l'épouse en bas âge, celle de la femme majeure qui n'a jamais eu ses menstrues et qui n'a pas encore atteint l'âge où elles doivent cesser, celle de la femme qui, dans les mêmes circonstances, n'a pas de menstrues régulières, et celle de la femme qui a passé l'âge de la menstruation, sont de trois mois lunaires, si la répudiation a été prononcée le premier jour d'un mois. Lorsqu'au contraire la répudiation a eu lieu dans le cours d'un mois, la femme en question doit d'abord attendre deux mois et puis, dans le quatrième mois, elle continue la retraite pendant le nombre des jours manquant au premier mois, pour que ce soit un mois complet de trente jours. La femme qui, selon les principes exposés, est astreinte à une retraite légale se comptant par mois, mais qui, avant de l'avoir terminée, devient sujette à la menstruation, doit encore observer les trois périodes de pureté prescrites. Il en serait autrement dans le cas où la menstruation ne se serait manifestée qu'après la fin de la retraite se comptant par mois. La femme répudiée avant la consommation du mariage n'est soumise à aucune retraite, lors même qu'elle aurait subi quelque attouchement marital, ne constituant point un coït réel et régulier. La retraite légale d'une esclave enceinte, répudiée, soit révocablement soit irrévocablement, est accomplie, selon les circonstances, soit à son accouchement, c'est-à-dire au moment qu'elle vient de*

mettre au monde un enfant que la loi présume avoir pour père le mari. L'auteur continue : *comme celle de la femme libre*, enceinte au moment de la dissolution du mariage ; c'est-à-dire qu'elle est soumise à toutes les prescriptions mentionnées plus haut relativement aux femmes libres dans les mêmes circonstances. Une autre manière de terminer la retraite de l'esclave en question est formulée ainsi qu'il suit : *soit par deux périodes de pureté, si sa retraite se compte de cette façon*. L'affranchie testamentaire, l'affranchie partielle, l'affranchie contractuelle et l'affranchie pour cause de maternité sont toutes régies par la même loi que l'esclave. L'auteur ajoute, comme une dernière raison de finir la retraite, *soit par l'accomplissement de deux mois et cinq nuits, en cas de dissolution du mariage par la mort, ou bien par une retraite d'un mois et demi, en cas de répudiation*. C'est là l'opinion personnelle de Šāfi'ī ; mais il y a un autre auteur qui soutient l'opinion que de la retraite de l'esclave dure deux mois, et, d'après Ġazzālī, cette dernière opinion a plus d'autorité que l'autre. Quant à l'auteur du Précis, tout en considérant les deux procédés comme licites, il déclare que le second mérite la préférence, en disant : *Toutefois il est préférable qu'elle observe une retraite de deux mois*. Enfin un juriste exige une retraite de trois mois, et il est évident que l'esclave qui observe une retraite semblable, se montre femme de précaution ; c'est pourquoi Šāfi'ī et un grand nombre de ses sectateurs **partisans** tiennent à la doctrine dernièrement exposée.

Section XIII.

Des prescriptions relatives à l'attente de purification, appelée en arabe *istibrā*. Dans le langage ordinaire, ce mot signifie la recherche de l'immunité, mais, comme terme de droit, c'est l'attente que doit observer une esclave pendant un certain temps, parce qu'elle a changé de maître ou d'état, laquelle attente est ou bien une mesure d'ordre public, ou bien nécessaire pour cause de grossesse. En d'autres termes, il y a deux causes qui rendent l'attente de purification obligatoire : premièrement le fait que le maître ne peut plus cohabiter avec l'esclave en vertu de son droit de propriété. Nous parlerons de cette cause quand il nous faudra expliquer les paroles du Précis : « Après la mort du maître, l'affranchie pour cause de maternité, etc. » En second lieu, l'attente de purification est obligatoire par suite d'un changement de maître ; c'est ce que l'auteur nous apprend dans les termes suivants : *Celui qui devient propriétaire d'une esclave, soit par achat qui n'est plus soumis au droit d'option, soit par la voie de succession, de legs, de donation, ou de tout autre titre translatif de propriété, et à supposer que cette esclave ne soit pas mariée, dans ces circonstances, dis-je, le nouveau maître doit s'abstenir, d'en faire sa concubine, et même de tout contact sexuel avec elle, jusqu'à ce qu'il se soit assuré que son corps est libre. C'est ce qui se constate par une seule menstruation, si l'esclave a des menstrues*. L'attente de purification est encore prescrite au cas de l'achat d'une vierge, dans celui où le vendeur s'est déjà abstenu de la cohabitation avec l'esclave, avant la vente, durant une période suffisante, et dans celui où l'ancien propriétaire était un mineur ou une femme. *Si elle, c'est-à-dire l'esclave, est une femme comptant sa retraite légale par mois, l'attente de purification est d'un seul mois et pas plus, et, en cas de grossesse, l'attente se termine comme la retraite légale avec l'accouchement*.

La sunna a introduit que le mari d'une esclave, qui par l'achat devient le propriétaire de son épouse, observe encore l'attente de purification à son égard. En achetant une esclave mariée ou en retraite légale, on n'a pas besoin de se préoccuper immédiatement de l'attente, celle-ci ne devenant obligatoire qu'au jour où l'esclave cesse d'être engagée dans les liens du mariage ou d'être astreinte à la retraite, par exemple, au jour de la répudiation, quand elle a été répudiée avant la consommation du mariage, et à la fin de la retraite, quand elle a été répudiée après la consommation.

Après la mort du maître, l'affranchie pour cause de maternité, non mariée ou en retraite légale, doit nécessairement observer une attente de purification comme une esclave ordinaire. Elle ne saurait donc se marier dans le premier mois ou avant la première menstruation, d'après les distinctions que nous venons d'exposer plus haut. En revanche, à supposer que le maître se soit abstenu du commerce avec son esclave, durant une période suffisante, et qu'après cela il lui donne la liberté, elle n'est point obligée d'observer une attente mais elle peut se marier sur le champ.

Section XIV.

Des différentes espèces de femmes en retraite légale et de leurs droits et obligations. *La femme répudiée révocablement peut exiger de son mari, durant sa retraite légale, le logement ordinaire, dans la maison qu'elle occupait au moment de la séparation, du moins si c'est une habitation convenable, et l'entretien ordinaire.* Il n'y a que les femmes qui se sont montrées insoumises à l'autorité maritale, soit avant la répudiation, soit pendant la retraite, qui aient perdu leur droit au logement et à l'entretien. L'entretien durant la retraite implique tout ce que le mari doit donner ou fournir à sa femme durant l'union conjugale, excepté seulement les frais de toilette. *En revanche, la loi décide que la femme répudiée irrévocablement peut exiger le logement ordinaire mais non l'entretien, à moins qu'elle ne soit enceinte, car, ce cas échéant, l'entretien lui serait dû, selon la bonne doctrine, à cause de l'enfant qu'elle porte dans son sein.* Il y a des juristes qui considèrent cet entretien comme une obligation du père envers son enfant, et non comme une obligation du mari envers son épouse.

Au reste, il est incontestable que la veuve doit porter le deuil durant sa retraite légale. Le deuil s'appelle en arabe ihdād, mot qui, dans le langage ordinaire, est un dérivé du verbe hadda « prohiber », mais, comme terme de droit, il signifie l'acte qui consiste dans l'abstinence de parures. Ainsi la femme en deuil doit s'abstenir de porter des étoffes teintes, pour peu que ce soient des couleurs voyantes, par exemple, un habit jaune ou rouge, quoique rien ne s'oppose à ce qu'elle porte toutes sortes d'étoffes noires ou blanche, de coton, de laine, de toile ou de soie ; et même les étoffes de couleurs voyantes ne lui sont pas défendues, quand elle ne les porte point pour se parer. L'auteur continue : *et le deuil consiste en outre dans l'abstinence de parfums.* Or il est interdit à la femme en deuil, non seulement de se parfumer le corps ou les habits, mais encore de mettre des substances odoriférantes dans sa nourriture ou dans les collyres dont la loi lui permet l'usage. Quant aux collyres prohibés, lors même qu'elle n'y aurait pas mis de substances

odoriférantes, il est évident qu'elle doit s'en abstenir. Ainsi elle doit se garder de s'enduire les yeux d'antimoine, si ce n'est en cas de nécessité ; par exemple, si ses yeux sont affligés de chassie, la femme en deuil a la faculté de s'en servir, à la condition toutefois qu'elle mette l'antimoine pendant la nuit et qu'elle l'enlève le jour, excepté encore le cas où il y aurait urgence d'avoir l'antimoine sur les yeux pendant le jour.

La femme a le droit de porter encore le deuil pour d'autres personnes que son mari, parents ou non ; mais la durée de ce deuil ne saurait dépasser le terme de trois jours. Le deuil en question, prolongé au-delà de trois jours, est même formellement défendu si l'acte se commet à dessein, mais non autrement.

Enfin il est incontestable que *les veuves et les femmes séparées irrévocablement doivent garder la maison*, c'est-à-dire qu'il leur est défendu de quitter le logement qu'elles occupaient au moment de la dissolution de leur mariage, pourvu toujours que ce soit un logement convenable. Ceci n'est pas pour la femme seulement une obligation, mais elle a même le droit de rester dans le logement qu'elle occupait et ce de droit, elle peut le faire valoir tout aussi bien contre son mari que contre toute autre personne. Bien plus, le mari ne peut pas légalement lui permettre de quitter son logement, *à moins qu'il n'y ait des raisons valables pour en sortir*, car alors la loi ne s'y oppose point. Ainsi les femmes en question peuvent sortir le jour pour acheter des denrées alimentaires ou du lin, et pour vendre des fils, du coton, etc. Le soir elles peuvent sortir pour faire visite à quelque voisine dans le but de filer ensemble, de causer, etc. ; mais elles doivent rentrer chez elles pour le coucher. Elles ont encore la faculté de sortir, quand elles redoutent quelque danger pour elles-mêmes ou pour leur enfant en continuant de garder la maison, et enfin dans tous les cas qu'on trouve mentionnés dans les livres détaillés de jurisprudence.

Section XV.

Des prescriptions relatives à la parenté de lait, appelée en arabe raḍā° ou riḍā°. Dans le langage ordinaire, ce mot est un substantif qui signifie l'acte de sucer le lait de la mamelle et de l'avalier ; mais, comme terme de droit, il désigne le fait que le lait d'une certaine femme a pénétré dans le corps d'un certain enfant, d'une façon spéciale. Pour que la parenté de lait existe, il faut en outre comme condition essentielle qu'il s'agisse du lait d'une femme vivante, de neuf ans lunaires au moins, **tandis que** d'un autre côté, il soit indifférent que la femme soit vierge ou non, ou bien qu'elle soit mariée ou non.

Lorsqu'une femme a donné le sein à l'enfant d'une autre, ou même lorsque cet enfant a bu le lait d'une femme morte, pourvu que le lait ait été extrait des mamelles avant le décès, *cet enfant est devenu l'enfant de lait de la femme en question en cas de coïncidence des deux circonstances suivantes : premièrement qu'il*, c'est-à-dire le nourrisson, *soit en dessous de deux ans lunaires*, à compter depuis le moment où sa naissance a été terminée. Quand une femme a donné le sein à un enfant de deux ans accomplis ou plus, il n'y a pas lieu à parenté de lait formant obstacle au mariage. L'auteur ajoute : *et, c'est l'autre circonstance, en second lieu, que l'enfant nourri par la*

femme en question *ait sucé cinq fois distinctes*, de manière à ce que le liquide ait pénétré dans l'intérieur de son corps. C'est la coutume locale qui détermine ce qu'il faut entendre par « fois » à cet égard ; tout ce qu'elle admet de considérer comme une « fois » distincte doit être accepté comme tel, et tout ce qu'elle n'admet point comme une « fois » distincte, ne saurait être mis en ligne de compte. En tous cas le nourrisson a pris le lait autant de fois qu'il a cessé de sucer en se détournant de la mamelle.

Le mari de la femme, c'est-à-dire de la nourrice, est le père de lait de l'enfant, c'est-à-dire du nourrisson. Il est interdit à l'enfant allaité, l'auteur se sert du participe passé, d'épouser sa nourrice, c'est-à-dire la femme qui l'a nourri de son lait, et toutes les parentes de celle-ci aux degrés prohibés, les degrés de parenté proprement dites et les degrés de parenté de lait étant régis par la même loi, par rapport au sujet qui nous occupe.

Quant à la femme, c'est-à-dire à la nourrice, la loi lui défend d'épouser son nourrisson ou le fils de celui-ci, et, en général, tous les descendants du nourrisson quelque soit le nombre des degrés⁹⁷ ; mais elle peut épouser les collatéraux de son nourrisson de la même génération, par exemple ses frères, pour peu que ceux-ci n'aient pas aussi été nourris par elle, ou ses parents, c'est-à-dire la nourrice peut légalement épouser un des parents du nourrisson, d'une génération antérieure, à celle du nourrisson, par exemple un des oncles paternels de celui-ci. Au reste, les degrés de parenté ou de parenté de lait qui forment obstacle au mariage, ont été exposé plus haut dans la Section II du présent Livre, section à laquelle le lecteur est renvoyé.

Section XVI

Des prescriptions relatives à l'entretien de ses proches parents. Dans quelques exemplaires du Précis la présente Section et celle qui va suivre sont interverties. L'entretien s'appelle en arabe nafaqa, mot dérivé de la quatrième forme du verbe nafaqa, laquelle forme signifie « dépenser » de l'argent, dans un sens favorable. La loi reconnaît trois causes d'entretien : la parenté, la propriété et le mariage. L'auteur nous explique la première de ses causes dans les termes suivants : *En ligne directe, les ascendants et les descendants doivent s'entretenir réciproquement*, sans distinction de sexe ou de religion : c'est un devoir auquel nul enfant ne peut se soustraire⁹⁸. *Quant aux parents ou autres ascendants, ils doivent être entretenus par leur progéniture dans le cas de pauvreté, savoir des parents ou autres ascendants ; c'est s'ils n'ont pas l'argent nécessaire et s'ils ne peuvent s'en procurer en exerçant un gagne-pain. L'auteur ajoute : et d'infirmité chronique.* L'infirmité chronique s'appelle en arabe zamāna ; c'est un infinitif du verbe zamina « être atteint d'une infirmité chronique ». Jamais on n'est obligé d'entretenir ses

⁹⁷Baijourî fait observer que c'est ainsi qu'il faut traduire les paroles du commentateur, parce que la traduction naturelle : « et, en général, tous les descendants ou ascendants du nourrisson », serait en contradiction avec la doctrine universellement adoptée. Voy. Minhâj at-Tâlibîn, III, p. 68.

⁹⁸Baijourî fait observer que la dernière phrase est superflue et en outre incorrecte, parce qu'il résulte des paroles même de l'auteur du Précis que, non seulement les enfants, mais encore tous les descendants et ascendants sont astreints à cette obligation.

ascendants dans le cas où ceux-ci auraient l'argent nécessaire ou pourraient s'en procurer en exerçant un gagne-pain. *En revanche, les enfants* ou autres descendants *doivent être entretenus* par leurs ascendants *dans les trois cas suivants*. En premier lieu, l'entretien des descendants est obligatoire *en cas de pauvreté et de minorité* ; mais les enfants majeurs et riches ne sauraient réclamer des aliments. Puis il y a lieu à entretien par rapport aux descendants, *en cas de pauvreté et d'infirmité chronique* ; mais les enfants riches et valides ne sauraient réclamer des aliments. Le dernier cas qui rend l'entretien obligatoire a été formulé par l'auteur ainsi qu'il suit : *et en cas de pauvreté et de démence*. Les enfants riches et doués de raison ne sauraient encore réclamer des aliments.

L'auteur passe à la deuxième cause d'entretien, savoir la propriété, en disant : *On est obligé d'entretenir ses esclaves et ses animaux domestiques*. Celui qui possède un esclave, sans distinction de sexe, ou un affranchi testamentaire, ou une affranchie pour cause de maternité, ou un animal domestique, est obligé de les entretenir. Il doit donner à l'esclave des denrées alimentaires constituant la nourriture principale de la localité, plus les assaisonnements ordinaires, *d'une manière suffisante*. Puis il doit donner à son esclave des vêtements, comme on en donne ordinairement aux esclaves, et le maître n'a pas satisfait aux termes de la loi, s'il donne à son esclave justement ce qui est nécessaire pour se couvrir les parties honteuses. L'auteur continue : *et on ne saurait leur imposer un travail au-dessus de leurs forces*. Le maître qui fait travailler son esclave le jour, est obligé de le laisser se reposer durant la nuit, et vice-versa ; en outre l'esclave a le droit de se reposer en été durant la sieste ordinaire. Quant aux animaux domestiques, on ne doit pas non plus leur imposer un fardeau au-dessus de leurs forces.

Enfin l'auteur va parler de la troisième cause d'entretien, dans les termes suivants : *L'entretien de son épouse lorsqu'elle s'est déclarée prête à remplir les devoirs conjugaux, est une obligation* du mari, mais, puisque la portée de cette obligation diffère selon la position sociale du mari, l'auteur ajoute l'explication suivante : *qui se modifie suivant les circonstances*. Or, si, ou, selon quelques exemplaires du Précis, « Si », sans rien de plus, l'on, c'est-à-dire le mari, *est parfaitement solvable*, et il est bien entendu que l'état de la solvabilité doit se constater chaque jour à l'apparition de l'aube, *on doit donner deux mudd* de denrées alimentaires à son épouse, pour chaque jour et la nuit suivante, sans distinguer entre les femmes musulmanes et celles qui ne le sont pas, ni entre les femmes libres et celles qui sont esclaves. Ces deux mudd de denrées alimentaires doivent être deux mudd *de nourriture principale* comme elle est en usage dans la localité, savoir : soit du froment, soit de l'orge, soit autre chose, même du fromage appelé aqit, dans le cas où il s'agirait d'habitants de la campagne qui s'en nourrissent. *Au reste, on doit donner* à son épouse *les assaisonnements et les vêtements exigés par la coutume* de chaque localité. Ainsi, au cas où la coutume locale serait de se servir, comme assaisonnements, d'huile d'olives, d'huile de sésame, de fromage, etc., ce sont ces substances que le mari est obligé de fournir à sa femme ; mais, à supposer qu'il n'existe point dans la localité d'assaisonnements indiqués par la coutume, le mari doit lui en fournir ce qui est convenable, eu égard à la position sociale qu'il occupe. Les assaisonnements dûs à la femme diffèrent selon les saisons, et c'est encore la coutume locale qui les spécifie pour chaque saison. Même la femme peut réclamer de la viande, si la coutume locale exige

qu'un homme de la position sociale du mari donne cette espèce d'aliments à son épouse, et de même elle peut réclamer des habits de toile ou de soie, si la coutume le comporte.

Au cas où l'on, c'est-à-dire le mari, est insolvable, et il est bien entendu que l'état d'insolvabilité doit se constater chaque jour à l'apparition de l'aube, on doit donner un mudd, c'est-à-dire la femme ne peut réclamer qu'un seul mudd de denrées alimentaires, de celles qui forment la nourriture principale dans la localité, pour chaque jour et la nuit suivante, plus les assaisonnements en usage parmi les personnes insolubles, selon la coutume locale, et les vêtements dont celles-ci ont l'habitude de se couvrir, encore selon la coutume locale.

En ce dernier lieu, quand on, c'est-à-dire le mari, jouit d'une aisance médiocre, et il est encore bien entendu que l'état d'aisance médiocre doit se constater chaque jour à l'apparition de l'aube, pour le jour suivant et la nuit qui lui succédera ; on doit donner un mudd et demi ; c'est-à-dire la femme peut réclamer un mudd et demi de denrées alimentaires, de celles qui forment la nourriture principale dans la localité. De plus on doit donner les assaisonnements en usage parmi les classes moyennes, et en outre les vêtements en usage parmi les classes moyennes, savoir ce qui tient le milieu entre les assaisonnements et vêtements des personnes parfaitement solvables et les assaisonnements et vêtements des personnes insolubles.

Il est à observer du reste que le mari doit donner à sa femme les denrées alimentaires à l'état de grains, mais que les frais de la moulure des grains, et ceux de leur conversion en pain, n'en reste pas moins à sa charge ; il doit lui donner les ustensiles nécessaires pour manger, pour boire et pour préparer sa nourriture, de même qu'un logement, qui, selon la coutume locale, soit convenable.

Si la position sociale de la femme l'exige, on, c'est-à-dire le mari, doit lui fournir la domesticité nécessaire ; mais la loi ne se soucie point qu'il lui donne comme domestique une femme libre ou une esclave à lui, ou une esclave qu'il vient de prendre à louage d'un autre, ou bien qu'il préfère se charger de l'entretien d'une femme libre ou d'une esclave que l'épouse ait emmenée de la maison paternelle pour son service.

Dans le cas où le mari serait devenu tellement insolvable qu'il ne puisse plus fournir, par la suite, à sa femme le minimum de l'entretien prescrit, elle a le droit, ou de prendre patience et de pourvoir à son entretien, soit à ses propres frais, soit en faisant des emprunts, mais en tous cas à la charge de son mari, ou bien de demander la dissolution du mariage. Dans le dernier cas, il y a lieu à une séparation, laquelle n'est point régie par les règles de la répudiation, mais par celles de la dissolution irrévocable du mariage. Quant à l'entretien que la femme aurait pu réclamer à une époque antérieure, il ne saurait donner lieu à une demande en dissolution du mariage. L'auteur continue : et elle a la même faculté, c'est-à-dire la femme peut demander aussi la dissolution du mariage, dans le cas où il, savoir le mari, ne pourrait pas payer le don nuptial. Dans ce cas-ci toutefois, le procès doit être intenté par la femme avant toute cohabitation exercée avec elle, quoique, au reste, il soit indifférent que la femme ait connu l'insolvabilité du mari avant le contrat de mariage ou non.

Section XVII.

Des prescriptions relatives à l'éducation, appelée en arabe ḥaḍāna. Dans le langage ordinaire ce mot est dérivé de ḥiḍn, avec un i, « flanc », parce que la femme chargée de l'éducation d'un petit enfant le porte contre son flanc. Cependant, comme terme de droit, ḥaḍāna désigne la surveillance exercée sur un individu incapable de se garantir de ce qui peut lui nuire par suite de son manque de discernement. Peu importe que l'individu en question soit un petit enfant ou bien qu'il soit majeur, mais frappé de démence.

En cas de séparation entre époux, c'est la femme qui doit être regardée comme la plus compétente à se charger de l'éducation de l'enfant né de leur mariage ; c'est-à-dire à élever l'enfant de la façon qui lui convient le mieux, en surveillant, sa nourriture, sa boisson et l'entretien de la propreté de son corps ou de ses habits, en le soignant en cas de maladie, et enfin en lui donnant tous les autres genres de secours dont un enfant a besoin. Le droit de la mère à élever son enfant, n'empêche pas que les frais de l'éducation restent à la charge de celui qui doit pourvoir à l'entretien de l'enfant, c'est-à-dire en premier lieu à la charge du père. Lorsque la mère ne veut pas élever son enfant, son droit passe à ses ascendantes. Le droit d'élever un enfant dure jusqu'à ce que celui-ci ait atteint l'âge de sept ans. L'auteur a admis cet âge comme un terme moyen, parce qu'alors le discernement est ordinairement assez développé pour que l'enfant puisse se passer des soins de sa mère ; mais la tendance de la loi est que l'enfant doit avoir atteint l'âge de discernement, et il importe peu que cet âge coïncide avec la septième année, ou bien qu'il soit atteint avant ou après ce terme.

Puis, à l'âge de sept ans, l'enfant ayant le discernement assez développé, doit opter entre le séjour auprès de son père et celui auprès de sa mère, et l'on doit respecter le choix qu'il fait à cet égard. Seulement, si l'un des parents est inférieur à l'autre sous quelque rapport, par exemple, si l'un d'eux est frappé de démence, son droit sur l'enfant est dévolu à l'autre aussi longtemps que dure cet état d'infériorité. A défaut de père, l'enfant doit choisir entre son grand-père paternel et sa mère, et au besoin entre celle-ci et ses collatéraux agnats, comme le frère ou l'oncle paternel.

Pour qu'une femme soit apte à se charger de l'éducation d'un enfant, il est de toute nécessité qu'elle réponde à sept conditions : savoir

1° *qu'elle soit douée de raison.* L'éducation ne saurait être confiée à une aliénée, sans distinction entre la démence continue et intermittente. Il n'y a que la démence d'une durée minime, comme celle d'un jour par année, qui ne fasse pas perdre le droit d'élever l'enfant ; *puis il faut*

2° *qu'elle soit libre.* L'éducation ne saurait être confiée à une esclave, lors même que le maître l'y aurait autorisée ; *puis la loi prescrit*

3° *qu'elle soit musulmane.* L'éducation d'un enfant musulman ne saurait être confiée à une mécréante ; *puis il est de rigueur*

4° et 5° *qu'elle soit chaste et digne de confiance.* L'éducation ne saurait être

confiée à une femme d'inconduite notoire. Toutefois, par rapport à l'éducation, on n'exige point l'irréprochabilité intime ; l'irréprochabilité apparente suffit ; *puis* il faut

6° *qu'elle ait une demeure fixe* dans la ville où se trouve l'enfant, lors même que celui-ci aurait déjà atteint l'âge de discernement. Dans tous ce que nous venons d'avancer, la loi suppose que le père et mère sont restés dans la même ville ; car, dans le cas où l'un d'eux partirait pour un voyage nécessaire, par exemple en pèlerinage ou dans un but commercial, l'enfant, quel que soit son âge, doit rester auprès de celui de ses parents qui n'a pas quitté le domicile, sans distinguer s'il s'agissait d'un long voyage ou d'une absence de peu de durée. A son retour l'autre est rétabli dans tous ses droits. En cas de changement de domicile de la part d'un de ses parents, l'éducation de l'enfant doit plutôt être confiée à son père qu'à sa mère, et celle-ci perd son droit de l'avoir auprès d'elle ; *enfin*, c'est la dernière condition, il faut

7° *qu'elle, c'est-à-dire la mère de l'enfant en question, ne se soit pas remariée* à un homme qui ne soit pas de la famille de l'enfant à un degré prohibés. Lorsqu'au contraire la mère a épousé en nouvelles noces un membre de la famille de l'enfant à un degré prohibé, par exemple son oncle paternel, son cousin paternel ou son neveu, et que le nouveau mari veut partager les soins à donner à l'enfant, la mère ne perd pas ses droits à continuer l'éducation. *Quand une seule de ces conditions fait défaut, c'est-à-dire une seule des sept conditions que nous venons de constater par rapport à la mère, la femme a perdu son droit* à l'éducation, comme nous l'avons amplement exposé plus haut.

LIVRE IX.

Des prescriptions relatives aux **crimes** contre les personnes.

Section I.

L'expression « **crimes** contre les personnes » se traduit en arabe par jināyāt, pluriel de jināya. Ce mot est le terme le plus général dont on puisse se servir pour désigner les entreprises criminelles contre la vie ou le corps ; il est même plus général que l'expression « homicide, perte d'un membre du corps ou blessure ».

Il y a trois sortes d'homicides, et non quatre, l'homicide prémédité. La préméditation s'appelle en arabe ʿamd, mot qui, à vrai dire, est un infinitif du verbe ʿamada, « accabler » quelqu'un du poids d'un coup, et qui désigne le dessein formé avant l'action. Puis il y a l'homicide involontaire et l'homicide volontaire. L'auteur explique en premier lieu l'homicide prémédité, en disant : La préméditation consiste dans l'intention de la part du coupable de porter à quelqu'un un coup avec quelque objet, c'est-à-dire un instrument, causant ordinairement la mort. Quelques exemplaires du Précis portent, au lieu de « ordinairement », « dans des circonstances ordinaires ». L'auteur ajoute : lequel coup a été donné par le coupable dans le but de tuer la victime de cette façon au moyen de l'instrument employé. Les conséquences en sont ce qui suit. Si l'homicide était prémédité, la peine du talion, c'est-à-dire de la vengeance, doit être appliquée au coupable, c'est-à-dire à l'assassin. Cependant l'opinion de l'auteur, d'après laquelle le coupable doit avoir eu, non-seulement l'intention préalable de frapper, mais encore le but de tuer en frappant, est très contestable, et la théorie opposée, d'après laquelle l'intention de frapper suffit pour faire encourir la peine du talion, mérite la préférence. De plus, pour que la peine du talion, en cas d'homicide, ou dans le cas de la perte d'un membre, puisse s'appliquer, il est de rigueur que la victime soit un musulman ou du moins un infidèle jouissant de notre protection. Or les infidèles non-soumis et les apostats peuvent être tués impunément par un croyant. L'auteur continue : excepté en cas de pardon, c'est-à-dire au cas où la partie lésée pardonne à celui qui est coupable de crime prémédité, car alors il lui faut payer le prix du sang grave, lequel est exigible à l'instant, et pour lequel les biens du coupable sont seuls susceptibles de discussion. L'auteur va nous apprendre plus loin ce qu'il faut entendre par « prix du sang grave ».

L'homicide involontaire consiste dans le fait d'avoir tiré sur quelque chose, par exemple sur un morceau de gibier, et d'avoir par malheur, touché et tué un homme. Dans ces circonstances il n'y a pas lieu à la peine du talion ; c'est-à-dire le coupable ne doit point la subir ; mais il lui faut payer le prix du sang léger, dont l'auteur va encore nous donner l'explication plus loin, lequel constitue une dette à terme, que les 'āqila du coupable sont subsidiairement tenus d'acquitter personnellement en trois ans. A la fin de chaque année, un tiers du prix total du sang doit être payé, de manière à ce que ceux des 'āqila qui sont riches contribuent tout au plus à la fin de chaque année un demi-dīnār en

or, ou six dirham en argent, du moins selon l'opinion de Motawallī¹⁾ et d'autres jurisconsultes. On entend par 'āqila tout agnat du coupable dans la ligne collatérale.

Enfin l'homicide volontaire consiste dans le fait d'avoir frappé intentionnellement, mais avec quelque objet qui ordinairement ne peut causer la mort, par exemple avec un bâton léger, tandis que la mort de la personne frappée n'en a pas moins été la conséquence. Ce cas échéant, la peine du talion n'est pas non plus applicable, mais le prix du sang grave est dû dans le terme de trois années par les 'āqila comme débiteurs subsidiaires. L'auteur va encore nous expliquer plus loin la signification de l'expression : « prix du sang grave ». Pour le moment il nous parle des personnes passibles de la peine du talion, en arabe qīṣāṣ. Ce mot est dérivé de la huitième forme du verbe qaṣṣa, laquelle forme signifie « suivre » des traces, parce que la partie lésée suit, pour ainsi dire, les traces du crime, pour rendre la pareille au coupable. Les conditions de l'application de la peine du talion, en cas d'homicide, sont au nombre de quatre. A ces paroles quelques exemplaires du Précis commencent une nouvelle Section. Il faut

1° *que le coupable soit majeur.* Un mineur n'est point passible de la peine du talion, et, à supposer que le coupable invoque sa minorité pour se soustraire à la punition corporelle, dans des circonstances plausibles, sa déclaration est présumée être conforme à la vérité, même sans être confirmée par un serment. L'auteur continue : *et*

2° *que le coupable soit doué de raison.* La peine du talion ne saurait s'appliquer à un aliéné, à moins qu'il n'ait des intervalles lucides, et que non seulement l'homicide mais encore la punition n'aient lieu dans un de ces intervalles. La perte de l'intelligence, par suite du fait d'avoir bu à dessein quelque boisson enivrante, ne forme point obstacle à l'application de la peine du talion, mais bien le fait d'avoir bu une boisson de cette nature dans l'idée qu'elle ne l'était pas ; *puis il faut*

3° *que celui qui est coupable d'homicide ne soit pas un ascendant de la victime.* Celui qui a tué son enfant ou un autre descendant, n'est point passible de la peine du talion, et même, selon le juriste Ibn Kajj¹⁾, il faudrait casser le jugement par lequel un ascendant aurait été déclaré coupable d'un homicide commis sur son descendant ; *enfin la loi exige*

4° *que la victime ne soit pas inférieure au coupable par le fait qu'elle était infidèle ou esclave.* Un musulman ne saurait être mis à mort à titre de talion pour un infidèle, soumis ou non à nos autorités, ou pour un infidèle allié. De même un homme libre ne saurait être mis à mort à cause d'un homicide prémédité commis sur un esclave, mais la loi ne considère point comme une infériorité s'opposant au talion que la victime fût, par exemple, plus ou moins âgée, ni qu'elle fût plus grande ou plus petite que le coupable.

En revanche, tous les co-auteurs d'un homicide prémédité sont punissables du talions, lors même qu'il n'y aurait qu'une seule victime, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit supérieur à la victime par rapport à la religion ou à la liberté, et que le fait imputable à chacun suffise à lui seul pour l'application de la peine.

¹⁾Voy. Plus haut, page 181, n.1

¹⁾Selon Baijourî, ce juriste s'appelle Abū l-Qâsim Yousof ibn Ahmad ibn Kajj, mais je n'ai pu le découvrir ni dans le dictionnaire de H.Ħal., ni dans l'histoire de la littérature arabe de Hammer-Purgstall.

Ensuite l'auteur passe à une nouvelle règle fondamentale de droit, en disant : *Tout individu passible de la peine du talion pour l'homicide, commis sur un autre, serait encore le cas échéant passible de la peine du talion pour avoir causé la perte d'un membre du corps* à cette même personne. Comme il est de rigueur que celui qui est coupable d'homicide, pour être mis à mort, soit majeur et doué de raison, il faut qu'il réponde aux mêmes conditions pour subir la perte d'un membre du corps à titre de talion, et encore, celui qui, à cause de sa supériorité ne pourrait être mis à mort pour un homicide commis par lui, ne saurait non plus perdre à titre de talion un membre de son corps à cause d'une mutilation faite par lui à la même personne inférieure. *Cependant, pour que la peine du talion soit applicable dans le cas de perte d'un membre du corps, la loi a posé, outre les conditions ci-dessus concernant la peine du talion en cas d'homicide, deux autres conditions.* En premier lieu il faut que le membre à amputer à titre de talion porte exactement le même nom que le membre que la victime vient de perdre. C'est ce que l'auteur nous explique plus amplement, en ajoutant : *savoir un membre du côté droit du corps s'ampute pour un membre du côté droit du corps*, ou plutôt pour la « perte » d'un membre du côté droit du corps ; ainsi, par exemple, l'oreille, la main ou le pied droits s'amputent respectivement pour l'oreille, la main ou le pied droits, *et un membre du côté gauche du corps*, dans les circonstances indiquées, *s'ampute pour un membre du côté gauche du corps*. Par conséquent, un membre du côté droit ne s'ampute point pour un membre du côté gauche, ni vice-versa. L'auteur continue : *et, en second lieu, il faut que le membre à amputer ne soit pas intact, tandis que le membre de la victime était mutilé.* Ainsi une main ou un pied intacts ne s'amputent point pour une main ou un pied mutilés, c'est-à-dire une main ou un pied dont la victime ne pouvait se servir. En revanche, la théorie généralement admise exige d'amputer un membre mutilé pour un membre intact, à moins que deux experts irréprochables ne déclarent que si l'on ampute le membre mutilé, on ne pourra étancher le sang, parce qu'il faudra dans ce but couper des artères impossibles à cautériser. Enfin l'amputation d'un membre mutilé pour la perte d'un membre sain, est permise seulement dans le cas où la partie lésée s'en serait déclarée satisfaite et n'exigerait point en sus une indemnité pécuniaire.

Ensuite l'auteur nous enseigne encore une règle fondamentale, dans ces termes : *Il n'y que les membres du corps admettant l'ablation, c'est-à-dire l'amputation, à une jointure, comme le coude ou le poignet, auxquels on puisse appliquer le talion ;* mais les autres membres du corps en sont exemptés. Le lecteur doit savoir que les blessures au crâne et au visage sont au nombre de dix : la ḥāriṣa, à écrire avec un ḥa, un rā et un ṣād, lorsque la peau seule a été un peu fendue ou égratignée ; la dāmīa, si le sang a coulé ; la bādhi'a, si la chair a été atteinte ; la mutalāḥima, qui pénètre dans la chair ; le simḥaq, si la membrane entre la chair et l'os a été lésée ; la ūḍiḥa, si l'os a été mis à découvert par l'enlèvement de la chair ; la ḥāṣima, si l'os lui-même a été brisé, avec ou sans enlèvement de la chair ; la munaqqila, si l'os a été brisé de manière à ce que les esquilles se soient déplacées ; la ma'mūma, si la membrane du cerveau a été atteinte, laquelle membrane s'appelle en arabe umm ar-rās « mère du crâne » ; et enfin la dāmiḡa, à écrire avec un ḡain, si cette membrane a été déchirée et le cerveau¹⁾ lui-même a été atteint. Parmi

¹⁾Baijourî fait observer que c'est ainsi qu'il faut traduire, et que le commentateur s'est servi à tort de l'expression omm ar-rās.

toutes ces blessures, l'auteur n'en mentionne qu'une seule, soumise à une règle exceptionnelle qu'il formule ainsi qu'il suit : *et de même la loi ne reconnaît point le droit au talion pour les blessures*, dont nous venons de parler, à moins qu'il ne s'agisse d'une blessure dite *mouḍiḥa*, laquelle admet le talion. Aucune des autres parmi les dix blessures énumérées n'en est susceptible.

Section II.

Du prix du sang, expression qui signifie ce qu'il faut payer par suite d'un attentat contre la vie ou contre un membre du corps d'une personne libre. *Il y a deux sortes de prix du sang : le prix du sang grave et le prix du sang léger.* La loi ne reconnaît pas de troisième sorte. *Le prix du sang grave*, dû pour l'homicide prémédité commis sur un croyant du sexe masculin et libre, *est de cent chameaux*, divisés en trois parts, savoir *trente ḥiqqa, trente jaḍa'a* — l'explication de ces deux noms a été donnée dans le Livre III « Des Prélèvements »²⁾ —, *et quarante ḥalifa*, mot dont les consonnes radicales sont ḥā, lām et fā, les deux premières respectivement avec les voyelles a et i. La signification de ce mot a été donnée par l'auteur dans les paroles suivantes : *ou chamelles pleines*. Il faudra donc quarante chamelles dont l'état de grossesse a été constaté par des experts en chameaux. *Le prix du sang léger*, dû pour l'homicide involontaire commis sur un croyant du sexe masculin et libre, *est également de cent chameaux*, mais divisés en cinq parts, savoir *vingt ḥiqqa, vingt jaḍa'a, vingt bint labūn, vingt bint maḥāḍ et vingt ibn labūn*³⁾.

Les chameaux dus à titre de prix du sang, soit par ses ʿāqila, doivent être pris au troupeau du débiteur, et dans le cas où il ne posséderait point de chameaux, il doit donner des chameaux comme on en trouve ordinairement dans sa ville, s'il s'agit d'un citadin, ou comme on en trouve ordinairement dans sa tribu, s'il s'agit d'un campagnard. Dans le cas exceptionnel où il n'y aurait pas de chameaux dans la ville ou dans la tribu du délinquant, on doit donner des chameaux ordinaires de la localité la plus proche. *A défaut de chameaux, le débiteur doit en payer la valeur* ; mais un autre exemplaire porte : « Dans le cas du manque absolu de chameaux, le débiteur doit en payer la valeur », paroles dont Ṣāfi'ī s'est servi dans sa seconde période et qui sont conformes à la bonne doctrine, quoique, selon d'autres, conformément à la théorie primitive de Ṣāfi'ī, il soit redevable dans ces circonstances de la somme fixe de mille dīnār en or, ou bien il lui faut payer douze mille dirham en argent. La théorie primitive de Ṣāfi'ī concernant le caractère du paiement en numéraire, se rapportait tout aussi bien au prix du sang grave qu'au prix du sang léger. *Le prix du sang grave, s'il faut le payer en numéraire, est d'après la théorie dont nous nous occupons plus élevé d'un tiers, c'est-à-dire du montant d'un tiers* ; par conséquent il est de mille trois-cent trente-trois dīnār et un tiers en or, et de seize mille dirham en argent.

Le prix du sang pour homicide involontaire est aggravé dans les trois circonstances suivantes :

²⁾Voy.plus haut, page 231

³⁾Voy.ibid.

1° si l'homicide a été commis sur le territoire sacré de la Mecque. Quant à un homicide commis sur le territoire de Médine ou pendant l'état d'ihram, mais hors du territoire de la Mecque, la meilleure doctrine ne le considère point comme une cause d'aggravation ;

2° dans le cas mentionné par l'auteur dans les paroles : *si l'homicide a été commis dans l'un des mois sacrés*, savoir Dū l-Qa'ida, Dū l-Hijja, Moḥarram ou Rajab ;

3° dans le cas formulé dans les paroles de l'auteur : *ou si l'homicide a été commis sur un proche parent à l'un des degrés prohibés*, en arabe maḥram, à écrire avec un ḥā sans voyelle. A supposer que l'homicide ait été commis sur un parent à un degré plus éloigné, par exemple, s'il s'agit d'une cousine paternelle, il n'y a pas lieu à aggravation.

Le prix du sang d'une femme ou d'un hermaphrodite n'ayant pas de sexe prépondérant, est la moitié du prix du sang prescrit pour un individu du sexe masculin, et cette proportion doit s'observer non seulement par rapport au prix du sang pour homicide, mais encore par rapport à celui pour blessure. Ainsi il faut donner, pour l'homicide prémédité ou volontaire d'une femme libre et musulmane, cinquante chameaux, savoir quinze ḥiqqa, quinze jaḍā'a et vingt ḥalifa ou chamelles pleines, et en cas d'homicide involontaire, dix bint maḥād, dix bint labūn, dix ḥiqqa, dix jaḍā'a et dix ibn labūn. S'il s'agit d'un Juif ou d'un chrétien, ou d'un mécréant ayant obtenu un sauf-conduit, ou bien d'un mécréant allié, le prix du sang n'est que le tiers de celui d'un Musulman, proportion qui doit encore s'observer tout aussi bien par rapport au prix du sang pour homicide, que par rapport au prix du sang pour blessures. L'auteur ajoute : tandis que le prix du sang d'un Pyrolâtre a été fixé à deux tiers d'un dixième de celui d'un Musulman, ou, en termes plus simples, au tiers d'un cinquième.

Le prix du sang pour homicide, se composant, comme nous venons de le voir, de cent chameaux, est dû en son entier pour la perte totale des deux mains ou des deux pieds. Chaque main ou chaque pied se compensant par cinquante chameaux, il s'entend que la perte des deux mains ou des deux pieds en exige cent. L'auteur continue : pour celle, c'est-à-dire le prix du sang est dû en son entier pour la perte, du nez, ou plutôt pour la perte des parties molles du nez, c'est-à-dire de son extrémité. Pour chaque aile du nez ou pour le diaphragme, le prix du sang est d'un tiers. L'auteur continue : pour celle, c'est-à-dire le prix du sang est encore dû en son entier pour la perte, des deux oreilles, à supposer que la partie lésée n'ait pas reçu en même temps une blessure de la catégorie des mūḍiḥa. Car si la blessure constitue en même temps une mūḍiḥa, la victime pourrait exiger une indemnité pour celle-ci, plus le prix du sang pour les deux oreilles qu'on vient de lui couper. Chaque oreille séparément se paye de la moitié du prix du sang, et dans tout ce que nous venons de constater par rapport à ce sujet, il est indifférent que l'oreille fût saine, ou bien privée de l'ouïe. Le fait d'avoir, non coupé les deux oreilles à quelqu'un, mais de les avoir rendues desséchées, entraîne également le prix du sang en son entier. L'auteur continue : pour celle, c'est-à-dire le prix du sang est dû en son entier pour la perte, des deux yeux, savoir pour chaque œil la moitié, et encore sans distinction entre un œil sain et l'œil d'une personne louche, borgne ou myope. L'auteur continue : pour celle, c'est-à-dire le prix sang est dû en son entier pour la perte, des quatre paupières, savoir pour chaque paupière le quart, pour celle de la langue,

pourvu que celle-ci pût articuler et goûter d'une manière suffisante, mais du reste, on ne demande point si la partie lésée grasseyait ou bégayait, *et pour celle des deux lèvres*, chaque lèvre se payant de la moitié du prix du sang.

Le prix du sang pour homicide est encore dû en son entier pour la perte de la faculté de parler, du moins s'il s'agit d'une perte totale. S'il s'agit d'une perte partielle, le prix du sang subit une réduction proportionnelle, en tenant compte du nombre des lettres qu'on ne peut plus prononcer, et sur la base des vingt-huit lettres composant l'alphabet arabe. Le même prix du sang est encouru *pour la perte de la vue*, c'est-à-dire aux deux yeux. Quant à la perte de la vue à un œil, elle entraîne la moitié du prix du sang, et alors il importe peu que ce soit un œil grand ou petit, ou bien que ce soit l'œil d'un vieillard ou celui d'un petit enfant. On doit payer le prix du sang en son entier *pour la perte de l'ouïe* aux deux oreilles. En cas de perte partielle, bornée à l'une des deux oreilles seulement, le degré de surdité doit se constater après que l'on a bouché l'oreille dont l'ouïe est restée intacte, et le prix du sang se réduit, toute proportion gardée avec la gravité de la lésion. L'auteur ajoute : *pour la perte de l'odorat* aux deux narines, le prix du sang est encouru en son entier ; en cas d'une perte partielle dont la gravité peut se constater, le prix du sang se réduit proportionnellement. Si la gravité de la lésion ne peut se constater, le coupable est puni de l'amende. L'auteur continue : *pour la perte de la raison* il faut encore condamner le coupable au prix du sang entier ; mais à supposer qu'il ait fait à la victime en même temps une blessure à la tête entraînant, soit une indemnité fixe, soit l'amende, il y a lieu à cumuler les deux peines pécuniaires. Le prix du sang entier est dû *pour la perte de la verge*, s'il s'agit d'une verge intacte, lors même que la victime serait incapable d'avoir des rapports sexuels, parce qu'elle est mineure, vieille ou impuissante. Le gland de la verge est taxé comme la verge elle-même ; on doit donc payer le prix du sang pour homicide dans le cas de sa perte totale. L'auteur ajoute : *et pour la perte des deux testicules*, c'est-à-dire des deux glandes en formes d'œufs, bien connues, on doit aussi payer le prix du sang prescrit en cas d'homicide. Il est indifférent que les testicules appartiennent à un individu impuissant, même à un individu châtré par l'ablation de la verge. La perte d'un seul testicule se paye de la moitié du prix du sang.

La mūdiḥa faite à un individu qui est du sexe masculin, Musulman et libre, *et chaque dent* qu'on lui a arrachée, *se payent de cinq chameaux*, répondant aux conditions exposées plus haut, *tandis que la perte de tout membre du corps dont on ne peut se servir, se paye de l'amende*. L'amende est un prix du sang partiel, entre lequel et le prix du sang pour homicide, on doit observer la même proportion qu'entre la diminution de valeur qu'un esclave, ayant les qualités de la victime, aurait subie par suite de la blessure, et la valeur primitive de l'esclave en question. Si, par exemple, la victime, avant d'avoir reçu à la main une certaine blessure, aurait eu, comme esclave, une valeur de dix dīnār, tandis qu'après la blessure sa valeur ne serait plus que de neuf, il a diminué d'un dixième, et la blessure se paye à titre d'amende d'un dixième du prix du sang.

Le prix du sang d'un esclave protégé par la loi est la valeur qu'il représente. Cette prescription concerne les femmes tout aussi bien que les hommes, et doit être observée lors même que cette valeur excéderait le prix du sang d'un homme libre. Plus que cela, la doctrine la plus répandue exige de payer deux fois la valeur d'un esclave dans le cas où on lui aurait coupé la verge et les deux testicules.

Le prix du sang d'un fœtus libre et musulman, par le fait que l'un de ses parents est du nombre des fidèles, mais à la seule condition que la mère soit en tous cas sous la protection de nos lois au moment de l'avortement, s'appelle ġurra, c'est-à-dire un individu en servage, et se compose d'un esclave, homme ou femme, exempt de défauts rédhibitoires. Il est prescrit que la ġurra doit au moins représenter la valeur d'un vingtième du prix du sang ; mais à défaut d'un pareil esclave, on peut le remplacer par cinq chameaux. La ġurra constitue une dette dont les ʿaqla du délinquant sont subsidiairement responsables. Quant à l'avortement d'une esclave, il entraîne une peine pécuniaire d'un dixième de sa valeur au jour de l'attentat, à payer au maître. L'avortement d'une femme dont le fœtus serait Juif ou Chrétien, se punit d'une ġurra qui n'est que le tiers de celle prescrite pour le fœtus qui à sa naissance serait Musulman, ou, en d'autres termes, elle est d'un chameau et deux tiers.

Section III.

Des prescriptions relatives au serment cinquante fois répété, c'est-à-dire au serment spécial admis en matière de délit du sang. *Si, dans un procès en matière d'homicide, il n'y a que suspicion grave, etc.* La suspicion grave s'appelle en arabe lawṭ, à écrire avec une tā. Dans le langage ordinaire ce mot signifie « faiblesse », mais, comme terme de droit, on entend par lawṭ les indices du bien fondé de l'accusation, qui sont de nature à donner l'intime conviction de la vérité des paroles de l'accusateur. Ce sont ces indices que l'auteur a en vue, en continuant : *donnant la conviction du bien fondé de l'accusation*, par exemple, lorsque la victime ou un membre de son corps, comme sa tête, a été trouvée dans un quartier séparé d'une grande ville, comme on lit dans la Rawḍa et dans l'ouvrage dont ce livre est un extrait ¹⁾, ou bien lorsque la victime a été trouvée dans un petit village habité exclusivement par des individus avec lesquels elle vivait en rapports d'inimitié. L'auteur continue : *l'accusateur doit jurer cinquante fois que sa plainte est fondée*. Notre rite n'exige point que ces serments soient prêtés sans interruption, et même au cas où ils auraient été interrompus par un accès de démence ou par l'évanouissement de l'accusateur, celui-ci peut encore, après avoir été revenu à lui, prêter les serments qui restent. Seulement, pour qu'un tel procédé soit licite, il faut que le juge devant lequel on a commencé de jurer, n'ait pas été remplacé dans l'intervalle ; car si cela avait eu lieu, il faudrait recommencer la cérémonie. *Après quoi, savoir après les cinquante serments en question, le coupable doit être condamné à payer le prix du sang pour homicide.*

Le serment cinquante fois répété n'est pas admissible en matière de blessure.

A défaut de suspicion grave, c'est l'accusé qui doit prêter le serment cinquante fois répété. Sans préjudice de la peine à prononcer contre lui, celui qui est coupable d'homicide prémédité, involontaire ou volontaire, commis sur un individu vivant sous la protection de la loi, est redevable de l'expiation, lors même qu'il ne serait pas responsable du méfait pour cause de minorité ou de démence. Ce cas échéant le tuteur ou le curateur

¹⁾Voy.plus haut, page 49 n.1 .

doit prélever sur les biens du mineur ou de l'aliéné une somme suffisante pour l'expiation, *consistant dans l'affranchissement d'un esclave musulman, exempt de défauts gênants, c'est-à-dire de nature à empêcher de travailler ou d'exercer un gagne-pain quelconque. En cas de manque d'un tel esclave, le coupable est obligé de jeûner deux mois de l'année lunaires consécutifs.* Ce jeûne doit s'accomplir dans l'intention d'expiation l'homicide, mais, selon la meilleure théorie, l'intention n'a pas besoin de se rapporter à la continuité du jeûne. Le fidèle qui ne peut pas accomplir un jeûne de deux mois par suite de décrépitude, ou pour lequel l'abstinence serait excessivement pénible, ou bien qui en redoute l'aggravation de sa maladie, a la faculté de remplacer le jeûne en question par l'alimentation de soixante indigents ou pauvres. Il devra donner alors à chaque indigent ou pauvre un mudd de denrées alimentaires, comme on en donne à titre de prélèvement à la rupture du jeûne du Ramaḍān. Ni infidèles, ni descendants de Hāchim ou de ʿAbd al-Muṭṭalib ne sauraient être admis comme participants à cette alimentation.

Livre X.

Des prescriptions relatives aux peines afflictives et définies.

Section I.

Les peines afflictives et définies s'appellent en arabe *ḥ o d o u d*, pluriel de *ḥ a d d*. Dans le langage ordinaire, ce mot signifie « défense », « empêchement », et le sens légal s'explique par le fait que les peines afflictives et définies empêchent les hommes de se livrer à des actes immoraux. L'auteur traite en premier lieu de la peine dont le crime de fornication est menacé, dans les paroles qui vont suivre tout à l'heure. *Ceux qui sont coupables du crime de fornication sont de deux sortes : ceux qui sont moḥṣan*, hommes ou femmes, *et ceux qui ne le sont pas. Pour une personne moḥṣan*, et l'on verra bientôt que c'est tout individu majeur, doué de raison et libre, ayant déjà introduit le grand de sa verge, ou ce qui lui en tient lieu s'il l'a perdu, dans le vagin de la femme ⁹⁹ en conséquence d'un mariage légitime – pour l'individu moḥṣan, dis-je, *la peine est la lapidation*. La lapidation doit avoir lieu au moyen de pierres d'une grosseur moyenne ; mais on ne doit pas tuer le coupable en lui jetant des cailloux, ou en l'écrasant sous un bloc de roc. *Pour un individu qui n'est pas moḥṣan*, sans distinction de sexe, *la peine consiste en cent coups de fouet au plus*, appelés en arabe *jalda* parce qu'ils s'appliquent sur la peau nue (*jild*). L'auteur continue : *et bannissement durant une année, à une distance permettant d'abréger la prière*, ou même à une plus grande distance, dans le cas où le Souverain le jugerait nécessaire. L'année du bannissement commence au départ du coupable, et non à son arrivée à l'endroit qu'on lui a assigné. Enfin il est préférable que la flagellation précède le bannissement.

Il y a quatre conditions pour qu'existe la qualité de moḥṣan : savoir

1° et 2° *la majorité et la raison*. Une peine afflictive et définie ne saurait se prononcer contre un mineur ou un aliéné, mais l'un et l'autre doivent recevoir une correction suffisante pour les détourner du péché de la chair, *puis la loi exige*

3° *la liberté*. Ni esclaves, ni affranchis partiels, ni affranchis contractuels, ni affranchies pour cause de maternité ne sont moḥṣan, lors même qu'ils auraient cohabité par suite d'un mariage légitime ; *et enfin la loi exige*

4° *la cohabitation*, exercée par un musulman ou un infidèle soumis à nos lois, *en légitime mariage* ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, dans le mariage légitime. La cohabitation doit consister dans la consommation réelle du mariage, par l'introduction du gland de la verge ou de ce qui en tient lieu si on l'a perdu, dans le vagin ; tandis que le mot « légitime » exclut tout mariage pouvant pour quelque cause être invalidé. Or la consommation d'un pareil mariage ne suffit point pour conférer la qualité de moḥṣan.

⁹⁹Et la femme elle-même qui a subi cette introduction.

La peine des esclaves, hommes ou femmes, n'est que la moitié de celle édictée contre les individus libres. Par conséquent un esclave, sans distinction de sexe, ne reçoit que cinquante coups de fouet au plus, suivis du bannissement pour une demi-année. L'auteur se serait exprimé plus correctement, s'il s'était servi des paroles : « celui qui est soumis au servage, etc. », afin d'étendre la règle aux affranchis contractuels, aux affranchis partiels et aux affranchies pour cause de maternité.

La pédérastie et la bestialité se punissent comme la fornication proprement dite. Par rapport à la pédérastie, cette règle est admise par notre rite ; mais quant à la bestialité, l'opinion de l'auteur est très controversée, et, selon la doctrine préférable, ce méfait ne peut donner qu'à la correction arbitraire. L'auteur continue : *mais le commerce sexuel avec une femme étrangère, quand il ne constitue pas une pénétration, n'entraîne que la correction arbitraire, laquelle, tout en dépendant de la volonté du Souverain, doit nécessairement rester au-dessous du minimum de la peine afflictive et définie.* Ainsi, à supposer qu'il s'agisse d'un esclave, les coups de fouet qu'on lui inflige à titre de correction arbitraire doivent rester au-dessous du nombre de vingt, et à supposer qu'il s'agisse d'un homme libre, ils doivent rester au-dessous du nombre de quarante, parce que ce sont là les minima de la peine afflictive et définie.

Section II.

Des prescriptions relatives à la diffamation, appelée en arabe qādf. Dans le langage ordinaire, ce mot signifie l'acte de lancer contre quelqu'un une accusation quelconque ; mais, comme terme de droit, c'est l'accusation du crime de fornication, prononcée dans le but d'injurier. Le dernier mot sert à exclure l'accusation prononcée en matière de témoignage. *Celui qui a accusé* – l'auteur se sert du verbe qādaḥ, qu'il faut écrire avec un dāl – *un autre du crime de fornication*, par exemple en disant à un homme ou à une femme : « vous vous êtes rendu coupable du péché de la chair », *est passible de la peine afflictive et définie, édictée contre le crime de la diffamation*, savoir de quatre-vingts coups de fouet, comme nous allons le voir plus loin. Seulement, si la diffamation provient d'un ascendant ou d'une ascendante, on verra que la peine ne se prononce point. *Cependant pour qu'il y ait lieu à cette peine, la loi a posé huit conditions ; trois* – quelques exemplaires du Précis portent : « dont trois » – *ayant rapport au diffamateur, c'est-à-dire qu'il soit majeur et doué de raison.* Ainsi les mineurs et les aliénés peuvent impunément diffamer quelqu'un. L'auteur continue : *et qu'il ne soit pas ascendant de l'offensé.* Or le père, la mère ou tout autre ascendant ne sont point passibles de la peine afflictive et définie pour avoir diffamé leur enfant ou autre descendant. L'auteur ajoute : *puis cinq conditions ayant rapport à l'offensé, c'est-à-dire qu'il soit musulman, majeur, doué de raison, libre et chaste* ou plutôt s'abstenant de tout amour illicite. Car la peine afflictive et définie ne saurait se prononcer pour le fait d'avoir diffamé un mécréant, un mineur, un aliéné, un esclave ou un individu convaincu du crime de fornication. *La peine est pour un homme libre coupable de diffamation, de quatre-vingts coups de fouet, mais pour un esclave elle est de quarante coups de fouet. Enfin il y a trois circonstances qui empêchent de prononcer contre le*

diffamateur *la peine afflictive et définie* : savoir

1° *si le crime de fornication est légalement prouvé*, et à cet égard il importe que la personne offensée soit étrangère au diffamateur, ou qu'elle soit son épouse ;

2° la circonstance formulée par l'auteur dans les termes : *si l'offensé se déclare prêt à pardonner* au diffamateur ; et

3° la circonstance formulée par l'auteur dans les termes : *ou si le mari qui a diffamé sa femme en prononçant contre elle l'anathème*. L'anathème a été exposé par l'auteur dans la Section XI du Livre VIII.

Section III.

Des prescriptions relatives aux boissons défendues et de la peine afflictive et définie édictée contre le crime d'en avoir pris. *Le fidèle qui a bu du vin*, c'est-à-dire la boisson bien connue qu'on obtient par la fermentation du jus de la vigne, *ou une autre boisson enivrante quelconque* que le vin, par exemple la boisson spiritueuse préparée avec les raisins secs, *doit subir*, dans le cas où le fidèle en question serait un individu libre, *quarante coups* de fouet ; mais dans le cas où le crime aurait été commis par un esclave, la flagellation n'excède pas vingt coups. *Cependant on*, savoir le Souverain, *a le droit d'aggraver la peine* afflictive et définie dont nous nous occupons, *jusqu'à quatre-vingts coups* de fouet, s'il s'agit d'un individu libre, tandis que le surplus ne saurait excéder vingt coups s'il s'agit d'un esclave, dans l'un et l'autre *cas à titre de correction arbitraire*. Selon quelques juristes toutefois, les coups supplémentaires sont encore subis à titre de peine afflictive et définie, et, si on embrasse cette théorie, il faut en conclure qu'en cas d'aggravation, on ne saurait rester au-dessous des nombres de quarante ou vingt, d'après la condition du coupable. *La peine* afflictive et définie *n'est encourue par celui qui est coupable* d'avoir pris une boisson enivrante, *que si le fait a été constaté, soit par la preuve testimoniale*, c'est-à-dire par deux témoins du sexe masculin déposant en justice que le croyant a bu une boisson défendue, *soit par l'aveu* du coupable qu'il a pris la boisson enivrante. En revanche, il n'y a pas lieu à la peine afflictive et définie dans le cas où le crime aurait été constaté par la déposition d'un homme et d'une femme, ou de deux femmes, ou bien par le serment référé, et à plus forte raison le juge ne peut pas condamner sans preuve légale, en se fondant sur ce qu'il sait personnellement. *Même on ne saurait prononcer une condamnation* contre le coupable, à défaut de preuve légale, *si le crime se manifeste par l'odeur des matières vomies ou par celle de l'haleine*, c'est-à-dire si l'une ou l'autre sentent le vin.

Section IV.

Des prescriptions relatives à l'amputation pour vol. Dans le langage ordinaire, on appelle « vol » toute soustraction des biens d'autrui ; mais comme terme de droit,

c'est la soustraction frauduleuse d'un objet dans un lieu qui, d'après les circonstances, offre des garanties suffisantes de sécurité. *Il y a trois conditions pour que le vol entraîne l'amputation de la main*, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, six conditions. *Premièrement, celui qui est coupable de vol doit être majeur et doué de raison* et avoir commis le crime volontairement. Peu importe que le coupable soit musulman, ou bien un infidèle soumis à nos autorités ; mais les mineurs, les aliénés et ceux qui ont volé sous l'empire de quelque violence, ne sont point passibles de l'amputation. La loi ne distingue pas non plus si l'objet volé appartient à un musulman ou bien à un infidèle soumis. Quant aux infidèles alliés, la doctrine la plus répandue ne les considère pas comme ayant encouru l'amputation. Après avoir mentionné la première condition de l'amputation, savoir celle qui a trait au voleur, l'auteur va nous apprendre quelle est la deuxième condition, laquelle se rapporte à l'objet volé, en ces termes : *En deuxième lieu, l'objet volé doit représenter au moins la valeur d'un quart de dīnār*. Cela veut dire qu'il faut avoir volé, au moins, soit une pièce de métal monnayée et en bon état s'appelant un quart de dīnār, soit une pièce altérée, mais dont la valeur intrinsèque équivaut à un quart de dīnār, soit un objet quelconque de la même valeur. L'auteur ajoute : *et la valeur en question doit avoir été gardée dans un lieu qui, d'après les circonstances, offre des garanties suffisantes de sécurité*. Quand l'objet se trouve déposé dans une plaine déserte, dans une mosquée ou sur le chemin public, la loi exige, pour qu'il soit suffisamment gardé, que le propriétaire ne l'ait pas perdu de vue ; mais quand l'objet se trouve dans une enceinte fermée, par exemple dans une maison, il suffit d'en faire l'inspection d'après la coutume établie pour des objets similaires. Il résulte de ces principes que les habits et les effets qu'un voyageur vient de déposer tout près de lui, par exemple dans une plaine déserte, sont suffisamment gardés, s'il en fait personnellement l'inspection de moment à autre, à supposer toutefois que l'endroit ne soit pas visité par une foule de passants. Or, dans le cas dernièrement énoncé, la garde en question serait insuffisante. La garde à vue implique le pouvoir matériel d'empêcher le voleur de s'emparer de l'objet. La troisième des conditions se rapporte aussi à l'objet volé, et est formulée par l'auteur en ces termes : *Enfin la soustraction doit porter sur quelque objet dont on n'est pas propriétaire, ou sur lequel on ne peut pas faire valoir un autre droit*, c'est-à-dire qu'il est indispensable que l'objet soit absolument étranger au voleur. Ainsi l'amputation est interdite dans le cas de vol entre ascendants et descendants et dans celui de vol commis par des esclaves au préjudice de leurs maîtres.

L'amputation dont le voleur est passible consiste dans l'ablation de la main droite à l'articulation du poignet, opération à laquelle on ne doit procéder qu'après avoir luxé la main en la tirant brusquement au moyen d'une corde. L'amputation de la main droite est prescrite pour le premier vol. *Le deuxième vol*, au cas où le coupable aurait déjà perdu la main droite, *se punit de l'amputation du pied gauche*, laquelle s'opère, au moyen d'un fer tranchant, d'un seul coup, après **que l'on ait** luxé le pied à l'articulation au-dessous de la cheville. *Le troisième vol entraîne l'amputation de la main gauche*, précédée de la luxation, *et le quatrième celle du pied droit*, également précédée de la luxation. L'articulation où l'amputation doit avoir lieu s'enduit au préalable d'huile ou de graisse bouillie. *Les récidives ultérieures* savoir les vols commis après l'amputation des deux mains et des deux pieds, *sont punissables de la correction arbitraire, ou selon d'autres, de la peine de mort, et le coupable doit être emprisonné immédiatement jusqu'à*

l'exécution. Cependant la tradition sur laquelle se fonde la mise à mort pour le cinquième vol contient une décision du Prophète que celui-ci a rétractée plus tard.¹⁰⁰

Section V

Des prescriptions relatives aux brigands. Un brigand se dit en arabe qāṭi' aṭ-ṭarīq, littéralement « celui qui coupe la route », parce que la peur des brigands empêche les hommes de se servir du chemin public. La loi entend par « brigand » un musulman, majeur et doué de raison, qui, à main armée, trouble la sécurité des routes. Le brigandage est punissable, lors même qu'il aurait été exercé par des femmes, et lors même qu'un seul individu s'y serait livré ; mais on ne peut légalement appeler « brigand » celui qui se joint furtivement à l'arrière-garde d'une caravane dans le but de se sauver au plus vite après avoir commis quelque larcin. *Il y a quatre sortes de brigands.* La première est désignée par l'auteur par les paroles suivantes : *Ceux qui ont tué, c'est-à-dire ceux qui se sont rendus coupables d'homicide prémédité, commis sans excuse légale, sur des personnes de condition égale ou supérieure, mais qui n'ont pas volé, doivent être mis à mort sans merci.* Lorsqu'au contraire ils ne sont coupables que d'un homicide involontaire, ou bien d'un homicide prémédité commis sur un individu qui leur était inférieur¹⁰¹, la peine capitale ne saurait se prononcer. Quant à la deuxième sorte de brigands, l'auteur en parle dans ces termes : *Ceux qui ont tué et volé, savoir qui ont volé au moins le minimum de la valeur admettant l'amputation, sont mis à mort, après quoi leurs cadavres sont attachés à des croix.* La loi n'exige pas que la croix soit faite de bois, mais bien que le cadavre d'un brigand exécuté soit lavé et enveloppé d'un linceul, et même qu'on prie pour le repos de son âme avant de l'attacher à la croix. L'auteur a en vue une troisième sorte de brigands dans la phrase qui va suivre : *Ceux qui ont volé sans tuer ne sont point passible de la peine de mort, mais, pour peu qu'ils aient volé au moins le minimum de la valeur admettant gardée et leur était absolument étrangère, on leur ampute les mains et les pieds en alternant les côtés.* En d'autres termes, pour le premier vol, on leur ampute la main droite et le pied gauche, ensuite, en cas de récidive, c'est la main gauche et le pied droit ; tandis que la meilleure doctrine exige d'amputer la première fois la main gauche, si le brigand a déjà perdu la main droite, et le pied droit, s'il a déjà perdu le pied gauche. Enfin l'auteur fait mention ainsi qu'il suit de la quatrième sorte de brigands : *Ceux qui n'ont fait qu'intimider les passants sur la route, mais sans les voler ou tuer en personne, doivent être punis de l'emprisonnement dans une autre localité, à titre de correction arbitraire, ce qui veut dire que le Souverain doit les mettre en prison pour leur amélioration morale. Celui d'entre eux, c'est-à-dire d'entre les brigands, qui a changé de conduite avant que de tomber entre les mains des autorités qui représentent le Souverain, n'est point passible des peines afflictives et définies, c'est-à-dire des peines spéciales menacées contre le brigandage.* Ces peines sont la peine de la mort, le supplice de la

¹⁰⁰La tradition que l'auteur a en vue ne se trouve ni dans le recueil de Boḥārī, ni dans celui de Moslim, mais bien dans le Michkāt al-Maṣābiḥ de Tibrīzī. Voy. la traduction de ce dernier recueil par Matthews, Tome II, p. 193.

¹⁰¹Voy. plus haut, page 549.

croix et l'amputation de la main et du pied, et la rémission de ces peines est sans préjudice des autres peines afflictives et définies, encourues à l'égard de Dieu, l'Être Suprême, comme celles pour la fornication ou le vol, commis après qu'on a quitté la vie de brigand. Il suit de ces paroles de l'auteur : *toutefois, par son repentir, le brigand en question n'est pas libéré*, – l'auteur parle au passif – *des autres obligations résultant de ses délits*, c'est-à-dire soit des peines encourues à l'égard des hommes, comme le talion ou la peine pour diffamation, soit de la revendication des biens usurpés par lui, etc. – il suit, dis-je, de ces paroles de l'auteur que le repentir du brigand fait cesser seulement la peine édictée contre le brigandage, sans rien de plus. Telle est la loi.

Section VI.

Des prescriptions relatives à la légitime défense et à la responsabilité pour dommage causé par des animaux domestiques. *Celui qui est attaqué* – l'auteur parle au passif – *de manière à ce qu'il redoute de perdre sa vie ou ses biens, et même si l'attaque a été dirigée contre l'honneur de sa femme*, c'est-à-dire si l'assaillant veut tuer quelqu'un, prendre son bien, quelque peu que ce soit, ou violer sa femme, on a le droit de repousser l'attentat dirigé contre sa vie, ses biens et sa femme, et lors même que l'assaillant perdrait la vie, par suite de mesures nécessaires pour la défense, il n'y a lieu à aucune responsabilité, savoir ni au talion, ni au prix du sang, ni à l'expiation.

Celui qui monte un animal, sans se préoccuper de savoir si l'animal est à lui, ou s'il l'a seulement emprunté, pris à louage ou usurpé, est responsable du dommage causé directement par cet animal de quelque façon que ce soit. Par contre, dans le cas où l'animal aurait sali le chemin public par son urine ou ses excréments, le conducteur n'est pas responsable du préjudice que cela peut porter aux biens ou même à la vie d'autrui.

Section VII.

Des prescriptions relatives aux rebelles, c'est-à-dire aux Musulmans qui en masse se révoltent contre le Souverain légitime. Le mot arabe pour « rebelle » est *bāḡī*, pluriel *buḡā*, dérivé du substantif *baḡī* « injustice ». *Il est prescrit* — l'auteur parle au passif — *de combattre les rebelles*, c'est-à-dire le Souverain doit les réduire par les armes à l'obéissance, sous les trois conditions suivantes : il faut

1° *qu'ils s'opposent au Souverain à main armée*, ou plutôt qu'ils agissent par la force des armes, qu'ils soient en nombre et qu'ils se soient donné un chef, lors même que ce chef ne s'arrogerait point le titre de souverain régnant. La force des rebelles doit être assez importante pour que le Souverain légitime, pour les réduire, soit obligé de prendre des mesures financières et militaires exceptionnelles ; car la désobéissance individuelle et facile à comprimer ne saurait s'appeler une rébellion dans le sens légal ; puis il faut

2° *qu'ils se soient réellement soustraits à l'autorité du Souverain légitime, soit en n'obéissant plus à ses ordres, soit en lui refusant ce qu'ils lui doivent comme sujets. Peu importe que le refus concerne des obligations matérielles ou bien qu'il ait trait à des actes d'une autre nature, par exemple qu'ils refusent de reconnaître comme légales, soit quelque peine afflictive et définie, soit la peine du talion, prononcées par le Souverain ; enfin la loi exige*

3° *qu'ils, savoir les rebelles, se soient donné une organisation extérieure, c'est-à-dire, selon quelques-uns de nos jurisconsultes, une organisation plausible. Ainsi, par exemple, on peut considérer comme des rebelles les musulmans qui à Siffīn voulurent venger à main armée la mort du calife ʿUtmān, croyant que ʿAlī, d'heureuse mémoire, avait sciemment laissé le meurtrier impuni. Si l'organisation des rebelles se présente comme manifestement illégale, on ne les considère point comme formant un corps politique, mais seulement comme des criminels ordinaires.*

Les rebelles ne sauraient être combattus, à moins que le Souverain ne leur ait envoyé préalablement une personne de confiance et intelligente pour s'informer de leurs griefs. S'ils ont à se plaindre de vexations, et déclarent que c'est pour cela qu'ils ont refusé d'obéir au Souverain, l'envoyé doit faire cesser les motifs de l'insurrection. Lorsqu'au contraire ils ne peuvent alléguer aucune excuse valable, ou quand ils persévèrent dans leur rébellion, même après qu'on a fait justice à leurs plaintes, il faut les avertir et puis leur déclarer la guerre. *La loi défend de mettre à mort les prisonniers qu'on a faits sur eux, c'est-à-dire sur les rebelles, quoique la meilleure théorie s'oppose à l'application du talion à un musulman resté fidèle au Souverain, qui a tué un prisonnier fait sur les rebelles, y compris les mineurs et les femmes, doivent être retenus jusqu'à la fin de la guerre et la dispersion complète des bandes, à moins que les prisonniers en question ne déclarent spontanément se soumettre au Souverain. L'auteur ajoute : et les biens qu'on leur a pris ne sont point considérés comme butin de guerre. Même il faut leur restituer les armes et les chevaux qu'on leur a enlevés, aussitôt que la guerre est terminée et qu'on n'a plus rien à craindre de leur part, par suite de la dispersion de leurs bandes ou leur retour à l'obéissance. Il est également défendu de recourir contre les rebelles aux grands moyens de destruction, comme au feu ou aux machines de guerre, excepté en cas d'urgence, par exemple s'ils en font usage eux-mêmes en se défendant, ou quand ils nous ont investis. Il est encore interdit d'achever les rebelles blessés, c'est-à-dire de tuer un rebelle qui est déjà hors de combat.*

Section VIII.

Des prescriptions relatives à l'apostasie. C'est la forme la plus détestable sous laquelle l'impiété peut se manifester. Le mot arabe pour « apostasie » est ridda, et signifie, dans le langage ordinaire, l'acte d'abandonner une chose pour une autre. Comme terme de droit, c'est l'abjuration de **l'Islam**, fait soit mentalement, soit en paroles ou actes incompatibles avec la foi, comme l'acte de se prosterner devant une idole. Il est indifférent que les paroles aient été prononcées ou les actes commis par

plaisanterie, par esprit de contradiction, ou de bonne foi. Ainsi la conviction que le Créateur n'existe pas de toute éternité, quelque ferme qu'elle soit, n'en est pas moins punissable à titre d'apostasie.

L'apostat, homme ou femme, par exemple celui qui nie l'existence de Dieu ; l'Être Suprême, ou qui prétend que l'un ou l'autre de Ses ambassadeurs est un imposteur, ou qui tient pour licite ce qui est rigoureusement défendu par l'ijmā^{c1)}, comme le crime de fornication et l'acte de boire du vin, ou bien qui tient pour défendu ce qui est licite selon l'ijimā^c, comme le mariage et le contrat de vente, cet individu, dis-je, *doit être exhorté à revenir de ses erreurs*. Selon la meilleure doctrine cette exhortation est obligatoire et doit avoir lieu sur le champ ; mais la théorie opposée ne considère l'exhortation que comme un précepte de la sunna, et exige seulement qu'elle ait lieu *dans les trois premiers jours* ; C'est-à-dire qu'elle peut encore avoir lieu le troisième jour. *En cas de repentir* manifesté par son retour à l'islam, lequel retour se constate par le fait que l'apostat a prononcé les deux phrases composant la confession de foi, dans l'ordre prescrit, c'est-à-dire en attestant d'abord qu'il croit en Dieu, l'Être Suprême, et puis que Muḥammad est Son ambassadeur, *la conversion doit être acceptée*²⁾. Lorsqu'au contraire l'apostat, en prononçant la confession de foi, intervertit les deux phrases dont elle se compose, c'est un indice d'impénitence, du moins d'après l'opinion émise par An-Nawawī dans son *Ṣarḥ al-Muḥaddab*³⁾, à l'endroit où il parle de l'intention dans l'ablution rituelle. *Sinon*, c'est-à-dire en cas d'impénitence de sa part, *l'apostat doit être mis à mort* ; c'est-à-dire s'il s'agit d'un individu libre, le Souverain doit lui faire trancher la tête ; mais il ne saurait le condamner au bûcher ou à un autre supplice atroce. Celui qui tue un apostat, non sur l'ordre du Souverain, mais de son propre chef, est passible de la correction arbitraire ; seul le maître peut impunément tuer son esclave apostat sans autorisation officielle, du moins selon la meilleure doctrine.

En dernier lieu l'auteur nous fait connaître les conséquences de l'apostasie par rapport à l'ablution et aux autres cérémonies funéraires, dans ces termes : *Le cadavre d'un apostat ne saurait être lavé, on ne prie point pour le repos de son âme, et il n'est pas enseveli parmi les musulmans*.

La loi relative à l'omission de la prière est exposée par la plupart des juristes dans la partie de leurs ouvrages consacrée au culte ; mais l'auteur a préféré traiter ce sujet ici même dans la Section qui va suivre.

Section IX.

L'omission des prières prescrites, même d'une seule des cinq prières journalières

¹⁾On entend par ijmā' ou jamā'a les décisions concordantes des docteurs musulmans du temps des premiers califes.

²⁾Ces paroles du Précis manquent dans mes trois manuscrits et dans mes deux éditions du Caire. Cependant Baijourni observe avec raison qu'il faut les insérer, parce qu'autrement la phrase n'aurait pas d'apodose, et qu'en effet elles se trouvent dans quelques manuscrits.

³⁾V. plus haut pages 49 n.1.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

et obligatoires, *est de deux sortes. Premièrement il se peut qu'un musulman, majeur et doué de raison, refuse de prier parce qu'il en nie l'obligation. La loi le considère, c'est-à-dire le musulman en question, comme un apostat, et il doit être traité comme nous venons de l'exposer dans la Section précédente. En second lieu, il se peut que l'omission résulte de la paresse, et que le fidèle ait de cette façon laissé passer le temps légal, sans que l'obligation de prier soit révoquée en doute. Ce cas échéant, il faut exhorter le coupable à rentrer dans la bonne voie. S'il se repent et prie — ce qui est l'indice du repentir — il faut le laisser en paix⁴⁾. Sinon, c'est-à-dire s'il reste dans l'impénitence, il doit être tué à titre de peine afflictive et définie, et non comme infidèle, mais au reste il est considéré comme mort dans la foi par rapport à l'ensevelissement parmi les musulmans. La loi n'exige pas de faire disparaître les traces de la fosse où il a été déposé ; son corps est lavé et enveloppé dans un linceul comme celui d'un musulman ordinaire, et aussi l'on prie pour le repos de son âme.*

⁴⁾La même observation que j'ai faite à la page précédente, note 1, doit se faire ici concernant les mots: « il faut,etc »

LIVRE XI.

Des prescriptions relatives aux guerres contre les infidèles.

Section I.

Depuis l'émigration du Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa Bénédiction !), de la Mecque à Médine, jusqu'à la mort du saint homme, l'ordre de combattre les infidèles constituait une obligation solidaire des musulmans. A partir de ce moment, il faut distinguer entre les infidèles habitant leur propre territoire et ceux qui font une invasion dans une de nos possessions ou qui ont campé à proximité de nos frontières. Quant aux premiers, les musulmans sont solidairement obligés de faire chaque année une incursion dans leur pays ; cela veut dire que si un nombre suffisant de musulmans s'acquittent de cette obligation, les autres peuvent légalement rester chez eux. Quant aux infidèles mentionnés en second lieu, chaque habitant du pays menacé est individuellement obligé de contribuer à leur expulsion par tous les moyens possibles.

Les conditions rendant obligatoire de prendre part à la guerre contre les infidèles sont au nombre de sept : savoir

1° *qu'on soit musulman.* L'obligation qui nous occupe, n'incombe point à l'infidèle ; *puis* la loi exige

2° *qu'on soit majeur.* Elle n'incombe pas non plus à ceux qui sont en bas âge ; *puis* il est de rigueur

3° *qu'on soit doué de raison.* Elle n'incombe point aux aliénés ; *puis* c'est une condition

4° *qu'on soit libre.* Elle n'incombe point aux esclaves, lors même que leur maître leur aurait ordonné d'y prendre part. Les affranchis partiels, testamentaires ou contractuels sont assimilés à cet égard aux esclaves proprement dits ; *puis* il est nécessaire

5° *qu'on soit du sexe masculin.* L'obligation en question n'incombe point aux femmes, ni aux hermaphrodites sans sexe prépondérant ; *puis* il faut

6° *qu'on soit en bonne santé.* Elle n'incombe point à ceux qui sont atteints d'une maladie empêchant de se battre ou de monter à cheval, ou même exigeant des efforts violents pour ces deux actes, comme la fièvre continue ; *et enfin* il est de rigueur

7° *qu'on soit physiquement capable de se battre.* L'obligation n'incombe point à ceux, par exemple, ont perdu une de leurs mains, ni à ceux qui n'ont pas les moyens matériels de prendre part à la guerre, comme les armes, la monture ou les provisions de bouche nécessaire.

Les infidèles tombés entre nos mains comme prisonniers de guerre sont de deux catégories, dont la première comprend ceux à l'égard desquels le Souverain n'a aucune

liberté d'agir, mais *qui sont*, ou, selon quelques exemplaires du Précis, qui deviennent *esclaves par le fait de leur captivité*, c'est-à-dire par le fait d'être tombés entre nos mains, *savoir les mineurs et les femmes*, c'est-à-dire les enfants et les femmes des infidèles. Les hermaphrodites et les aliénés sont soumis à la même loi, mais non les femmes juives ou chrétiennes ayant épousé des musulmans, puisque la captivité implique une idée incompatible avec la foi du chef de la maison. *La seconde catégorie se compose de ceux qui ne sont pas réduits à l'esclavage par le seul fait de leur captivité, savoir les infidèles d'origine qui sont des hommes majeurs, libres et doués de raison. Le Souverain peut à leur égard choisir entre les quatre procédés suivants* : il peut

1° *les tuer*, en leur tranchant la tête, mais non en les brûlant vifs, par exemple, ou en les noyant. L'auteur ajoute : *ou il peut*

2° *les réduire à l'esclavage*, après quoi ils sont soumis aux prescriptions ordinaires relatives au butin. L'auteur ajoute : *ou il peut*

3° *les remettre en liberté sans réserve, ou bien il peut*

4° *les renvoyer, ou moyennant une rançon, ou en les échangeant* contre des musulmans en captivité. La rançon aussi est soumise aux prescriptions ordinaires relatives au butin, et l'échange est permis aussi bien sur la base d'un musulman contre un infidèle, que sur la base d'un infidèle contre plusieurs musulmans ou de plusieurs infidèles contre Musulman.

Le choix du Souverain doit tomber sur celle de ces quatre mesures qui paraît la plus utile aux musulmans. Dans le cas où les circonstances n'indiqueraient point laquelle mérite la préférence, il faut garder les captifs jusqu'à ce que les circonstances aient changé et indiquent la mesure à prendre. En ajoutant tout à l'heure au texte les mots « infidèles d'origine », nous avons voulu faire ressortir que la règle posée par l'auteur n'a pas trait aux autres infidèles, par exemple aux apostats. Or un apostat, tombé entre nos mains, doit être exhorté au repentir, et, en cas d'impénitence, mis à mort. Le Souverain ne saurait agir autrement à son égard.

Celui des infidèles qui embrasse la foi avant d'être fait captif par le Souverain, conserve ses biens, et non-seulement lui et ses enfants en bas âge ont la vie sauve, mais encore on ne saurait les faire prisonniers de guerre. Les enfants en bas âge sont considérés comme s'étant convertis avec leur père, dont ils forment l'accessoire, mais il en est autrement des enfants adultes, qui ne peuvent jamais profiter de la conversion de leur père, à moins qu'ils ne se convertissent personnellement. Même la conversion du grand-père paternel suffit pour sauvegarder ses petits-enfants en bas âge, au lieu que la conversion de l'époux n'empêche pas l'épouse d'être réduite en esclavage, lors même qu'elle serait enceinte. L'esclavage de la femme d'un infidèle entraîne de plein droit et comme une conséquence immédiate la dissolution du mariage.

Le mineur est considéré par la loi comme musulman dans les trois cas qui vont suivre : savoir

1° *s'il est né d'un père ou d'une mère musulmans* ; le mineur en question suit la religion soit de son père, soit de sa mère, selon les circonstances. La même règle s'applique à ceux qui se trouvent frappés de démence au moment d'atteindre leur

majorité, et même à ceux qui sont atteints de démence après avoir atteints leur majorité.

2° La deuxième cause pour laquelle un mineur est considéré comme ayant la foi est formulée dans le Précis dans ces termes : *si un Musulman s'est emparé de lui, pendant sa minorité, sans s'emparer de ses parents*. Lorsqu'au contraire le mineur a été fait captif en même temps que l'un de ses parents, il ne suit point la religion du fidèle entre les mains duquel il est tombé. Cependant, pour que le mineur reste infidèle, il doit avoir été fait captif avec son père ou sa mère se trouvant dans la même division d'armée, ou du moins il faut que le mineur et le père ou la mère forment partie du même butin, car le seul fait que lui et son père ou sa mère tombent plus tard en partage au même maître ne suffit pas pour lui enlever sa qualité de Musulman. La meilleure doctrine ne reconnaît pas la foi d'un mineur fait captif par un infidèle soumis à nos autorités, et amené par lui sur notre territoire : on considère ce mineur comme étant de la même religion que l'infidèle qui s'est emparé de lui.

3° La troisième cause se trouve exposée ainsi qu'il suit : *ou s'il, c'est-à-dire le mineur, est un enfant trouvé sur le territoire des Musulmans*, lors même qu'il s'agirait d'une contrée habitée en partie par les infidèles soumis à nos autorités. Un enfant trouvé sur le territoire des infidèles serait également musulman, dans le cas où un croyant y demeurerait.

Section II.

Des prescriptions relatives à l'équipement des ennemis tués et au partage du butin de guerre. *Le fidèle qui a tué un ennemi reçoit l'équipement de celui-ci*. Le mot arabe « équipement » est salab et non salb. La loi exige seulement que l'ennemi ait été tué par un musulman, mais sans se préoccuper du sexe de ce musulman, ni de savoir si c'est un individu libre ou non, ni si le Souverain lui a promis l'équipement pour stimuler son ardeur, ou bien si rien n'a été convenu à cet égard. On entend par « équipement » les habits portés par l'ennemi tué, sa chaussure, ses guêtres, c'est-à-dire l'espèce bien connue de chaussure sans semelle qui ne couvre que la jambe, ses armes, l'animal qu'il montait ou qu'il tenait par la bride, la selle, la bride et le licou de cet animal, le bracelet que l'ennemi portait, son collier, sa ceinture, c'est-à-dire toute pièce d'habillement dont on se ceint le milieu du corps, sa bague, les provisions de bouche que l'ennemi portait sur lui et enfin la monture de rechange ou de somme qu'il conduisait à côté de lui. Le droit sur l'équipement d'un infidèle tué n'existe que quand on a personnellement couru quelque danger en attaquant l'ennemi pendant la guerre, d'une façon suffisante pour le mettre hors de combat. Par conséquent on ne reçoit point l'équipement d'un infidèle qu'on a tué lorsqu'il était prisonnier de guerre, lorsqu'il était endormi, ou lorsque le corps d'armée auquel il appartenait était en déroute. On est censé avoir mis l'infidèle hors de combat, quand on l'a mis hors d'état de se défendre, par exemple, en lui ayant crevé les yeux, ou en lui ayant coupé les mains ou les pieds.

Le mot arabe pour « butin de guerre » est ḡanīma, dérivée de ḡunm et signifiant, dans le langage ordinaire, « gain ». Comme terme de droit c'est ce que les musulmans

prennent sur les infidèles, dans la guerre pour la foi, soit dans le combat proprement dit, soit dans la poursuite par ceux de nos guerriers qui sont montés sur des chevaux ou sur des chameaux. Il résulte des mots employés ici « dans la guerre pour la foi », que les biens confisqués aux apostats ne sauraient s'appeler « butin » ; ces biens font partie de ce qu'on appelle les « contributions ».

Au reste, le butin de guerre se partage ainsi qu'il suit. En d'autres termes, déduction faite de l'équipement des ennemis tués, le butin de guerre se partage en cinq portions égales. *On commence par donner quatre cinquièmes des immeubles et des biens meubles à ceux qui ont assisté, ou plutôt qui ont pris part au combat.* Il faudra donc admettre comme ayants-droit au butin, non-seulement les fidèles qui ont été sur le champ de bataille dans l'intention de se battre, mais qui fortuitement n'en sont pas venus aux mains avec l'ennemi, mais encore, selon la doctrine la plus répandue, ceux qui, tout en n'ayant pas eu l'intention de se battre, y ont été forcés par les circonstances. En revanche, quelqu'un qui n'est arrivé sur le champ de bataille qu'au moment où le choc était déjà passé, ne peut rien réclamer. *Un cavalier qui a pris part au combat comme guerrier reçoit trois portions du butin* savoir deux portions pour le cheval et une portion pour lui-même, pourvu seulement que son cheval soit propre au service militaire, mais sans demander s'il s'est par hasard battu à pied. Il ne pourra jamais réclamer plus de deux portions pour le fait qu'il appartient à la cavalerie, lors même qu'il se serait muni de plusieurs chevaux. L'auteur continue : *et un fantassin, c'est-à-dire celui qui fait le service à pied, une portion seulement ; mais il est bien entendu qu'on ne saurait admettre comme participant au butin quiconque, c'est-à-dire tout individu qui, ne répond pas aux cinq conditions suivantes, savoir la foi, la majorité, la raison, la liberté et le sexe masculin. Si une ou plusieurs de ces conditions font défaut, le guerrier reçoit une rémunération, mais non pas une portion du butin.* Il faudra donc rémunérer de cette manière les mineurs, les aliénés, les esclaves, les femmes et les infidèles soumis à nos autorités. La rémunération que nous avons en vue s'appelle en arabe raḍḥ, mot signifiant dans le langage ordinaire « un don de peu de valeur », en général, mais, comme terme de droit, la récompense qu'on donne à un fantassin ¹⁾ dans le cas où il ne peut pas réclamer une portion entière du butin. Le montant de la rémunération doit être fixé par le Souverain d'après ce qui lui paraît raisonnable : une plus grande rémunération sera accordée, par conséquent, à celui qui s'est battu personnellement qu'à celui qui a dû rester en arrière, et à celui qui vient de s'exposer plusieurs fois, une plus grande qu'à celui qui n'a couru que peu de danger. Selon la doctrine la plus répandue, les rémunérations tombent à la charge des quatre cinquièmes du butin dus aux combattants, quoiqu'une autre théorie exige de les prélever sur le butin en son entier.

L'autre cinquième du butin, resté disponible après les quatre cinquièmes qui se partagent entre ceux qui l'ont remporté, se divise en cinq portions égales, dont une portion était primitivement pour le Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction!) ; c'est-à-dire qu'il avait de son vivant droit à une portion ; mais, depuis sa mort, cette portion est destinée à payer les frais de toutes les mesures prises dans l'intérêt public, savoir l'intérêt des Musulmans, comme l'administration de la justice dans les

¹⁾Baijourî fait observer qu'il en est de même des cavaliers. Par conséquent il serait peut-être plus correct de traduire plus librement et de remplacer le mot de « fantassin » par celui de « guerriers ».

différentes parties du territoire des fidèles. Quant aux juges militaires qui accompagnent les armées, leurs appointements tombent à la charge des quatre cinquièmes du butin déjà mentionnés, du moins selon les idées du Māwardī¹⁾ et d'autres jurisconsultes. En outre une mesure qu'il faut prendre dans l'intérêt public est de garnir les places de guerre situées aux frontières du territoire des Musulmans, surtout si ces places couvrent nos villes ouvertes ; et le terme « garnir » implique tout aussi bien l'acte de mettre une garnison dans une certaine forteresse que celui de la pourvoir des engins et autres objets nécessaires pour la défense. L'argent doit être affecté en premier lieu à ce qui constitue, au moment donné, l'intérêt le plus grave. *La deuxième portion est pour les membres de sa famille, c'est-à-dire pour les membres de la famille du Prophète (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction!), savoir les descendants de Hāchim et de ʿAbd al-Muṭṭalib.* Les hommes et les femmes, les riches et les pauvres sont admis comme participants, seulement chaque homme reçoit deux fois autant qu'une femme. *En troisième lieu, on donne une portion aux orphelins* des croyants. Le mot arabe pour « orphelin » est yatīm, au pluriel yatāmā ; il désigne tout mineur qui a perdu son père, sans qu'il importe que ce soit un garçon ou une fille, ni qu'il ait un grand-père paternel ou non, ni que son père soit tombé dans la guerre contre les infidèles ou qu'il soit mort d'une autre façon quelconque. La loi exige seulement que l'orphelin soit pauvre. *En quatrième lieu, une portion sert à secourir les indigents, et enfin la dernière portion est destinée aux voyageurs.* Ce qu'il faut entendre par « indigent » et par « voyageur » a été expliqué par nous dans la dernière Section du Livre III.

Section III.

Du partage des contributions parmi les ayants-droit. En arabe on appelle les « contributions » fay, mot qui, dans le langage ordinaire, est dérivé du verbe fāʾ « revenir à », et indique, en général, tout ce qui revient aux Musulmans de la part des infidèles. Cependant, comme terme de droit, le sens en est plus restreint, savoir c'est ce que le fisc percevait sur les infidèles, exception faite du butin acquis dans le combat ou dans la poursuite par ceux de nos guerriers qui sont montés sur des chevaux ou sur des chameaux. Ainsi, par exemple, la capitation et les dîmes sur le commerce font partie des contributions.

L'argent perçu à titre de contribution doit être divisé en cinq portions égales, dont une, savoir le premier cinquième des contributions, a la même destination quintuple que le dernier cinquième du butin de guerre. Nous venons d'exposer cette destination dans la Section précédente. *Les autres quatre cinquièmes sont, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, les autres quatre cinquièmes en sont, c'est-à-dire les autres quatre cinquièmes des contributions sont affectés à l'entretien de l'armée permanente, savoir des soldats que le Souverain a enrôlés pour la guerre contre les infidèles, et dont il a fait inscrire les noms au bureau militaire, après s'être assuré qu'ils sont des Musulmans, majeurs, doués de raison, libres et aptes au service.* Le Souverain doit partager les quatre

¹⁾Voy. Al-Ahkām as-Soltānīya ed. Enger, p.219 et plus haut, p. 187, n.2.

cinquièmes en question entre les soldats composant l'armée permanente, en proportion des besoins de chacun. Il lui faudra à cet effet faire examiner la condition où se trouvent, non-seulement chaque soldat, mais encore les membres de la famille de chaque soldat dont l'entretien est à sa charge, et enfin on doit se rendre compte des sommes nécessaires pour subvenir aux besoins de chaque individu. Or chaque soldat doit recevoir assez pour se nourrir, s'habiller et, en général, pour vivre convenablement, lui et sa famille. En fixant le montant des sommes à payer, le Souverain doit prendre en considération les temps et les lieux, savoir si le participant vit dans un temps et un lieu où tout est à bon marché, ou bien si le temps et le lieu sont chers. L'auteur, continuant en ces termes : *et aux mesures à prendre dans l'intérêt des Musulmans*, a voulu démontrer que le Souverain, après avoir pourvu aux besoins de l'armée, peut destiner le surplus de la façon qui lui paraît le plus dans l'intérêt des fidèles ; il peut employer à réparer des fortifications, à garnir les places de guerre et même, selon la bonne théorie à l'achat d'armes ou de chevaux.

Section IV.

Des prescriptions relatives à la capitation, appelée en arabe jizya. Dans le langage ordinaire, le mot de jizya signifie tout impôt que doivent payer les infidèles soumis à nos autorités ; ce nom s'explique par la circonstance que le paiement de l'impôt leur tient lieu (en arabe jazaä) de rançon de leur vie. Cependant, comme terme de droit, le mot de jizya a un sens plus restreint, et désigne l'argent que les infidèles ont consenti à payer par une convention spéciale. Le Souverain ou son remplaçant peuvent seuls conclure une convention semblable avec les infidèles, et encore cette convention ne saurait se faire à terme. Elle se formule en ces paroles : « Je vous établis sur le territoire musulman à l'exception du Hijāz », ou « Je vous accorde la permission d'y résider, à la condition de payer la capitation et de vous soumettre à nos lois ». La loi permet également que les infidèles eux-mêmes prennent l'initiative en disant : « Établis-nous sur le territoire musulman », à quoi le Souverain répond : « Je vous y établis ».

Les conditions qui rendent la capitation obligatoire pour les infidèles, sont de cinq catégories : savoir

1° *qu'ils soient majeurs*. La capitation n'incombe point aux mineurs ; *puis* il faut

2° *qu'ils soient doués de raison*. La capitation n'incombe point aux aliénés dont la démence est continue. Quant à ceux qui sont atteints d'une démence intermittente, il faut distinguer entre le cas où elle serait de peu et le cas où elle serait de beaucoup d'importance. Dans le premier cas, par exemple, si les accès de démence ne durent qu'une heure par mois, la capitation ordinaire est due ; dans le second, par exemple, si les accès reviennent d'un jour à l'autre, on fait l'addition des jours libres et on exige la capitation aussitôt que le nombre de ces jours s'élève à une année ; *puis* la loi prescrit

3° *qu'ils soient libres*. Non-seulement les esclaves ne sont pas soumis à la capitation, mais encore les maîtres ne sont pas obligés de la verser pour eux. Il en est de même des affranchis contractuels, des affranchis testamentaires et des affranchis

partiels ; puis la loi prescrit

4° *qu'ils soient du sexe masculin*. Les femmes et les hermaphrodites sont exempts de la capitation ; mais, s'il paraît plus tard d'un hermaphrodite qu'il penche vers le sexe masculin, il est astreint à payer l'arriéré. Ce dernier sujet a été abordé par An-Nawawī dans son ouvrage intitulé Ziyādat ar-Rawḍa ; mais c'est seulement dans son Šarḥ al-Muḥaḍḍab qu'il a définitivement posé la règle que nous venons de formuler ¹⁾ ; et enfin une dernière condition est

5° *qu'ils, savoir les infidèles dont on a stipulé la capitation, appartiennent à une religion fondée sur un livre sacré, comme le Judaïsme ou le Christianisme, ou du moins à une religion fondée sur quelque apparence d'un livre sacré*. La convention peut encore se faire avec les descendants de tous ceux qui se convertis au Judaïsme ou au Christianisme avant que ces religions fussent abolies par la révélation de l'Islam, ou même avec les descendants de ceux qui sont devenus Juifs ou Chrétiens à une date qu'on ne saurait préciser. Ce bénéfice s'étend aussi aux individus nés de parents dont l'un seulement était adhérent d'une religion fondée sur un livre sacré, mais l'autre idolâtre, et enfin à ceux qui croient avoir en leur possession les livres révélés à Abraham ou le Psautier révélé à David.

Le minimum de la somme due en guise de capitation par chaque infidèle est un dīnār par an. Un maximum n'a pas été fixé par la loi ; mais on exige, c'est-à-dire la sunna prescrit au Souverain, d'élever le montant de la capitation autant que possible, après que les infidèles s'y sont une fois soumis. Par conséquent on exige deux dīnār de ceux qui jouissent d'une aisance médiocre dans les circonstances données, et quatre dīnār des riches, si c'est possible, et à supposer que le contribuable ne soit pas interdit pour cause d'imbécillité. Car si le contribuable est imbécile, le Souverain ne saurait réclamer de son curateur plus du minimum. La classe dans laquelle l'infidèle doit être placé se constate à la fin de chaque année.

La loi permet, ou plutôt la sunna a introduit, dans le cas où le Souverain aurait laissé les infidèles demeurer dans leur propre territoire au lieu de les faire demeurer dans le nôtre, de stipuler que les infidèles devront pratiquer l'hospitalité à l'égard des voyageurs musulmans qui passent par leur pays, non-seulement lorsque ceux-ci se rendent à la frontière pour prendre part à la guerre pour la foi, mais encore quand leur voyage a un autre but licite. C'est une charge à ajouter au, c'est-à-dire sans préjudice du, montant du minimum de la capitation. Or la capitation ne peut s'élever au-delà d'un dīnār par an, si les infidèles se sont chargés de l'obligation dont nous venons de parler.

La convention relative à la capitation, lorsqu'elle est valable sous d'autres rapports, doit contenir encore quatre clauses : savoir

1° *que la capitation sera payée par les infidèles sans chicaner et aux échéances fixées*. D'un autre côté, le receveur doit les traiter avec bienveillance, comme il est admis par la majorité des juristes, et non avec dédain ; puis il faut stipuler

2° *qu'ils se soumettront au régime de l'Islam*. Les infidèles soumis sont

¹⁾Cf. Minhāj at-Tālibīn, III , p.276, et voy. Plus haut, p.49, n.1 et 285, n.2.

responsables des attentats commis par eux sur les personnes et les biens des Musulmans, et, quand ils se sont rendus coupables d'un crime de droit commun, comme la fornication, ils sont passibles de la peine afflictive et définie prévue par notre loi ; *puis* ils doivent promettre

3° *qu'ils s'abstiendront de dénigrer le culte musulman, et enfin c'est une clause nécessaire*

4° *qu'ils ne feront rien qui puisse nous porter préjudice.* Parmi les actes qui peuvent nous porter préjudice, on mentionne celui de recevoir ou de cacher des espions qui recherchent les endroits où nos frontières sont à découvert, afin de pouvoir fournir des renseignements aux infidèles non soumis.

Si le contrat de soumission avec les infidèles est valable, les Musulmans, de leur côté, doivent s'abstenir de tout attentat contre leurs personnes et leurs biens. Nous devons en outre les protéger contre les attaques des infidèles non soumis, aussi bien s'ils demeurent parmi nous, que s'ils habitent un territoire séparé dans notre voisinage.

Les infidèles soumis à nos autorités sont reconnaissables à ce qu'ils portent un morceau d'étoffe appelé ġiyār, mot qu'il faut écrire avec un ġain et un i. C'est dans le costume une marque distinctive qui se compose d'un morceau d'étoffe d'une couleur différente de celle de l'habit, attaché sur l'épaule. La couleur du ġiyār est de préférence pour les Juifs le jaune, pour les Chrétiens le bleu, et pour les adorateurs du feu le noir ou le rouge. An-Nawawī, dans son ouvrage intitulé ar-Rawḍa, s'est servi de la même expression que l'auteur du Précis, c'est-à-dire de l'expression : « sont reconnaissables », conformément à ce qu'il avait trouvé dans le livre de ar-Rāfi'ī dont la Rawḍa a été tirée ¹⁾. Toutefois, dans le Minhāj at-Tālibīn, il dit que tout infidèle soumis doit se distinguer par le ġiyār ²⁾, sans préciser si le mot « doit » a ici le sens d'une obligation rigoureuse ou seulement celui d'une recommandation. La majorité des juristes s'est cependant prononcée pour l'interprétation mentionnée en premier lieu. L'auteur continue la phrase interrompue au mot de ġiyār en disant : *et la ceinture appelée zonnār*. Ce dernier mot s'écrit avec un zā, et désigne une bande grossière qui se porte au milieu du corps sur les vêtements. Les infidèles n'ont pas satisfait aux termes de la loi s'ils portent le zonnār sous leurs habits. *En dernier lieu, il leur est interdit de monter à cheval.* Cette défense concerne également les chevaux précieux et les chevaux de peu de valeur ; mais ils ont le droit de se servir d'ânes quel qu'en soit le prix. Il s'entend que les infidèles doivent se garder de faire entendre aux Musulmans leurs fausses doctrines, par exemple de parler à haute voix de la Trinité, dogme incompatible avec la dignité et la grandeur de Dieu.

¹⁾Voy. Plus haut, page 49, n.1.

²⁾Voy. Minhāj at-Tālibīn, III , p.285.

LIVRE XII.

Des prescriptions relatives aux actes de chasse et d'abatage, aux sacrifices et aux aliments.

Section I.

La chasse s'appelle en arabe *ṣaid* ; c'est un infinitif du verbe *ṣāda* « chasser », mais on l'emploie encore pour désigner l'objet de la chasse, savoir « le gibier ». *Tout ce qu'il*, c'est-à-dire tout animal vivant sur la terre et mangeable qu'il, *est au pouvoir de l'homme* — l'auteur parle au passif — *de tuer réglementairement*, c'est-à-dire d'abattre pour en manger la chair, *doit être mis à mort*, selon la loi, *par l'acte de couper le gosier*, c'est-à-dire la partie supérieure du cou, *ou bien par l'acte de couper le bas de la gorge*. L'auteur se sert du mot *labba*, écrit avec un *lām*, avec un *a* et avec deux *bā* : c'est la partie inférieure du cou. Le mot arabe pour « abatage » est *ḍakā*, écrit avec un *dāl*. Dans le langage ordinaire ce mot signifie l'acte de préparer l'animal de manière qu'il puisse légalement être mangé ; mais, comme terme de droit, c'est l'acte de faire disparaître la chaleur naturelle d'un animal, d'une façon spéciale. Quant aux animaux aquatiques mangeables on n'a pas besoin selon la bonne doctrine, de les tuer conformément aux prescriptions de la loi. *En revanche, pour tout ce qu'il*, c'est-à-dire pour tout animal qu'il, *n'est pas au pouvoir de l'homme* — l'auteur parle encore au passif — *de tuer réglementairement*, comme un animal domestique appartenant au menu bétail, qui s'est échappé et est devenu sauvage, ou un chameau fugitif, *la loi n'exige qu'une blessure mortelle*, en arabe *'aqr* avec un *a*, savoir une blessure ôtant la vie, *quelconque*, c'est-à-dire à quelque endroit du corps que ce soit.

L'abatage complet se compose, ou, selon quelques exemplaires du Précis, il est recommandable que l'abatage se compose, *de quatre choses* : savoir

- 1) *l'acte de couper le larynx*, appelé en arabe *ḥolqoum* avec un *o*. C'est la voie par laquelle l'air entre dans la poitrine et par laquelle l'haleine en sort. Cet acte se combine avec
- 2) celui de couper *l'œsophage*, appelé en arabe *marī*, écrit avec un *a* et avec une hamza à la fin, quoiqu'à la rigueur la hamza puisse être supprimée. L'œsophage est le canal par lequel les aliments et les boissons passent du gosier dans l'estomac. L'œsophage se trouve derrière le larynx. Il faut les trancher tous les deux d'un seul coup ; l'inobservance de ce précepte suffirait pour rendre la chair de l'animal impropre à servir de nourriture, et il en serait de même dans le cas où le larynx et l'œsophage ne seraient pas complètement coupés. L'auteur ajoute : *et*
- 3) et 4) *l'acte de couper les deux veines jugulaires*. L'auteur se sert du duel du mot *wadaj*, lequel s'écrit aussi *wadij*. Les veines jugulaires sont les deux veines qui se trouvent à droite et à gauche du cou et qui flanquent l'œsophage.

Cependant, à la rigueur, on a satisfait aux termes de la loi, quand on a, c'est-à-dire dans l'abatage il suffit d'avoir, observé deux choses : l'acte de couper le larynx et celui de couper l'œsophage sans rien de plus. La sunna n'exige point de couper aussi les parties du cou situées derrière les veines jugulaires.

On peut légalement, c'est-à-dire la loi permet de, faire une chasse à courre, c'est-à-dire de manger du gibier pris dans la chasse à courre, avec toutes sortes de bêtes ou d'oiseaux de proie dressés, comme le guépard, la panthère et le chien, et, parmi les oiseaux de proie, le sacre et le faucon ordinaire. Peu importe à quelle partie du corps le gibier a été blessé par la bête ou l'oiseau dirigés sur lui. En arabe tout animal de chasse, que ce soit un quadrupède ou un oiseau, est compris sous la dénomination de jāriḥa, mot dérivé de jarḥ « gain ». Les conditions auxquelles un animal de chasse doit répondre pour qu'on puisse le considérer comme dressé, sont au nombre de quatre : savoir

- 1) *que l'animal soit dressé de manière que, lâché sur le gibier, c'est-à-dire aussitôt que son maître l'a lâché sur le gibier, il l'attaque ;*
- 2) *mais que, repoussé du gibier — l'auteur se sert du passif pour désigner le cas où le maître repousse l'animal du gibier — il l'abandonne immédiatement ;*
- 3) *la loi exige qu'il ne mange pas la chair du gibier dont il s'est emparé, et enfin*
- 4) *qu'il soit accoutumé à la chasse, c'est-à-dire que l'animal ait été mis à l'épreuve par rapport aux conditions ci-dessus, assez de fois pour que l'on puisse compter sur son dressage. Même il ne suffit pas que l'animal ait été mis à l'épreuve un certain nombre de fois par un individu quelconque, mais la loi exige que les épreuves aient été faites par un expert en matière d'élevage d'animaux de chasse.*

Dans le cas où, par rapport à un certain animal de chasse, une de ces quatre conditions ferait défaut, il est interdit de manger la chair du gibier dont on vient de s'emparer de la sorte au moyen de l'animal en question, si ce n'est lorsqu'il s'agit d'une pièce de gibier apportée vivante par l'animal au chasseur, et tuée par celui-ci selon les règles de l'abatage. C'est alors l'abatage réglementaire qui permet d'en manger la chair.

Ensuite l'auteur va nous apprendre quels sont les instruments dont on peut se servir pour l'abatage réglementaire ; il dit : *L'abatage peut s'opérer au moyen de tout ce qui, ou plutôt de tout objet tranchant qui, est propre à porter une blessure, comme un couteau de fer ou de cuivre. Les instruments faits d'ongles ou de dents sont les seuls dont il est défendu de se servir.* De même on ne saurait procéder à l'abatage avec un instrument fait avec un os, quelque tranchant qu'il soit.

Les personnes qui ont les qualités requises pour l'abatage sont désignées par l'auteur dans ces termes : *L'abatage peut légalement s'accomplir par tout croyant majeur, ou du moins ayant atteint l'âge de discernement, pourvu qu'il soit physiquement capable de tuer un animal, et en outre cette besogne peut légalement s'accomplir par tout infidèle dont la religion est fondée sur un livre sacré ; peu importe qu'il soit Juif ou Chrétien. La doctrine la plus répandue admet la validité de l'abatage accompli par un aliéné ou par un individu ivre. Celui qui aurait été accompli par un aveugle serait blâmable, tandis que les pyrolâtres et les idolâtres en sont incapables. Il en est de même de toute personne qui n'est pas adepte d'une religion fondée sur un livre sacré.*

L'abatage d'un fœtus est consommé par et compris de plein droit dans celui de l'animal qui le porte dans son sein. Il en résulte qu'on n'a pas besoin de tuer le fœtus séparément, à la condition qu'on le trouve mort ou du moins sans indices incontestables de vie, en ouvrant le corps de la mère. L'auteur, O Dieu ! nous l'apprend lui-même dans ces paroles : à moins qu'on ne s'aperçoive qu'il est encore vivant, savoir qu'il donne des signes incontestables de vie au moment où on le retranche du corps de la mère. Ce cas se présentant, il faudra le tuer aussi de la façon prescrite par suite du fait qu'il a une existence séparée.

Tout ce qu'on a retranché d'un être, savoir d'un animal, vivant, est assimilé par la loi à la chair obtenue d'une autre manière que par l'abatage régulier, exception faite des poils, c'est-à-dire des poils coupés à un animal mangeable. Quelques exemplaires du Précis portent : « exception faite des poils dont on peut se servir pour en faire des tapis, des vêtements, etc. »

Section II.

Des prescriptions relatives aux aliments dont la loi permet ou défend de se nourrir. *Tout animal dont la chair est considérée comme un aliment salubre par les Arabes aisés, vivant dans une certaine abondance, respectables et ne se trouvant point dans un état de gêne temporaire, est un animal mangeable pour les Musulmans, à moins qu'il, c'est-à-dire l'animal en question, ne leur soit défendu par une disposition spéciale de la loi. Dans ce cas-ci, on n'a pas à se préoccuper des opinions hétérodoxes qui sont peut-être reçues parmi les Arabes en question. En revanche, tout animal dont la chair est considérée comme un aliment insalubre par les Arabes, ou plutôt dont ils détestent la chair, est un animal prohibé pour les Musulmans comme nourriture, à moins qu'une disposition spéciale de la loi ne le déclare mangeable. Dans ce cas-ci rien n'empêche d'en manger la chair. Parmi les animaux sauvages, la loi interdit, en général, comme nourriture, ceux qui ont des défenses, c'est-à-dire des dents assez fortes pour servir d'instrument d'attaque contre un autre animal ; c'est ce qui est le cas pour le lien et la panthère. Parmi les oiseaux, ceux qui ont des serres sont, en général, prohibés comme nourriture. Le mot arabe pour « serre » est mihlab, écrit avec les voyelles i et a ; les serres sont des ongles, mais il est bien entendu que les serres doivent être assez fortes pour saisir une proie. C'est le cas pour le sacre et pour le faucon ordinaire. La loi permet à un fidèle qui craint de mourir d'inanition, en cas d'urgence, et même dans le cas où la mort n'est pas encore imminente, mais s'il est dangereusement malade, ou s'il redoute une aggravation de sa maladie, ou bien s'il a peur de rester en arrière de ses compagnons de route et qu'il ne trouve pas d'aliments légalement mangeables pour apaiser sa faim, — la loi, dis-je, permet à ce fidèle de manger la chair d'un animal qui n'a pas été abattu conformément aux préceptes de la loi, et dont la chair lui serait par conséquent interdite comme nourriture dans les circonstances ordinaires. Cependant il ne saurait en prendre, c'est-à-dire il ne saurait manger de la chair prohibée, plus qu'il ne lui faut absolument pour rester en vie.*

Il y a deux sortes d'animaux qu'on peut manger de quelque façon qu'on les ait tués : ce sont les poissons et les sauterelles, et il y a deux sortes de viscères légalement mangeables : ce sont le foie et la rate.

Il résulte de tout ce qui précède que les animaux se divisent en trois catégories différentes. Premièrement, il a les animaux dont la chair ne saurait servir de nourriture à l'homme, de quelque manière qu'ils aient été tués. En second lieu, il y a les animaux dont la chair peut servir de nourriture seulement dans le cas où ils ont été tués par l'abatage réglementaire, et enfin il y a les animaux dont on peut manger la chair en toute circonstance, comme les poissons et les sauterelles.

Section III.

Des prescriptions relatives aux sacrifices. Le sacrifice ordinaire s'appelle en arabe *uḏḥīya*, qu'il faut écrire avec un o d'après l'opinion la plus généralement admise par les grammairiens. C'est l'acte d'immoler une tête de bétail, le jour de la fête des victimes ou l'un des trois jours suivants, à titre d'offrande à Dieu, l'Être Suprême.

Le sacrifice est prescrit impérativement par la sunna comme une obligation solidaire, ce qui veut dire que, si l'un des habitants d'une maison a satisfait à la loi, les autres en sont dispensés. Le sacrifice n'est jamais d'observance rigoureuse, à moins que ce ne soit par suite d'un vœu. *Il faut que la victime, en cas que ce soit un mouton, ait au moins atteint l'âge où on l'appelle jaḍāʿ*, c'est-à-dire que l'animal doit avoir un an accompli et être entré dans sa deuxième année. *Au cas où c'est un bouc, la victime doit au moins avoir atteint l'âge où on l'appelle ṭanī*, c'est-à-dire que l'animal doit avoir deux ans, et être entré dans sa troisième année, *et de même* il faut que la victime ait atteint l'âge où on l'appelle ṭanī, *si c'est un chameau* ; mais il est bien entendu que le chameau ne s'appelle ṭanī que quand il a cinq ans et qu'il est entré dans sa sixième année. L'auteur continue : *ou si c'est une tête de bétail à cornes*, on l'appelle ṭanī au cas où elle a deux ans et est entrée dans sa troisième année. *Le sacrifice d'un chameau suffit pour sept personnes*, à supposer qu'elles désirent s'en acquitter en commun, *et celui d'une tête de bétail à cornes a la même valeur* par rapport au nombre des personnes pouvant y prendre part, *tandis qu'une tête de menu bétail ne constitue point de sacrifice* suffisant *que pour une seule personne*. Le sacrifice individuel d'une tête de menu bétail vaut mieux que la participation au sacrifice d'un chameau ; ce qui toutefois n'empêche pas que le sacrifice individuel d'un chameau est la meilleure manière de s'acquitter de son obligation, une tête de bétail à cornes tenant le deuxième rang, un mouton le troisième et un bouc le dernier.

Il y a quatre sortes d'animaux ou, selon quelques exemplaires du Précis, *quatre genres d'animaux qui ne peuvent pas légalement servir de sacrifice* : savoir

- 1) *les animaux borgnes, dont il est dûment ou plutôt manifestement constaté qu'ils ne peuvent voir que d'un œil*. Selon la meilleure doctrine il est indifférent que la défectuosité de l'œil consiste dans la perte de la prunelle ou non ; puis la loi a excepté

- 2) *les animaux boiteux, pourvu que la claudication soit dûment constatée.* Même si l'on a fait coucher de force l'animal sur le côté pour l'immoler, en cas qu'il ne reste pas tranquille sous le couteau, la claudication qui en est résultée suffit pour le rendre impropre à être sacrifié ; *puis on ne peut sacrifier*
- 3) *les animaux malades, pourvu que l'état de maladie soit dûment constaté.* Cependant rien ne s'oppose au sacrifice d'un animal qui n'est atteint que légèrement des trois vices physiques ci-dessus ; *et enfin la loi interdit*
- 4) *les animaux exténués, c'est-à-dire dont l'énergie ou plutôt la cervelle se trouve épuisée par suite de leur amaigrissement maladif.*

D'un autre côté, on peut valablement sacrifier un animal châtré, c'est-à-dire dont on a retranché les testicules, ou un animal ayant perdu une corne, à la condition que la perte de la corne n'ait pas été accompagnée d'une blessure dans la chair. Bien plus, on peut valablement immoler en guise de sacrifice un animal désarmé, lequel animal s'appelle en arabe ajlah, fém. jalhā, littéralement « chauve ». L'auteur continue : mais non pas un animal ayant perdu une oreille, lors même que ce ne serait qu'en partie, et à plus forte raison un animal né sans oreilles est impropre au sacrifice. L'auteur continue encore : et pas non plus, ne peut être sacrifié, un animal ayant perdu la queue, même partiellement.

On peut procéder à l'acte de s'acquitter de l'immolation d'une victime dès l'heure de la prière publique à l'occasion de la fête, c'est-à-dire de la fête du sacrifice. Toutefois on lit dans la Rawḍa de An-Nawawī et l'ouvrage de ar-Rāfi'ī dont ce livre a été tiré : ¹⁰²⁾ « Le temps légal de l'immolation commence, le jour de la fête, aussitôt que le soleil s'est levé et qu'il s'est écoulé un espace suffisant pour accomplir deux raka'a et pour entendre deux cours sermons ». Le temps légal en question dure jusqu'au coucher du soleil trois jours après, c'est-à-dire le dernier des trois jours qui suivent le 10 du mois Dū l-Ḥijja, lesquels jours s'appellent ayyām at-taḥrīq.

Il est recommandable d'observer encore, dans l'immolation les cinq préceptes qui vont suivre : savoir

1. *on prononce la formule : « Au nom de Dieu ! ». Celui qui va tuer un animal aura satisfait aux termes de la loi en prononçant ces mots, mais il est préférable de dire : « Au nom de Dieu, le Clément et le Miséricordieux ! ». Il est évident que l'omission même de la formule entière n'empêche point que la chair de l'animal ne puisse se manger légalement ; puis*
2. *on invoque la grâce et la bénédiction de Dieu sur le Prophète (Qu'Allah lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction !) ; mais il est blâmable de dire : « Au nom de Dieu et de Muḥammad ». L'auteur continue : puis*
3. *on se tourne dans la direction de la Mosquée Sacrée de la Mecque avec l'animal qu'on va tuer, c'est-à-dire on force l'animal de tourner sa tête dans cette direction, après quoi on donne la même direction à son propre corps ; puis*
4. *on prononce la formule: « Dieu est grand ! » avant et après la formule : « au Nom*

¹⁰²⁾ Voir plus haut, page 49, n.1.

de Dieu! » mentionnée ci-dessus. La formule : « Dieu est grand ! » doit se répéter, selon Māwardī¹⁰³), trois fois avant et après; *enfin*,

5. *on adresse une invocation à Allah pour qu'il accepte le sacrifice.* La formule ordinaire en usage pour cette invocation est conçue dans les termes suivants : « O Dieu ! Certes la victime que je vais immoler m'a été donnée par Toi, et c'est à Toi que je vais la rendre ! Daigne l'agréer », c'est-à-dire mon sacrifice, « comme une faveur que Tu me fais ! Que ce sacrifice soit pour moi un moyen de me rapprocher de Toi ! Daigne l'agréer ! »

La loi défend absolument au fidèle qui a immolé une victime *de manger la chair de l'animal s'il s'agit d'un sacrifice par suite d'un vœu.* Dans ce cas toute la chair doit servir à un but charitable ; le fidèle en question est même responsable de la perte fortuite de la chair, s'il a différé sans excuse légale l'acte de la faire parvenir à sa destination. *S'il s'agit au contraire d'un sacrifice surérogatoire, on peut en manger la chair* pour un tiers, d'après les idées émises par Šāfi'ī pendant son séjour en Égypte. Quant aux deux autres tiers, selon quelques juristes, il faut en faire la charité. Cette opinion a été déclarée préférable par An-Nawawī dans son ouvrage intitulé *Taṣḥīḥ at-Tanbīh*¹⁰⁴). Selon d'autres toutefois un tiers de la chair se donne aux Musulmans riches, et un tiers à ceux qui sont dans le besoin ; mais dans la *Rawḍa*, An-Nawawī ne s'est pas prononcé au sujet de la destination des deux tiers de la chair, restés disponibles, de même qu'au reste l'ouvrage de ar-Rāfi'ī dont la *Rawḍa* a été tirée passe cette question sous silence¹⁰⁵).

La loi défend la vente, c'est-à-dire qu'il est défendu au croyant qui vient d'immoler une victime de vendre quoi que ce soit *de l'animal sacrifié*, lors même que ce ne serait que la peau. De plus on ne saurait abandonner la peau au boucher pour le rémunérer de son assistance, même s'il s'agit d'un sacrifice surérogatoire. *Il faut en nourrir sans conteste*, ou, pour parler plus exactement, la partie de la chair d'une victime surérogatoire restée disponible doit servir à nourrir *les pauvres et les indigents*. Le meilleur procédé à suivre à cet égard est de leur donner toute la chair, exception faite d'une ou de quelques bouchées qu'on mange soi-même à titre de sacrement en vertu d'une disposition spéciale de la sunna. Le croyant qui vient de manger une partie de la chair et qui a fait don du reste, sera récompensé au ciel, non-seulement pour son sacrifice, mais encore pour sa charité. Alors le sacrifice lui sera imputé en son entier, et le don en raison de la quantité de chair qu'il aura fait parvenir aux pauvres et aux indigents.

Section IV.

Des prescriptions relatives au sacrifice appelé en arabe 'aqīqa, mot qui, dans le langage ordinaire, désigne les cheveux de la tête d'un nouveau-né, mais qui, comme terme de droit, a le sens spécial que l'auteur va nous apprendre. *La 'aqīqa* à l'occasion de

¹⁰³) Voir plus haut, page 187, n. 2.

¹⁰⁴) Voir *Tanbīh* (éd. Juynboll), page 87 et voir plus haut, page 73, n. 1.

¹⁰⁵) Voir *Minhāj at-Tālibīn* III, page 309 et voir plus haut, page 49, n. 1.

la naissance d'un enfant *est recommandable*. Après avoir constaté cette règle, l'auteur nous explique le terme de 'aqīqa ainsi qu'il suit : *C'est le sacrifice spécial à l'occasion de la naissance d'un enfant, qui doit s'accomplir le septième jour*, c'est-à-dire le septième jour après la naissance, mais il ne faut pas oublier que le jour de l'accouchement compte pour le premier de ces sept jours. Ce sacrifice doit avoir lieu lors même que l'enfant serait mort avant le septième jour, et lors même l'on aurait laissé passer le jour prescrit sans s'en acquitter. Seulement, à supposer qu'on ait différé la 'aqīqa jusqu'à la majorité de l'enfant, on ne peut plus l'accomplir pour lui, mais il a la faculté de l'accomplir de son propre chef.

Ce sacrifice se compose de deux chāh¹⁰⁶⁾ pour un garçon, et il se compose d'une chāh pour une jeune fille. Si l'enfant n'a pas de sexe déterminé, on peut, selon quelques juristes, immoler, soit deux, soit une chā, à condition que, dans le dernier cas, on immole une victime supplémentaire, s'il paraît plus tard que l'enfant penche vers le sexe masculin. Dans le cas où la mère serait accouchée de plus d'un enfant, la loi prescrit aussi la pluralité des 'aqīqa. *La chair de la victime se donne aux pauvres et aux indigents*. Or celui qui vient d'immoler la victime, prend soin qu'elle soit cuite d'une façon agréable au goût, après quoi il donne la viande aux pauvres et aux indigents qui se présentent pour en recevoir, mais il ne saurait en donner exclusivement à des pauvres ou indigents de son choix et, en partageant la viande, il ne saurait briser les os. La 'aqīqa est au reste soumis aux mêmes prescriptions légales que le sacrifice ordinaire, par rapport à l'âge de la victime, à son exemption de défauts portant préjudice à la qualité de la chair, à la faculté d'en manger ou d'en faire la charité pour une partie, à la défense de la vendre, et au caractère obligatoire qu'elle acquiert par suite d'un vœu.

La sunna prescrit encore les actes suivants : de prononcer le premier appel à la prière dans l'oreille droite d'un nouveau-né et le second appel dans son oreille gauche ; de lui frotter le palais avec des dattes afin de lui apprendre à sucer et de lui frotter de la même manière le fond de la bouche afin qu'il en pénètre un peu dans son estomac. A défaut de dattes sèches, ces deux manipulations peuvent s'effectuer avec des dattes fraîches et au besoin avec toute autre substance sucrée. Enfin la sunna a introduit de donner un prénom à l'enfant le septième jour de sa naissance, mais elle permet aussi que le prénom soit donné avant ce terme ou après, lors même que l'enfant serait mort avant le septième jour.

¹⁰⁶⁾ Voir plus haut, page 229.

LIVRE XIII.

Des prescriptions relatives aux défis à la course et au tir.

Le défi au tir n'est licite que s'il s'agit d'un tir avec des flèches ou avec d'autres armes de guerre. *Le défi à la course est reconnu par la loi comme valable, s'il s'agit d'une course d'animaux* destinés par la nature et l'usage à ce genre d'exercices, comme les chevaux et les chameaux, et, selon la doctrine la plus répandue, les éléphants, les mulets et les ânes. En revanche le défi n'est pas valable s'il s'agit d'une course de bœufs, ou bien d'un combat de béliers ou de coqs, non-seulement quand le défi est accompagné d'un pari, mais encore quand il ne l'est pas. *Pour la validité de la provocation à la lutte du tir à l'arc, il est de rigueur que la distance, c'est-à-dire la distance à laquelle on devra se tenir de la cible, soit connue, et de même il faut qu'on connaisse la manière dont le tir aura lieu.* Ainsi, il faut stipuler d'avance s'il suffira que la flèche ait touché la cible sans y rester fixée, ou si elle devra l'avoir percée en y restant fixée, ou bien si elle devra, non-seulement l'avoir percée, mais encore l'avoir traversée.

Le prix du défi est la récompense promise au vainqueur. Il se peut que cette récompense ait été promise, soit par un des compétiteurs, soit par tous les deux. L'auteur a en vue le premier cas quand il dit : *Lorsque la récompense a été promise par l'un des compétiteurs, c'est à la condition que, s'il a vaincu* – l'auteur parle à l'actif – *elle retournera à lui*, c'est-à-dire la récompense qu'il vient de promettre, *et, s'il a été vaincu* – l'auteur parle ici au passif – *elle appartiendra*, savoir la récompense, à son concurrent, qui aura gagné le pari. Ensuite l'auteur parle du second cas dans ces termes : *Lorsqu'elle a été promise*, c'est-à-dire la récompense par les compétiteurs, *de part et d'autre, le défi n'est pas valable*, c'est-à-dire on ne saurait légalement se promettre une récompense de part et d'autre, *à moins que les deux compétiteurs primitifs en se soient adjoint un troisième concurrent*, en arabe moḥallil, avec un i. Quelques exemplaires du Précis portent : « à moins qu'un troisième concurrent ne prenne part à la course ou au tir ». *Ce troisième concurrent, au cas qu'il vainque* – l'auteur parle à l'actif, parce que le concurrent en question devra avoir vaincu les deux compétiteurs primitifs – *recevra la récompense promise, et au cas qu'il soit vaincu* – l'auteur parle au passif – *il ne devra rien du tout aux compétiteurs qui l'avaient invité à prendre part à la course ou au tir.*

LIVRE XIV.

Des prescriptions relatives aux obligations résultant des serments et des vœux.

Section I.

Le serment s'appelle en arabe yamīn, pluriel aimān. La signification primitive de ce mot est, dans le langage ordinaire, « main droite », et ce n'est que dans un sens dérivé qu'on l'emploie pour « serment ». Comme terme de droit, le mot de yamīn désigne l'acte de constater ou de confirmer une obligation qui en est susceptible, par l'invocation du nom de Dieu, l'Être Suprême, ou d'une de Ses qualités. Le vœu s'appelle en arabe naḍr, **au pluriel** nuḍūr. La signification de ce mot sera exposée dans la section suivante.

Le serment ne crée une obligation pour celui qui le prononce, que par suite de l'invocation du nom de Dieu, l'Être Suprême, c'est-à-dire de Son nom propre, par exemple, quand on jure « par Allah », ou d'un de Ses noms dérivés et spéciaux, qu'on ne peut employer pour désigner un autre que Lui, par exemple, le Créateur de la création, ou bien d'une de Ses qualités attributives et constantes, par exemple, Son omniscience ou Son omnipotence.

Le principe régissant la faculté de se lier par un serment est qu'il faut être Musulman, doué de raison et majeur, et que le serment doit avoir été prêté volontairement, verbalement et intentionnellement. *Quand on vient de jurer qu'on donnera toute sa fortune aux pauvres, par exemple, en disant : « Par Dieu ! Je m'engage à donner ma fortune aux pauvres ! », la loi admet d'expliquer ces paroles, non-seulement comme un serment à titre de clause pénale, fait sous l'invocation de la colère de Dieu, mais encore comme un vœu de la même nature. Dans ces circonstances on, c'est-à-dire le fidèle qui a fait le serment ou le vœu en question, a le choix entre l'obligation qui résulte de son serment ou de son vœu, consistant dans l'acte de bienfaisance promis, lequel épuisera toute sa fortune, et l'expiation prescrite en cas d'inexécution d'un serment. C'est du moins la doctrine la plus répandue ; mais il y a un juriste qui prétend qu'il faut alors devenir parjure et recourir à l'expiation, et un autre selon lequel on doit alors s'acquitter en tous cas de l'obligation elle-même. On n'est tenu à rien, si le serment est non avenu pour une raison ou une autre ; ce qui peut arriver, par exemple, quand on a prononcé, sans penser à leur portée et sans intention, des paroles impliquant un serment, par exemple, lorsqu'un croyant en colère ou pressé a dit : « Non, par Dieu ! » et un moment après : « Oui, par Dieu ! ».*

Celui qui a juré de s'abstenir d'un certain acte, par exemple, de vendre son esclave, peut faire accomplir cet acte par un autre. Il pourra donc, dans le cas posé, ordonner à un autre de vendre l'esclave, sans être considéré comme parjure, si l'acte a été accompli de cette façon, à moins que son serment ne fût prononcé dans l'intention de s'interdire l'acte en lui-même et non pas seulement l'accomplissement personnel de cet acte ; car dans ce dernier cas on devient parjure par le fait de son mandataire. En revanche, le

serment « de ne pas se marier » est violé par le mariage conclu par procuration. *De même celui qui a juré de s'abstenir de deux actes*, par exemple, en disant : « Par Dieu ! Je ne porterai plus ces deux habits ! » *peut en accomplir*, savoir, dans le cas posé, il peut porter des deux habits, *l'un ou l'autre, sans être considéré comme parjure*. On serait seulement parjure en portant les deux habits, soit à la fois, soit l'un après l'autre. Si, au contraire le serment était conçu dans ces termes : « Je ne porterai ni cet habit-ci, ni celui-là », on serait parjure par le fait d'avoir porté l'un des deux habits, et même, après avoir expié cette première faute, on deviendrait parjure une seconde fois en portant l'autre habit.

Quant à l'expiation en cas de parjure, on, c'est-à-dire le fidèle qui est devenu parjure, a le choix entre les trois procédés suivants : savoir

1. *on peut affranchir un esclave musulman*, exempt de défauts physiques préjudiciables à son travail ou à son aptitude d'exercer un gagne-pain.
2. L'auteur nous apprend une autre manière d'expiation sa faute en disant : *on peut nourrir dix indigents en donnant à chacun un mudd de denrées alimentaires*. Un mudd équivalant à $1^{1/3}$ ratl 107), et les denrées alimentaires doivent consister dans ce qui forme la nourriture principale dans la localité où demeure le débiteur ; de plus elles doivent être données par lui à l'état de grains. Il ne saurait donner des denrées alimentaires d'une autre nature, comme des dattes ou le fromage appelé aqit.
3. L'auteur mentionne en ces termes la dernière espèce d'expiation : *et on peut leur donner*, c'est-à-dire le débiteur peut remettre à chacun des dix indigents ci-dessus nommés, *des vêtements*, c'est-à-dire tout objet susceptible d'être appelé une pièce de vêtement et servant aux hommes à se couvrir le corps, comme une chemise, un turban, un voile, ou un manteau. Par conséquent, on n'a pas satisfait à la loi en donnant une bottine, ni en donnant une paire de gants. La loi n'exige point que celui qui reçoit les vêtements puisse les porter ; il est loisible de donner, par exemple, à un homme un habit d'enfant ou de femme. Il n'est pas non plus de rigueur que les vêtements soient neufs ; un habit porté suffit parfaitement, pourvu qu'il ne soit pas usé. *Subsidiairement le coupable de parjure qui ne peut expier sa faute des trois manières que nous venons d'exposer, a la faculté de jeûner*, ou plutôt il est astreint à jeûner, *trois jours* ; mais la doctrine la plus répandue n'exige pas que ce soient des jours consécutifs.

Section II.

Des prescriptions relatives aux vœux. Le vœu s'appelle en arabe naḍr, avec un dāl, **au pluriel** nuḍūr. Selon quelques grammairiens, il faut écrire naḍar. Dans le langage ordinaire ce mot peut signifier une promesse quelconque et peut se rapporter aussi bien à une bonne qu'à une mauvaise action. Comme terme de droit, c'est l'engagement de s'acquitter d'une œuvre agréable à Dieu, non obligatoire en vertu d'un précepte de la loi. Les vœux sont de deux sortes : premièrement il y a le vœu à tire de clause pénale, appelé

¹⁰⁷⁾ voir plus haut, page 23, n. 1.

en arabe naḍr al-lajāj ; le dernier mot, écrit avec un a dans la première syllabe, signifie primitivement une inimitié de longue durée. Le vœu en question a le même effet qu'un serment, puisque le but principal en est de s'interdire quelque acte et non d'accomplir la bonne œuvre. Il en résulte qu'on peut choisir entre l'expiation prescrite pour parjure et l'accomplissement de sa promesse. En second lieu, la loi reconnaît la validité du vœu fait à titre de rétribution, lequel peut être de deux espèces : on peut le prononcer sans le faire dépendre d'une condition suspensive, par exemple, en disant spontanément : « Je prends envers Dieu l'engagement de jeûner » ou « d'affranchir un esclave » ; mais on peut aussi prononcer le vœu comme un engagement conditionnel. C'est cette dernière espèce que l'auteur a en vue dans la phrase : *Le vœu fait à titre de rétribution crée une obligation dans tous les cas où l'acte votif est, non-seulement licite, mais encore agréable à Dieu ; par exemple le vœu formulé par le croyant dans ces termes : « Si Dieu guérit mon malade », ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis : « Si Dieu me guérit de ma maladie », ou « Si je puis tenir tête à mon ennemi », « je m'engage envers Lui à prier » ou « à faire la charité ». Le vœu en question a pour conséquence que, si l'événement espéré a lieu, le croyant qui l'a prononcé, doit accomplir, parmi les actes énumérés, c'est-à-dire parmi les actes votifs de la prière, du jeûne ou de la charité, celui dont il s'est formellement chargé. Si l'acte votif consiste dans « une prière », il doit prier deux raka'a au moins, si c'est « un jeûne », il doit jeûner un jour au moins, et s'il a promis de faire « la charité », il est astreint à donner au moins une aumône d'une certaine valeur, quelque petite qu'elle soit. Selon le juge Abū t-Tayyib (108), il en serait de même, lorsqu'on a fait vœu « de faire la charité largement ».*

L'auteur revient encore au mot « licite » dont il s'est servi quelques lignes plus haut, et qu'il explique de la façon suivante : *Le vœu ne saurait se rapporter à quelque chose d'illicite, c'est-à-dire un vœu de cette nature ne lierait point, comme le vœu formulé dans les paroles : « Si je tue un tel, sans excuse légale, je m'engage envers Dieu à accomplir tel ou tel acte ».* Le mot « illicite » ne permet pas d'appliquer le même principe aux actes blâmables : ainsi, le vœu d'accomplir un jeûne perpétuel serait valable, et devrait être exécuté. En revanche l'objet du vœu ne saurait être un acte de dévotion obligatoire pour chaque fidèle individuellement, comme l'accomplissement des cinq prières journalières. Quant aux actes de dévotion dont la communauté musulmane est solidairement responsable, on peut en prendre l'engagement à titre de vœu. C'est ce qui suit des paroles de la Rawḍa et de l'ouvrage de ar-Rāfi'ī dont ce livre a été tiré¹⁰⁹). *Le vœu ne lierait pas non plus, c'est-à-dire qu'il ne serait point valable, s'il avait pour objet la prohibition d'un acte licite ou même la permission d'un tel acte*¹¹⁰). Le vœu prohibitif est, par exemple : « Je ne mangerai pas de la viande », ou « Je ne boirai pas du lait », ou bien l'interdiction d'un autre acte de la même nature licite, comme « Je ne porterai pas tel habit ». Un vœu permettant un acte licite serait, par exemple, celui de « manger de tel aliment », de « boire telle boisson » ou de « porter tel habit ». L'inexécution d'un vœu dont l'objet est un acte licite, entraîne l'expiation prescrite pour parjure. C'est l'opinion

¹⁰⁸) Voir plus haut, page 289, n. 1.

¹⁰⁹) Voir plus haut, page 49, n. 1.

¹¹⁰) Ici il ne s'agit pas d'un acte votif, mais de l'objet du vœu.

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

préférable, soutenue par Baḡawī¹¹¹) et, après lui, dans le Moḥarrar et le Minhāj at-Ṭālibīn¹¹²), quoique le texte de la Rawḍa et celui de l'ouvrage de ar-Rāfi'ī dont la Rawḍa a été tirée), exigent de rejeter l'obligation d'expier l'inexécution.

¹¹¹) Voir plus haut, page 361, n. 3.

¹¹²) Voir Minhāj at-Ṭālibīn, III, page 352, 353 et voir plus haut page 49, n. 1 et 57, n. 1.

LIVRE XV.

Des prescriptions relatives aux jugements et de la preuve testimoniale.

Section I.

Un jugement s'appelle en arabe qaḍā, avec un madd, au pluriel aqḍia. Ce mot signifie, dans le langage ordinaire l'acte de bien arranger une chose et de la mener à bonne fin ; mais, comme terme de droit, c'est l'acte de décider un procès entre deux adversaires, selon les principes du droit établi par Dieu, l'Être Suprême. Le témoignage s'appelle en arabe chahāda, au pluriel chahādāt ; c'est un infinitif du verbe chahida, qui, dans son sens primitif d'« être présent », a l'infinitif chohoud.

La communauté musulmane est solidairement responsable de ce que justice se fasse, et tout fidèle qui se sent spécialement capable d'exercer les fonctions de juge, doit les solliciter. *La magistrature n'est accessible qu'à celui qui répond à une quinzaine de, ou, selon quelques exemplaires du Précis, à quinze catégories de conditions* : savoir

1° *la foi*. Un infidèle ne peut valablement remplir les fonctions de juge, lors même que ses justiciables seraient des infidèles comme lui. Selon Mawardī, un infidèle soumis peut obtenir l'autorisation de vider les querelles entre ses coreligionnaires, si telle est la coutume dans le pays ; mais alors il exerce ces fonctions comme leur chef administratif, et non comme un juge rendant des arrêts. Ses coreligionnaires ne sont point forcés d'obéir à ses dispositions, mais ils peuvent le faire volontairement¹¹³) ; *puis la loi exige*

2° *la majorité*. Un mineur ne saurait être nommé juge ; *puis la loi exige*

3° *la raison*. Un aliéné ne saurait être nommé juge, sans qu'il y ait lieu à distinguer entre ceux dont la démence est continue et ceux dont la démence n'est qu'intermittente ; *puis la loi exige*

4° *la liberté*. Un esclave, même un esclave partiel, ne saurait être nommé juge ; *puis la loi exige*

5° *le sexe masculin*. Une femme ni un hermaphrodite ne sauraient être nommés juges. Notre rite va jusqu'à rejeter la validité des jugements prononcés par un hermaphrodite dont on ignorerait le sexe, et qui plus tard serait trouvé être réellement du sexe masculin ; *puis la loi exige*

6° *l'irréprochabilité*. Ce qu'il faut entendre par ce terme, nous allons l'exposer plus loin dans la Section IV du présent Livre. Il suffit de constater ici qu'une inconduite

¹¹³) Voir al-Ahkām as-Soultāniya, p.108 et voir plus haut, p. 187, n. 2.

notoire forme obstacle à ce que l'on soit juge, dans tous les cas où la mauvaise renommée se fonde sur des actes dont la nature illicite n'est pas douteuse ; *puis* la loi exige

7° *la connaissance des prescriptions du Coran et de la sunna*, avec l'explication qu'en ont donnée les juristes dont l'opinion forme autorité en matière de droit ; mais la loi n'exige point que le juge sache par cœur tous les versets du Coran et tous les récits de la sunna se rapportant aux prescriptions légales. En se servant du mot de « prescriptions », l'auteur a voulu exclure les exhortations et les histoires qui se trouvent dans le Livre de Dieu ou dans les recueils de traditions ; *puis* la loi exige

8° *la connaissance de l'ijmā'*, savoir des décisions concordantes des principaux contemporains du Prophète Muḥammad (Que Dieu lui accorde Sa grâce et Sa bénédiction!) relatives à une certaine question de droit. La loi n'exige point que le juge connaisse toutes ces décisions ; il lui suffit de savoir, dans un cas donné, que son avis ou sa sentence n'est pas en opposition avec l'ijmā' ; *puis* la loi exige

9° *la connaissance des divergences d'opinion* entre les juristes dont l'autorité est reconnue ; *puis* la loi exige

10° *la connaissance des voies de l'autorité en matière de droit*, c'est-à-dire l'argumentation sur laquelle se fondent les prescriptions établies par les juristes ; *puis* la loi exige

11° *la connaissance des règles de la langue arabe*, non-seulement les règles relatives à l'emploi des mots, mais encore de celles relatives à la syntaxe, à la déclinaison et à la conjugaison. L'auteur ajoute : *et de l'interprétation du Coran* ; *puis* la loi exige

12° *l'ouïe*. Peu importe que le juge ait l'ouïe tellement dure qu'on doit lui crier dans l'oreille, pourvu qu'il ne soit pas complètement sourd ; *puis* la loi exige

13° *la vue*. Un aveugle ne saurait être juge, mais rien n'empêche, selon Rouyānī¹¹⁴), que le juge soit borgne ; *puis* la loi exige

14° *l'écriture*. Bien que l'opinion de l'auteur, en vertu de laquelle un juge devrait savoir écrire, repose sur des bases solides, la meilleure doctrine enseigne toutefois le contraire ; et *enfin* la loi exige

15° *une intelligence en éveil*. La nomination d'un juge nonchalant ne serait pas valable, dans le cas où sa nonchalance est assez grave pour porter préjudice à sa perspicacité et à sa puissance de raisonnement. On n'a pas à se préoccuper de savoir si cette faiblesse d'esprit provient de l'âge, d'une maladie ou de toute autre cause.

L'auteur, après avoir exposé les conditions auxquelles il faut répondre pour être juge, va nous enseigner les devoirs d'un magistrat, dans les paroles qui suivent. *Il est recommandable que le juge tienne ses séances*, ou, selon quelques exemplaires du Précis,

¹¹⁴) Sur 'Abd al-Wāhid ar-Rouyānī et ses ouvrages, voir Hammer-Purgstall, ouvr. Cit. VI, p. 330 et a. Il est mort l'an 502 de l'Hégire.

qu'il, c'est-à-dire le juge, descende, *au centre de la ville*, du moins si c'est une ville d'une grande étendue. S'il s'agit d'une petite ville, le juge peut descendre où il veut, excepté quand il y a dans la ville en question un endroit où les juges ont depuis longtemps l'habitude de descendre. Le juge doit tenir ses séances *dans une salle vaste et ouverte*, c'est-à-dire accessible *au public*, **de manière** que les habitants de la ville et les étrangers, les puissants et les petits, puissent également le voir et s'approcher de lui. Le public doit y être à l'abri de la chaleur et du froid. En été on doit y jouir d'un courant d'air, et en hiver on doit y être à l'abri des intempéries. *Il ne saurait y avoir des gardiens*, ou, comme on lit dans quelques exemplaires du Précis, il ne saurait y avoir un gardien, *à sa porte*, et s'il prend un gardien ou un huissier pour défendre sa porte, il commet un acte blâmable. L'auteur ajoute : *et les audiences du juge ne sauraient se tenir dans la mosquée*, une contravention à ce précepte constituant aussi un acte blâmable. Ce précepte toutefois n'empêche point que le juge, s'il se trouve à un moment donné dans la mosquée pour assister à la prière publique ou pour un autre motif, ne puisse sans blâme décider une contestation née par hasard entre quelques-uns des fidèles qui y sont assemblés. Il en serait de même dans le cas où le juge aurait été obligé par la pluie ou par une autre circonstance de force majeure de rester ou de se réfugier dans la mosquée.

Quant aux parties **litigantes** elles doivent être traitées par le juge nécessairement d'une manière égale par rapport à trois choses :

1° Il doit observer l'égalité *par rapport à la place*. Lorsque les deux parties sont de la même condition, le juge doit les inviter toutes les deux à s'asseoir devant lui sur le même rang. Dans le cas seulement où l'un des adversaires est musulman et l'autre un infidèle, quoique soumis à nos autorités, le juge doit accorder au premier la préséance sur le second ; puis

2° Il doit observer l'égalité *par rapport à la parole*, c'est-à-dire par rapport à la manière d'écouter les discours que les deux adversaires lui adressent. Il ne saurait permettre à l'un de lui dire quoi que ce soit, sans que l'autre puisse l'entendre ; et enfin

3° Il doit observer l'égalité *par rapport au regard*. Il ne saurait échanger des regards avec l'un des adversaires, sans en faire de même avec l'autre.

Il est interdit au juge d'accepter des cadeaux des justiciables ; mais la meilleure doctrine lui permet d'accepter des cadeaux d'autres personnes, s'il se trouve temporairement hors des limites de son ressort. Même dans ces circonstances, il lui est interdit d'accepter un cadeau qu'un de ses justiciables vient de lui envoyer, si le justiciable en question à un procès et s'il n'avait pas l'habitude de faire des cadeaux au juge avant sa nomination. *En outre la loi ne permet pas au juge de prononcer un arrêt*, c'est-à-dire que ce serait de sa part un acte blâmable, *dans dix cas* ou, selon quelques exemplaires du Précis, dans dix circonstances, *savoir lorsque le juge est en colère* ou, selon quelques exemplaires du Précis, dans un accès de colère. Quelques juristes vont plus loin encore et prétendent qu'il lui est même rigoureusement défendu de prononcer un arrêt quand la colère est tellement forte qu'il en est hors de soi. L'auteur continue : *lorsqu'il est tourmenté par la faim* ou par la satiété d'une manière excessive, s'il a soif, s'il éprouve un violent désir sexuel, s'il se trouve dans un état de tristesse ou dans un état de joie excessive, ou s'il est tourmenté par quelque maladie, lorsqu'il est à la selle, c'est-à-

dire au moment d'évacuer l'urine ou les matières stercorales, ou lorsqu'il est *somnolent*, et enfin lorsqu'il souffre d'une chaleur ou d'un froid excessif. Le principe qui régit ces dix cas et les autres circonstances dans lesquelles il est blâmable de juger une affaire, est que le juge ne saurait prendre une décision s'il se trouve dans un état physique quelconque de nature à troubler son esprit. Cependant les arrêts prononcés dans quelqu'une de ces circonstances, tout en étant blâmables, n'en ont pas moins leur effet légal.

La parole ne se donne pas, c'est-à-dire le juge après avoir invité les parties **litigantes** à s'asseoir devant lui, ne doit pas accorder la parole, *au défendeur avant que le demandeur n'ait complètement formulé*, c'est-à-dire avant la fin de, *sa plainte*, laquelle doit se faire conformément aux dispositions de la loi. Ensuite le juge doit inviter le défendeur à répondre. Lorsque celui-ci avoue que la demande formulée contre lui est fondée, il est lié par cet aveu judiciaire, et il ne peut pas revenir après coup sur ses paroles ; mais s'il y a contradiction de sa part, le juge doit inviter le demandeur à prouver le bien fondé de ses griefs, soit de la façon ordinaire, soit par la déposition d'un témoin, accompagnée d'un serment, si la nature de la demande admet cette dernière espèce de preuve légale. *Quant au serment décisive, on ne peut le déférer au défendeur*, ou, selon quelques exemplaires du Précis, on ne peut l'exiger du défendeur, le mot « on » désignant « le juge », à moins que le demandeur n'en ait manifesté le désir au juge, parce qu'il préfère le serment décisive à l'obligation de fournir la preuve légale. *Il est défendu au juge de suggérer des arguments à l'une des parties* ; il devra donc s'abstenir de dire au demandeur ou au défendeur : « Allègue ceci ou cela » ; mais rien ne s'oppose à ce qu'il leur demande des éclaircissements, par exemple, en matière d'homicide, s'il s'agit d'un homicide prémédité ou bien d'un homicide involontaire. L'auteur continue : *et à plus forte raison de l'aider à formuler ses arguments*, c'est-à-dire de lui apprendre ce qu'elle devra dire ; mais les paroles dernièrement énoncées manquent dans quelques exemplaires du Précis. *Dans l'audition des témoins le juge doit s'abstenir de tout ce qui peut les troubler*. Quelques exemplaires du Précis portent : « d'un témoin » et « le troubler ». Par exemple, il ne doit pas dire à un témoin : « Comment pouvez-vous déposer ainsi ? Peut-être vous n'avez pas assisté à l'affaire » ! L'auteur ajoute : *et il lui est interdit d'accepter le témoignage de quelqu'un*, c'est-à-dire d'un individu, dont l'irréprochabilité n'est pas dûment constatée. Dans le cas où le juge connaîtrait personnellement un témoin pour irréprochable, il doit accepter sa déposition sans examen ultérieur ; dans le cas où il connaîtrait personnellement un témoin pour un individu d'inconduite notoire, il doit également rejeter sa déposition ; mais dans le cas où le juge ne serait pas sûr du caractère du témoin, il doit exiger que l'irréprochabilité soit prouvée. Dans ces circonstances, l'aveu du défendeur que le témoin qui vient de déposer contre lui est irréprochable, ne suffit point ; l'irréprochabilité doit se constater, comme tout autre fait, par des témoins déclarant que telle personne qui vient de déposer est irréprochable. L'officier à qui le juge peut déférer la besogne de lui fournir des renseignements concernant la moralité des témoins, s'appelle en arabe mozakkī. Il faut que ce soit non-seulement un homme ayant en général les qualités requises pour être admis comme témoin irréprochable, mais encore un homme dont le témoignage dans l'affaire en litige n'est pas suspect pour cause d'inimitié, etc. Il doit avoir l'intelligence assez développée pour pouvoir décider si quelqu'un est un témoin irréprochable ou non, et enfin il doit connaître intimement le témoin dont il s'agit, soit du fait qu'il a avec lui

des rapports d'amitié, soit de celui qu'il est son voisin, soit de celui qu'il est entré avec lui en relations commerciales.

Nul ne peut être admis par le juge à déposer contre son ennemi, et il est à observer qu'il faut entendre ici par « ennemi » toute personne contre laquelle le témoin a un sujet de haine ; *ni*, c'est-à-dire on ne peut admettre, *le père ou la mère* ou un autre *ascendant à déposer en faveur de son enfant*. Quelques exemplaires du Précis ont, au lieu de « son enfant », « sa progéniture », terme qui ne se rapporte pas seulement aux enfants, mais encore aux autres descendants. *Il en est de même* par rapport à l'inadmissibilité du témoignage *d'un enfant qui voudrait déposer en faveur d'un de ses parents* ou autres ascendants ; mais la loi admet le témoignage des parents contre leurs enfants et vice-versa.

Les lettres réquisitoriales d'un juge à un autre ne font pas foi, à moins d'être confirmées par deux témoins qui se sont rendu compte, auprès du juge qui a délivré les lettres en question, *du contenu*, c'est-à-dire qui se sont assurés de l'authenticité de la pièce. Ces paroles de l'auteur se rapportent au cas suivant. A supposer qu'une personne absente, citée en justice, possède des biens suffisants dans le ressort du juge, elle est discutée dans ces biens si elle a perdu un procès relatif à des obligations pécuniaires. A supposer au contraire que le défaillant n'ait pas de biens discutables dans le ressort du juge qui l'a condamné à payer, celui-ci doit, à la demande du créancier, renvoyer l'exécution du jugement au collègue qu'il a dans la localité où se trouve le débiteur. Selon nos jurisconsultes le renvoi a lieu de la façon suivante. Le juge devant lequel le procès a eu lieu commence par faire constater par deux témoins irréprochables ce qui s'est passé à l'audience. Puis il envoie dans la localité où se trouve le débiteur une lettre réquisitoriale à son collègue, conçue dans ces termes : « Au nom de Dieu le Clément et le Miséricordieux ! Un tel s'est présenté devant moi. Que Dieu me préserve et qu'Il vous préserve aussi ! Le demandeur a sollicité la condamnation d'un tel, qui est domicilié dans votre ressort, défaillant, à payer telle somme. Le bien-fondé de cette demande a été prouvé par la déposition de tels et tels témoins, dont l'irréprochabilité a été constatée selon la loi. Après avoir déféré au demandeur le serment supplétoire, je lui ai adjugé la somme en litige. La présente lettre a été écrite par devant un tel et un tel, comme témoins instrumentaires. »

Les témoins instrumentaires dont nous nous occupons ici doivent encore établir leur irréprochabilité devant le juge auquel la lettre a été adressée. Celui-ci ne saurait se contenter à ce sujet de la déclaration du juge qui a délivré la lettre en question.

Section II.

Des prescriptions relatives au partage. Le mot arabe pour « partage » est *qisma*, avec un i ; c'est le substantif du verbe *qasama*, à l'infinitif *qasm* avec un a, « diviser » une chose. Comme terme de droit, c'est l'acte de séparer les portions d'une propriété indivise, de la manière qui sera exposée dans le cours de la présente Section. *L'expert en matière de partage*, s'il est désigné par le juge, *doit répondre à sept* – le nombre est au masculin,

mais dans quelques exemplaires du Précis il est au féminin¹¹⁵) – conditions : il doit être musulman, majeur, doué de raison, libre, du sexe masculin, irréprochable et versé dans l'arithmétique. Dans le cas où une seule de ces conditions ferait défaut, on serait incapable d'être désigné par le juge comme expert en matière de partage. Quant à un expert choisi, non par le juge, mais par les parties intéressées, l'auteur en parle dans ces termes : *Lorsque toutefois les deux copropriétaires sont d'accord* – l'auteur a mis le verbe au duel, mais dans quelques exemplaires du Précis le verbe est au singulier, ce qui est plus correct – *au sujet de l'expert qu'ils chargeront du partage de la propriété indivise, la loi n'exige pas dans ces circonstances que l'expert en question ait les qualités ci-dessus désignées.*

Le lecteur doit savoir que la loi distingue trois espèces de partage.

1° Le partage peut s'opérer par une simple division. C'est le partage d'objets similaires, comme les choses fongibles, et, en particulier, les grains etc. Alors les lots se déterminent à la mesure de capacité, au poids ou à la mesure de longueur, selon la nature des objets à diviser, après quoi on fait déterminer par le sort le lot qu'obtiendra chaque ayant-droit. Le tirage au sort a lieu de la façon suivante. A supposer qu'il y ait trois copropriétaires, on prend trois morceaux de papier égaux ; sur chaque morceau on écrit, soit le nom d'un des copropriétaires, soit la description d'un des deux lots. Cette description doit être suffisante pour que le lot puisse être confondu avec un autre. Les morceaux de papier sont ensuite roulés autour de petites boules de grandeur égale. Les boules peuvent être, par exemple, d'argile desséchée. Puis l'on introduit dans l'enceinte une personne n'ayant été présente, ni à l'acte d'écrire les noms sur les morceaux de papier, ni à celui de rouler autour des boules, laquelle personne doit tirer la première boule pour le premier lot, au cas où ce sont les noms des copropriétaires qu'on a écrits sur les morceaux de papier, comme Zaid, Hâlid et Bakr. Le premier lot se donne alors à celui dont le nom se trouve sur le morceau de papier tiré en premier lieu, après quoi on procède à un second tirage pour le deuxième lot, lequel se donne à celui dont le nom est sorti en second lieu ; enfin le troisième lot est naturellement pour celui dont le nom n'a pas été tiré. Dans le cas où la description des lots aurait été écrite sur les morceaux de papier, le tirage se fait aussi par une personne qui n'a été présente, ni à l'acte d'écrire la description des lots sur les morceaux de papier, ni à celui de les rouler autour des boules ; mais la première boule se tire, par exemple, pour Zaid, la seconde se tire pour Hâlid, et le lot dont la boule n'a pas été tirée est pour Bakr.

2° Le partage peut exiger une égalisation des lots par rapport à leur valeur. C'est ce qui a lieu, par exemple, s'il s'agit du partage d'un terrain qui n'a pas partout la même fertilité ou qui n'offre pas partout la même facilité d'irrigation. A supposer que le terrain en question doive se partager en deux, on fait, par exemple, du tiers du terrain un lot, et des deux tiers un autre lot, de manière à compenser en étendue les avantages qu'une partie du terrain possède seule. Le partage dont nous nous occupons ici, de même que celui exposé en premier lieu, peut se faire par un seul expert.

3° Le partage peut donner lieu à un rapport. Le rapport est nécessaire s'il se

¹¹⁵) Cela dépend de savoir si le mot de charâit « conditions » est employé comme un pluriel de charîta ou de chart. Voir plus haut pages 63, n. 1 et 119, n. 1.

trouve, dans une partie du terrain commun, par exemple, un puits ou un arbre, impossibles à partager. Alors celui qui obtient par le sort favorisé de cette façon, doit dédommager son copropriétaire. Si, dans l'exemple posé, la valeur du puits ou de l'arbre s'élève à mille pièces de monnaie, et que le terrain doive se partager en deux, le copropriétaire qui obtient le lot avec le puits ou l'arbre est obligé de payer cinq cents pièces de monnaie à l'autre. Le partage dernièrement exposé ne peut se faire que par deux experts. L'auteur lui-même nous l'apprend dans la phrase : *Les partages qui donnent lieu à une estimation de la propriété à diviser ne peuvent être opérés que par deux experts au moins*. Cette règle toutefois ne concerne que les experts non en même temps désignés par le juge pour décider, d'après leurs lumières personnelles, les différends qui peuvent surgir relativement à l'estimation. Car si cette faculté a été accordée à un seul expert, sa décision équivaut à un jugement fondé sur ce que le juge sait personnellement de l'affaire. Un jugement rendu ainsi est reconnu valable pour la meilleure doctrine.

Enfin, quand un copropriétaire demande en justice le partage d'une propriété indivise, et que ce partage peut s'exécuter sans porter préjudice à la valeur totale de la propriété en question, l'autre copropriétaire ne peut pas s'opposer à la demande de partage. En revanche, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un bassin creusé, de petites dimensions, dont on ne saurait faire deux sans porter préjudice à la valeur totale, la meilleure doctrine défend d'admettre la demande de partage, du moment que l'un des copropriétaires s'y oppose.

Section III.

Des prescriptions relatives à la preuve testimoniale. *Lorsque le demandeur veut prouver par des témoins les faits avancés par lui, le juge doit procéder à l'audition et prononcer conformément à ce qu'ils viennent d'attester, à la seule condition qu'il soit sûr de leur irréprochabilité. Autrement il faut que l'irréprochabilité soit établie en premier lieu.*

S'il, c'est-à-dire le demandeur, ne peut pas fournir la preuve légale de ce qu'il vient d'alléguer, la présomption est en faveur du défendeur, pourvu que celui-ci prête serment. On entend par « demandeur » la partie qui prétend que l'état apparent et ordinaire des choses n'est pas conforme à la vérité, et par « défendeur » celle qui soutient le contraire.

La contumace, c'est-à-dire le fait que le défendeur refuse de jurer, en cas de serment déferé par le juge, a pour conséquence que ce serment doit être référé au demandeur, et alors le serment prêté par celui-ci suffit pour lui faire gagner le procès, sur quoi l'objet en litige lui est adjugé. Toutefois on n'est contumace que quand le refus de prêter serment a été formulé dans les paroles :

« Je refuse d'obéir », prononcées après que le juge a exposé le serment qu'il faudra prêter, ou : « Je ne jugerai point », si le juge s'est borné à dire : « Prêtez serment ».

S'il y a revendication de part et d'autre d'un objet qui se trouve dans la possession

d'une des parties litigantes, la présomption est pour le détenteur, à condition que celui-ci prête serment que l'objet est à lui. Si l'objet revendiqué se trouve dans la possession de l'une et de l'autre des parties litigantes, de même que dans le cas où il se trouverait dans la possession d'un tiers, toutes les deux doivent jurer, sur quoi l'objet en litige est adjugé aux deux adversaires conjointement. Lorsque le serment se rapporte à un fait personnel à la partie, sans distinction entre un serment affirmatif ou négatif, il doit contenir une déclaration positive et concluante au sujet du fait à prouver. Les mots arabes dont l'auteur s'est servi pour « positif » et « concluant », sont batt et qaṭ'. A vrai dire ces deux mots représentent la même idée, et le second a été ajouté au premier en guise d'explication. S'il s'agit au contraire du fait d'une autre personne, formant l'objet du serment, il faut distinguer, car le cas où le serment est affirmatif diffère de celui où il est négatif. Dans le premier cas, le serment doit de même contenir une déclaration positive et concluante du fait à prouver, mais dans le dernier, du moins s'il s'agit d'une dénégation sans réserve, il suffit de jurer qu'on n'en sait rien. Cela veut dire qu'on affirme sous serment ne pas savoir si le fait a eu lieu ou non. Quant à la dénégation limitée, elle nécessite encore que le serment contienne une déclaration positive.

Section IV.

Des conditions auxquelles le témoin doit répondre. *On ne saurait accepter le témoignage de quiconque, c'est-à-dire d'une personne qui, n'a pas les cinq qualités suivantes* : savoir

1° *La foi*. Il suffit que le témoin soit considéré comme musulman par droit de naissance. Un infidèle est incapable de déposer, non seulement contre un musulman, mais encore contre un autre infidèle ; *puis la loi exige*

2° *La majorité*, car les mineurs sont incapables de déposer, lors même qu'ils toucheraient à la majorité ; *puis la loi exige*

3° *La raison*, car le témoignage d'un aliéné n'est pas admissible ; *puis la loi exige*

4° *La liberté*. Il suffit qu'on soit considéré comme libre par le fait de résider dans un certain pays. Le témoignage d'un esclave ordinaire, et même celui d'un affranchi testamentaire ou contractuel, n'est pas admissible ; et *enfin la loi exige*

5° *L'irréprochabilité*. L'irréprochabilité s'appelle en arabe 'adāla, mot qui signifie dans le langage ordinaire, le « juste milieu », mais, comme terme de droit, le pouvoir qu'on a sur soi-même de s'abstenir de péchés capitaux et mêmes d'actes qui, tout en étant à la rigueur permis, sont, dans un cas donné, contraires aux convenances sociales.

Pour qu'un témoin puisse être considéré comme irréprochable, il faut qu'il réponde à cinq conditions. L'auteur se sert encore ici du mot charāiṭ comme pluriel de charṭ, mais quelques exemplaires du Précis portent : chorouṭ ce qui est plus correct¹¹⁶. Il faut

1° *Que le témoin irréprochable s'abstienne entièrement de ce que la loi considère*

¹¹⁶ Voy. plus haut, pages n. , n. et n. .

comme des péchés capitaux. Même un seul acte de cette nature suffit pour faire cesser l'irréprochabilité. Ainsi le témoin qui s'est rendu coupable de la fornication, ou d'un homicide sans excuse légale, ne peut plus être admis à déposer. L'auteur continue : et

2° Que le témoin *ne soit pas adonné à des péchés véniels, même en petit nombre.* Toutefois, pour que l'irréprochabilité en éprouve une diminution, il est de rigueur qu'il s'agisse de quelqu'un **dont** on puisse dire « adonné » dans le sens exact du terme. L'énumération des péchés capitaux se trouve dans les ouvrages détaillés de jurisprudence ; puis

3° Il est de toute nécessité pour l'irréprochabilité d'un témoin *qu'il n'adhère pas à quelque fausse doctrine* en matière de religion. Par conséquent, les hérétiques ne sont pas admis à déposer, sans s'inquiéter que l'hérésie soit de nature à les faire considérer comme infidèles, ou qu'elle leur enlève seulement la bonne renommée. Une hérésie incompatible avec la foi musulmane est, par exemple, celle qui nie la résurrection des morts, tandis qu'il faut considérer comme des hérétiques restes musulmans, ceux qui nient l'autorité des compagnons de Muḥammad. Les fausses doctrines en matière de théologie ou de droit qui ne présentent pas le même caractère de gravité, n'empêchent pas d'accepter le témoignage. A cette règle, il n'y a qu'une seule exception, savoir qu'on doit rejeter la disposition faite par un adhérent de la secte appelée Ḥaṭṭābāya, selon laquelle on peut se présenter comme témoin en faveur de tout créancier qui y appartient, sans pouvoir constater autre chose que la déclaration, faite par celui-ci, qu'un tel lui doit tant. Or la disposition d'un témoin appartenant à cette secte n'est valable que dans le cas où il pourrait déclarer avoir vu que le créancier a donné l'argent au débiteur à titre de prêt. L'auteur continue : et

4° que le témoin irréprochable *ne se laisse pas emporter par sa colère.* Quelques exemples du Précis ont : « quand il est en colère ». Quiconque n'est pas maître de ses passions, est incapable de déposer ; enfin

5° la loi exige pour l'irréprochabilité d'un témoin *qu'il ne soit pas moins sérieux que le commun des hommes.* Pour savoir si quelqu'un a un caractère « sérieux », il faut le comparer à ses contemporains et à compatriotes, et celui qui paraît alors rester au-dessous de la moyenne n'est pas admis à déposer. Comme un exemple d'actes incompatibles avec un caractère sérieux, on cite celui de venir sur la place publique la tête nue, ou en ayant à découvert quelque autre partie du corps, qu'il est d'usage de cacher. Il s'entend que ce précepte ne regarde pas les parties honteuses, car l'acte de les montrer à découvert est non seulement contraire aux usages de la société, mais encore il est rigoureusement défendu.

Les droits susceptibles d'être prouvés en justice sont de deux sortes : premièrement les droits de Dieu, l'Être Suprême, dont nous allons parler plus loin, et en second lieu les droits des hommes. Quant à ces derniers, on les subdivise en trois – quelques exemplaires du Précis portent : « ils sont de trois » – sortes, dont la première comprend les droits qui ne peuvent se constater que par la déposition de deux témoins du sexe masculin, et pour lesquels la déposition d'un homme et de deux femmes ne suffit point. Ce sont ces droits que l'auteur a en vue dans la phrase qui suit. Ce sont les droits n'ayant pas des conséquences exclusivement pécuniaires, et se constatant dans la

présence d'hommes, dans des circonstances ordinaires, par exemple, les droits résultant de la répudiation ou du mariage. Il faut prouver de la même façon les faits donnant lieu, soit à une peine encourue envers Dieu, l'Être Suprême, comme celle édictée contre l'usage des boissons, soit à une peine encourue envers les hommes, comme la correction arbitraire et le talion. Puis une sorte suivante comprend les droits qu'on peut légalement prouver de trois manières, c'est-à-dire par deux témoins du sexe masculin, par la déposition d'un homme et de deux femmes, ou par un seul témoin avec le serment du demandeur. Le serment en question ne défère qu'après l'audition du témoin et la constatation de l'irréprochabilité de celui-ci, et en outre le serment doit contenir la déclaration formelle que le témoin a été sincère dans sa déposition. Le demandeur, au lieu de jurer lui-même, peut exiger que le serment sera référé au défendeur, et en cas de refus de la part de celui-ci, la doctrine la plus répandue lui permet de revenir sur ses paroles et de prêter encore le serment que le juge lui avait d'abord déféré. L'auteur nous apprend quels sont les droits dont il vient de parler, en ces termes : Ce sont les droits réels ou ayant des conséquences exclusivement pécuniaires et cela seul. Enfin une dernière sorte comprend les droits qu'on peut prouver de deux façons, c'est-à-dire par la déposition d'un homme et de deux femmes ou par celle de quatre femmes. L'auteur nous apprend quels sont les droits de cette troisième sorte, en disant : Ce sont les droits qui ne se constatent pas dans la présence d'hommes dans des circonstances ordinaires, mais seulement par exception, comme les droits résultant de l'accouchement, de la menstruation ou de l'allaitement. Il est bien entendu qu'aucun fait ne peut se prouver par la déposition de deux femmes avec le serment du demandeur.

Quant aux droits de Dieu, l'Être Suprême, en aucun cas, le juge ne peut admettre le témoignage de femmes pour en fournir la preuve légale. C'est aux hommes seuls que la loi accorde la faculté de déposer à ce sujet. Ces droits de Dieu, l'Être Suprême, se subdivisent encore en trois sortes, dont une exige pour preuve légale la déposition de quatre témoins du sexe masculin, et renferme un seul crime : la fornication. Les témoins appelés pour prouver ce méfait doivent en outre avoir vu l'acte incriminé, dans le but d'en rendre témoignage. Car s'ils se sont approchés dans tout autre but pour regarder les deux coupables, ils ont eux-mêmes commis un acte indigne, d'où il résulte qu'ils sont des gens d'inconduite notoire, et, partant, récusables comme témoins. En revanche, l'aveu relatif au crime de fornication, est un fait que la doctrine la plus répandue admet de prouver la déposition de deux témoins du sexe masculin. Puis une sorte suivante des droits de Dieu, l'Être Suprême, comprend les droits qui se prouvent par la déposition de deux témoins du sexe masculin. Cette sorte, l'auteur en parle ainsi qu'il suit : Elle renferme tous les crimes punissables d'une peine afflictive et définie, exception faite de la fornication, par exemple le crime d'avoir pris des boissons défendues. Enfin une dernière sorte n'exige la déposition que d'un seul témoin du sexe masculin. Cette sorte comprend encore un seul fait, savoir l'apparition de la nouvelle lune au mois de Ramaḍān, la règle ne se rapportant point à l'apparition de la nouvelle lune dans les autres mois. Toutefois dans les ouvrages détaillés on cite encore d'autres cas où le témoignage d'un seul homme irréprochable suffit : par exemple, un témoignage de cette nature suffit pour établir une suspicion grave d'homicide, ou toute autre présomption.

Le témoignage d'un aveugle n'est pas admissible, à moins que ça ne soit dans un

des cinq cas suivants. L'auteur s'est servi pour « cinq cas », des mots ḥamsa mawāḍiʿ, mais, dans quelques exemples du Précis, on lit ḥams mawāḍiʿ, savoir le nombre au masculin, ce qui n'est pas correct¹¹⁷. Les cinq cas en question peuvent se résumer dans une seule règle, c'est-à-dire qu'un aveugle peut déposer par rapport à tous les faits qui sont de notoriété publique. Ainsi, *il peut rendre témoignage d'un décès, de la filiation ;* quant à la dernière, la loi ne distingue pas entre le fils et la fille, ni entre la filiation qui concerne le père, et celle qui concerne la tribu. **La meilleure doctrine admet même** la notoriété publique comme une preuve qu'on est enfant de sa mère ; *de plus il peut rendre témoignage, par exemple de la propriété plénière, du sens des paroles qu'une des parties litigantes vient de prononcer.*

Les mots suivants : *et de ce qu'il a observé personnellement avant de perdre la vue,* manquent dans quelques exemplaires du Précis. Il est donc évident qu'un aveugle ne saurait rendre témoignage d'un fait qu'il lui faut avoir vu pour pouvoir en parler, à moins qu'il n'ait vu le fait en question avant d'avoir perdu la vue. Ce cas échéant, sa déposition, peut constater le fait observé, à condition qu'il connaisse les deux parties litigantes, non-seulement par leurs noms mais encore par leurs généalogies. L'auteur continue : *ou bien l'aveugle peut déposer au sujet d'un fait avec l'auteur duquel il est resté en contact.* C'est ce qui peut arriver, par exemple, si quelqu'un a avoué à l'oreille de l'aveugle avoir affranchi son esclave ou répudié sa femme, si l'aveugle sait le nom de la généalogie de l'individu qui a fait cet aveu, et s'il a ensuite pose sa main sur la tête de l'individu en question et ne l'a pas abandonné, tenant la main sur sa tête, jusqu'à l'audience du juge, – dans des circonstances, dis-je, l'aveugle peut rendre témoignage que cet individu a fait l'aveu dont il s'agit.

En aucun cas le juge ne peut admettre le témoignage d'une personne quelconque qui, par sa déposition pourrait se procurer quelque avantage ou pourrait se préserver de quelque dommage. C'est pourquoi il faut récuser un maître comme témoin s'il veut déposer en faveur de son esclave, lors même qu'il s'agirait d'un esclave habilité pour le commerce ou d'un affranchi contractuel.

¹¹⁷ Voy. plus haut, page n. .

Livre XVI.

Des prescriptions relatives aux affranchissements *des esclaves*.

Section I.

L'affranchissement simple en arabe s'appelle 'itq. Dans le langage ordinaire ce mot signifie en général, l'acte de s'en aller en liberté ; il est dérivé du verbe 'ataqa, qu'on peut employer d'un petit oiseau qui commence à voler de ses propres ailes. Comme terme de droit, c'est l'abandon du droit de propriété qu'on a sur un être humain, non en le transférant à quelqu'un d'autre, mais comme une œuvre de piété envers Dieu, l'Être Suprême. En nous servant de l'expression « être humain », nous avons voulu exclure les oiseaux et les autres animaux domestiques, puisque ces êtres ne sont pas susceptibles de l'affranchissement.

Nul propriétaire ne peut affranchir son esclave, à moins de posséder la pleine liberté d'agir. Quelques exemplaires du Précis ont : « la libre disposition de ses biens ». Or les interdits, comme les mineurs, les aliénés, ou les prodiges, n'ont pas le droit d'affranchir leurs esclaves. Dans quelques exemplaires du Précis, l'auteur poursuit ainsi : *L'affranchissement peut se formuler valablement, soit en termes explicites*, au lieu que d'autres exemplaires portent : « L'affranchissement se fait, soit en termes explicites ». Le lecteur doit savoir que les mots « affranchir » et « libérer » avec leurs dérivés, sont considérés par la loi en premier lieu comme indiquant l'affranchissement d'une manière explicite. On peut dire, par exemple, à son esclave : « Vous êtes affranchi », ou « Vous êtes mis en liberté », et quand l'affranchissement a été conçu en termes explicites, il est indifférent que le maître ait parlé sérieusement ou bien par badinage. La meilleure doctrine admet encore comme termes explicites toutes les expressions qui indiquent « l'extinction du droit de propriété ». L'intention d'affranchir n'est pas nécessaire, si l'acte a pas été énoncé en termes explicites. L'affranchissement peut en outre se formuler en termes non explicites ; c'est ce que l'auteur nous apprend en disant : *soit en termes implicites, mais dans le dernier cas il est de rigueur que le maître ait eut l'intention réelle d'affranchir.* Ainsi le maître peut valablement affranchir son esclave en lui disant : « Je n'ai pas plus sur vous le droit de propriété », « Je n'ai plus aucun pouvoir sur vous », etc.

L'affranchissement, effectué par un maître qui a la libre disposition de ses biens, d'une partie quelconque d'un esclave implique celui de l'enclave en son entier, et il importe peu alors que le maître soit solvable ou insolvable, ou bien que la partie affranchie formellement soit déterminée ou non. *De même, s'il s'agit d'un esclave appartenant à plusieurs maîtres par indivis, et que l'un d'entre eux affranchisse* — l'auteur se sert de la quatrième forme du verbe 'ataqa, quoique la deuxième forme se trouve dans quelques exemplaires du Précis — *l'esclave pour la part*, ou plutôt pour la portion dont il est propriétaire, quelque grande ou petite que ce soit cette portion, ou bien si l'un des copropriétaires s'affranchit l'esclave en son entier, *tandis qu'il est assez*

solvable pour pouvoir payer l'esclave en son entier, *l'esclave devient complètement libre par suite du retrait forcé* admis à son égard dans les circonstances que nous avons en vue. La bonne doctrine admet aussi le retrait forcé, au cas où le copropriétaire qui vient d'affranchir ne possède pas suffisamment pour payer la valeur entière de l'esclave ; mais alors le retrait forcé n'a lieu que pour autant que les moyens du copropriétaire en question y suffisent. Selon la doctrine la plus répandue, le retrait forcé est consommé au moment de l'affranchissement, quoi qu'un juriste ait soutenu l'opinion qu'il n'est consommé que par le paiement de l'indemnité. Puis il faut se garder de confondre l'idée de « solvabilité » par rapport au sujet qui nous occupe, avec celle de « richesse » : on est « solvable » quand, au moment de l'affranchissement, on possède de quoi acheter la portion de l'esclave dont on n'est pas entièrement propriétaire. On doit avoir cette somme comme superflu, c'est-à-dire qu'on ne saurait la prélever sur l'argent dont on a besoin pour se nourrir et pour nourrir les personnes qu'on a à sa charge, durant un jour et une nuit, pour s'habiller convenablement, et enfin pour payer le loyer de sa maison durant un jour. *Le retrait forcé a pour conséquence qu'on, c'est-à-dire que le copropriétaire qui vient d'affranchir l'esclave, doit indemniser son copropriétaire en payant à celui-ci la valeur de sa portion de l'esclave devenu libre.* Cette valeur est celle du jour de l'affranchissement.

Le fait de devenir propriétaire d'un de ses ascendants ou descendants est une cause d'affranchissement de plein droit, aux frais du nouvel acquéreur. Cet affranchissement est une conséquence nécessaire de l'acquisition, et a lieu lors même que le nouvel acquéreur serait, par exemple, un mineur ou un aliéné, savoir une personne à laquelle il est interdit de disposer de ses biens à titre gratuit.

Section II.

Des prescriptions relatives au patronage, appelé en arabe walā. C'est, dans le langage ordinaire, un mot dérivé du verbe walā, lequel, dans sa troisième forme, signifie « être l'ami ou auxiliaire de quelqu'un ». Comme terme de droit, c'est la relation existant entre un esclave et le maître qui vient de l'affranchir, relation qui prend son origine dans le fait de l'affranchissement. *Le patronage, en arabe walā avec un madd, est une des conséquences légales de l'affranchissement. En vertu de ce droit, c'est-à-dire en vertu du droit de succession résultant du patronage, le patron est appelé à la succession de l'affranchi comme un héritier à titre d'agnation, mais seulement à défaut d'agnats naturels.* Ce qu'il faut entendre par « héritier à titre d'agnation » a été exposé plus haut dans le Livre VII Section I. *En cas de décès du patron, ses droits sont dévolus à ses agnats du sexe masculin, savoir à ses héritiers à titre d'agnation de leur propre chef, mais non à ses héritiers qui, comme sa fille ou sa sœur, sont seulement appelées à la succession à ce titre en conséquence du fait qu'elles concourent avec leur frère.* L'auteur continue : *et l'ordre dans lequel ces agnats peuvent faire valoir le patronage est le même que celui dans lequel ils sont appelés à la succession.* A cette règle la doctrine la plus répandue n'admet qu'une seule exception ; c'est que le frère germain ou consanguin, et même le neveu paternel du patron primitif, ont la priorité sur son grand-père paternel, s'il s'agit du

patronage, au lieu qu'ils sont appelés à la succession de commun avec le grand père. Une femme n'est jamais appelée à une succession en vertu du droit de patronage, si ce n'est à celle de son propre affranchi, et à celles des enfants ou affranchis de ce dernier. *On ne peut valablement vendre le droit de patronage, ni en faire donation. C'est donc un droit inaliénable.*

Section III.

Des prescriptions relatives à l'affranchissement testamentaire. Cet affranchissement s'appelle en arabe tadbīr, mot qui signifie, dans le langage ordinaire, toute disposition faite en vue d'arranger ses affaires, mais, comme terre de droit, l'affranchissement qui aura lieu après la mort du maître. L'auteur nous l'apprend en ces termes : *Si quelqu'un, c'est-à-dire si le maître, dit à son esclave, par exemple : « Lorsque je », savoir moi qui vous parle, « serai mort, vous aurez la liberté », celui-ci, savoir l'esclave, devient affranchi testamentaire, et après le décès du maître, l'affranchissement doit s'effectuer sur le tiers disponible, c'est-à-dire sur le tiers de la succession.* En cas d'insuffisance du tiers disponible, l'esclave n'obtient sa liberté que pour le montant qu'on peut affecter à son affranchissement, à moins que les héritiers légitimaires ne consentent à son affranchissement complet. Les paroles précitées indiquent l'affranchissement testamentaire d'une façon explicite ; il en est de même des paroles : « Je vous affranchis après ma mort » ; mais l'affranchissement testamentaire peut se formuler aussi en termes implicites, comme : « Ma mort dissoudra le lien qui existe entre vous et moi », pourvu que ces paroles se prononcent dans l'intention d'affranchir.

La loi permet au maître la vente de l'affranchi testamentaire aussi longtemps que la mort n'est pas intervenue, mais l'affranchissement s'en trouve annulé. Il en est de même pour tout autre transfert du droit de propriété sur l'affranchi, par exemple, d'une donation suivie de la prise de possession par le donataire, et d'un transfert à titre de don nuptial. La doctrine la plus répandue considère l'affranchissement testamentaire comme un acte dépendant d'une condition suspensive, quoique, selon un jurisconsulte, ce soit plutôt le legs de sa liberté fait à l'esclave. Si on admet la doctrine la plus répandue, il faut accepter aussi la conséquence que notre rite en a déduite, savoir qu'un affranchi testamentaire, une fois vendu, a irrévocablement perdu son droit à la liberté, lors même qu'il deviendrait plus tard de nouveau l'esclave de son maître primitif.

Du vivant du maître, l'affranchi testamentaire reste soumis à toutes les prescriptions relatives aux esclaves ordinaires. Par conséquent, c'est au maître que revient tout ce qu'il gagne par son travail, voire le prix sang à payer par le délinquant en cas d'homicide, et l'indemnité en cas de blessure. Cette dernière indemnité toutefois ne peut porter préjudice à la position légale de l'affranchi testamentaire. Au lieu des paroles de l'auteur citées par nous en dernier lieu, quelques exemplaires du Précis portent : « Durant la vie de son maître, les prescriptions régissant les affranchis testamentaires sont les mêmes que celles qui régissent les esclaves ordinaires ».

Section IV.

Des prescriptions relatives à l'affranchissement contractuel, appelé en arabe kitāba, mot qui s'écrit généralement avec un i, quoique quelques grammairiens préfèrent écrire katāba, par analogie avec 'atāqa. Dans le langage ordinaire le mot de kitāba est un simple dérivé du verbe kataba, à l'infinitif katb, dans le sens de « joindre », parce que l'affranchissement contractuel consiste à vrai dire dans l'acte de « joindre » les uns aux autres les différents paiements périodiques qui en sont la conséquence. Comme terme de droit le mot de kitāba, désigne l'affranchissement fait sous la condition que l'esclave donnera pour sa liberté une somme d'argent, à payer à deux ou plusieurs époques connues. *L'affranchissement contractuel est un acte recommandable de la part du maître lorsque la demande lui en est adressée par son esclave, homme ou femme, et que celui-ci, savoir l'homme ou la femme en esclave, est honnête, c'est-à-dire est personne de confiance, et capable de gagner l'argent, c'est à dire en état de gagner assez pour satisfaire à ses engagements relatifs aux paiements périodiques. Pour que l'acte soit valable, il est de rigueur que la somme à payer par l'esclave soit connue ; par exemple, le maître peut dire à l'esclave : « Je vous affranchis pour deux dīnār ». Elle, savoir cette somme connue, doit constituer une dette à terme, dont les échéances soient connues, et consistant en deux paiements périodiques au moins.* Ainsi, dans le cas posé, le maître, au lieu de dire : « pour deux dīnār », peut faire la stipulation : « à condition que vous me donniez deux dīnār, un dīnār à chaque échéance, et vous serez libre après le dernier de ces paiements périodiques ».

Le contrat d'affranchissement, pour peu qu'il soit valable, n'admet point de révocation de la part du maître ; la convention une fois faite, celui-ci ne saurait s'y soustraire, excepté en cas d'inexécution, même partielle, de la part de l'esclave aux termes stipulés. Or, si l'esclave lui déclare être incapable de verser les paiements périodiques l'échéance, le maître a le droit de résiliation. Il en est de même lorsque l'esclave refuse de payer, tout en étant capable. L'auteur ajoute : mais l'affranchissement contractuel admet bien une révocation de la part de l'esclave, ou plutôt de l'affranchi. Or celui-ci pourra, non-seulement se soustraire à la convention en se déclarant incapable de l'exécuter, comme nous venons de le voir, mais encore il peut y renoncer en tout temps, lors même qu'il serait parfaitement en état de payer aux échéances. Les paroles de l'auteur : « en tout temps », veulent dire : « à toute époque où il désire résilier la convention ». Quant à l'affranchissement contractuel qui n'est pas valable, le maître et l'affranchi peuvent y renoncer tous les deux.

L'affranchi contractuel peut disposer des biens qu'il possède. Il peut les vendre, en acheter de nouveaux, les donner en location, etc. Il n'y a que les dispositions à titre gratuit, comme la donation, etc. qui lui soient défendues. Au lieu de la phrase mentionnée, quelques exemplaires du Précis portent : « L'affranchi contractuel a le droit de faire toutes les dispositions qui tendent à une augmentation de ses biens ». Cela veut dire que le contrat d'affranchissement ne lui a conféré que la faculté de tirer de ses biens tous les avantages et de les employer, comme il voudra, pour gagner de l'argent ; mais vis-à-vis de son maître il est privé de la faculté de dissiper ses biens. Quant au maître, il

est légalement obligé, dans le cas d'un affranchissement contractuel valable, de rabattre un peu de, c'est-à-dire de faire quelque réduction sur, la somme stipulée. Le montant de cette réduction doit être au moins assez élevé pour que l'affranchi en soit sensiblement déchargé.

Au lieu d'une réduction, le maître peut encore donner à l'affranchi une certaine somme qui peut servir à payer en partie ce que l'affranchi lui doit ; mais le procédé qui consiste à accorder une réduction vaut mieux, puisque le but du précepte est d'établir le droit de l'affranchi contractuel à ce que l'on vienne en aide dans ses efforts pour obtenir la liberté complète. Il va sans dire que ce but est manifeste dans la réduction, mais caché dans la donation. *En aucun cas cependant la liberté n'est acquise par l'affranchi contractuel avant le paiement complet de la somme stipulée*, déduction faite de la réduction que le maître était obligé de lui accorder.

Section V.

Des prescriptions relatives aux affranchies pour cause de maternité. *En cas de cohabitation, c'est-à-dire de commerce charnel, d'un maître, musulman ou non, avec une femme qui est son esclave*, lors même qu'il s'agirait d'un commerce défendu, de celui, par exemple, avec une femme pendant la période de sa menstruation, avec une femme parente à l'un des degrés prohibés, ou avec une esclave mariée, et lors même qu'il n'y aurait pas eu cohabitation réelle et régulière, mais seulement l'introduction de la verge ou du sperme d'une autre façon, *et lorsque cette cohabitation est la cause que l'esclave met au monde un enfant vivant, ou un enfant mort-né, voire un fœtus*, pourvu que, dans le dernier cas, ce soit au moins un fœtus dont l'avortement entraînerait la *ḡurra*, ou, en autres termes, *un être de chair qui paraît tenir de la nature humaine*, ou, selon quelques exemplaires du Précis, *tenir de la nature des hommes*, le tout sans distinction entre les cas où cette nature est manifeste et ceux où il faut être sage-femme pour la découvrir — dans les circonstances indiquées, la femme en question est devenue pour cause de maternité l'affranchie de son maître, par le seul fait de son accouchement. Il en résulte que *cette esclave n'est plus susceptible d'être vendue*. La vente d'une esclave affranchie pour cause de maternité est non seulement défendue, mais encore frappée de nullité ; ce n'est que si la vente est faite à la femme elle-même, que la loi ne s'y oppose point. L'auteur continue : *et pas non plus*, est-elle susceptible, *d'être mise en gage ou d'être transmise à titre de donation*. La loi défend également de disposer d'elle à titre de legs. *Quant aux autres droits du maître, ils restent intacts, spécialement le droit de se faire servir par elle, et celui de la cohabitation*. Le maître peut encore la donner en location, il peut céder ses services à titre de prêt, et c'est à lui que revient l'indemnité due pour un attentat contre sa personne. Il en est de même en cas d'attentat contre les enfants qu'elle a d'un autre que du maître, et qui constituent un accessoire de leur mère. La loi accorde également au maître le prix du sang dû pour l'homicide, soit de la femme, soit de ses enfants, et enfin le maître peut la donner en mariage sans demander son consentement. Ce dernier droit lui est refusé seulement s'il s'agit d'un maître infidèle d'une esclave musulmane.

La mort du maître, voire sa mort amenée par le fait de celle qui est affranchie pour cause de maternité, a pour conséquence qu'elle est libre de plein droit. Sa valeur doit être prélevée sur la masse de la succession, et il en est de même de l'affranchissement des enfants qu'elle avait d'une autre personne que du maître. Tous ces affranchissements se paient sur la masse avant que ne se paient les dettes du maître ou les legs qu'il a fait. Quant à l'enfant qu'elle, c'est-à-dire l'affranchie pour cause de maternité, a eu d'un autre père que du maître, sans que l'on distingue si cet enfant puîné est d'un mariage légitime ou d'une cohabitation criminelle, il suit la cause de sa mère. Par conséquent, la mort du maître est encore cause de l'affranchissement de l'enfant puîné de son affranchie pour cause de maternité, quoique cet enfant fût d'abord l'esclave du maître de sa mère.

Lorsqu'un homme cohabite, c'est-à-dire a commerce charnel, avec une femme esclave appartenant à un autre avec laquelle il a contracté mariage en connaissance de cause, ou avec laquelle il s'est livré au crime de la fornication, et que cette femme devienne enceinte de son fait, l'enfant né de cette union est esclave du maître de la mère. Si le mari a été trompé et croyait avoir épousé une femme libre, tandis qu'il appert après coup qu'elle était esclave d'un autre, l'enfant reste libre, mais le père doit au maître de la femme la valeur de l'enfant en guise de dommage et intérêts. Dans le même ordre d'idées l'auteur continue : En revanche, la cohabitation exercée avec l'esclave d'un autre, par suite de quelque erreur imputable au père, par exemple, s'il supposait avoir affaire à sa propre esclave ou à son épouse libre, a pour conséquence que l'enfant est libre, mais que le père doit au maître la valeur de l'enfant en guise de dommages et intérêts. Il est toutefois indiscutable que dans ces circonstances la mère ne devient pas affranchie de qui que ce soit pour cause de maternité. Une femme esclave, épouse d'un homme libre, qui devient plus tard la propriété de son mari, n'est pas considérée comme l'affranchissement de celui-ci pour cause de sa maternité, dans le cas où l'enfant est né du mariage qui vient d'être dissous par l'acquisition de la mère ; mais elle deviendrait une affranchie de son mari si la cohabitation dont l'enfant est le fruit a été commise par suite d'une erreur, du moins d'après une des deux opinions que les juristes ont émises à ce sujet. Cependant, selon notre rite, l'opinion opposée est préférable. Dieu seul connaît la vérité entière.

C'est ainsi que l'auteur, d'heureuse mémoire, a terminé son livre, en nous enseignant la loi relative à l'affranchissement, et dans l'espoir que Dieu, l'Être Suprême, l'affranchira à son tour du feu éternel. Il espère que ce travail sera pour lui un titre à entrer dans le Paradis, séjour des justes. Ceci est en même temps la fin du commentaire sur le livre précité intitulé *Ġāyat al-Iḥtiṣār* (Le Précis Succinct), dans lequel toute prolixité a été soigneusement évitée.

Gloire à Dieu, notre généreux donateur !

J'ai composé ce commentaire à la hâte et en peu de temps. J'espère, par conséquent, que le lecteur, s'il rencontre quelque faute légère ou grave, voudra bien la corriger, à supposer que ce ne soit pas une faute suffisamment corrigée plus loin. J'y compte de la part de tout savant enclin à compenser, par ce qu'il y a de bon dans les autres parties, les erreurs qu'il découvre quelque part dans un livre. Lorsqu'un tel savant a tiré quelque utilité d'un ouvrage, il sait que, pour peur que celui-ci ait du mérite, les

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

passages bien rédigés doivent faire oublier ceux qui sont moins bien réussis. Que Dieu, l'Être Suprême, me tienne compte de la bonne intention que j'ai eue en écrivant le commentaire, et qu'Il me fasse entrer au séjour des Jardins Éternels dans la société des prophètes, des justes, des martyrs et des hommes vertueux. Quelle belle association que la leur !¹¹⁸ Je demande à Dieu, notre illustre bienfaiteur, de me faire mourir dans la vraie religion et la vraie foi, à l'honneur et à la gloire de Son Prophète, le prince de Ses ambassadeurs, l'ami du Maître de toutes les choses créées, Muḥammad, fils de ʿAbd Allāh bin ʿAbd al-Muṭṭalib bin Hāchim, le Seigneur parfait, le révélateur, le sceau de la prophétie.

Gloire à Dieu qui nous conduit dans le chemin de l'équité. Dieu nous suffit ; Il est le médiateur par excellence. Que la grâce et la bénédiction de Dieu reposent sur notre Seigneur Muḥammad, sur sa famille et sur ses compagnons. Qu'Il les bénisse de Ses plus précieuses et éternelles bénédictions jusqu'au dernier Jour. Gloire à Dieu, le Maître de toutes les choses créées !

¹¹⁸ Cf. Coran, IV : 71.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Préface d'Abū Zakariyyā al-Ḥusaynī	2
Biographie de l'imam Abū Šujā'	4
Biographie de l'imam Ibn al-Qāsim	5
INTRODUCTION	6
Livre I. DES PURIFICATIONS.	10
Section	
I. Dispositions générales.	10
II. Du tannage, etc.	12
III. De la vaisselle.	13
IV. De l'emploi du cure-dents.	13
V. Des pratiques nécessaires pour la validité de l'ablution rituelle.	14
VI. Du nettoyage après la selle.	18
VII. Des circonstances qui invalident l'ablution rituelle.	19
VIII. Des circonstances qui rendent le bain nécessaire.	21
IX. Des pratiques nécessaires pour la validité du bain.	22
X. Des bains exigés par la <i>Sunnah</i>	23
XI. De la madéfaction de la chaussure.	24
XII. De la lustration pulvérale.	26
XIII. Des circonstances qui annulent la lustration pulvérale.	28
XIV. Des choses impures en elles-mêmes et des moyens de faire cesser l'impureté accidentelle.	30
XV. Des souillures spéciales de la femme et des conséquences légales de la souillure en général.	33
Livre II. DES PRIÈRES.	37
Section	
I. Des prières journalières et obligatoires.	37
II. Des conditions sous lesquelles la prière est obligatoire, et des prières pros- crites par la <i>Sunnah</i>	39
III. Des conditions auxquelles le croyant doit répondre lorsqu'il va prier.	40
IV. Des éléments constitutifs de la prière.	42
V. De la différence entre la femme et l'homme par rapport à la prière.	49
VI. Des différentes circonstances qui annulent la prière.	49

VII. Du nombre des <i>rak'ah</i> dans la prière.	50
VIII. Des omissions dans la prière.	51
IX. Des parties du jour où il est blâmable de prier.	53
X. De la prière en assemblée.	54
XI. De la faculté d'abréger la prière et de la combinaison de deux prières.	55
XII. De la prière publique du Vendredi.	58
XIII. De la prière des deux grandes fêtes annuelles.	61
XIV. De la prière à l'occasion d'une éclipse.	62
XV. De la prière en temps de sécheresse.	63
XVI. De la prière en cas de danger.	65
XVII. Des vêtements.	66
XVIII. Des cérémonies funéraires.	66
 Livre III. DES PRÉLÈVEMENTS.	 71
Section	
I. Dispositions générales.	71
II. Du prélèvement sur les chameaux.	72
III. Du prélèvement sur le bétail à cornes.	73
IV. Du prélèvement sur le menu bétail.	74
V. Du prélèvement sur les biens mis en commun.	74
VI. Du prélèvement sur l'or.	75
VII. Du prélèvement sur les semences et les fruits.	75
VIII. Du prélèvement sur les marchandises.	76
IX. Du prélèvement à la fin du jeûne.	77
X. Du partage des prélèvements.	77
 Livre IV. DES JEÛNES.	 80
Section	
I. Du jeûne proprement dit.	80
II. De la retraite spirituelle.	84
 Livre V. DES PÈLERINAGES.	 86
Section	
I. Dispositions générales.	86
II. Des actes illicites pendant l'ihram et des omissions.	90
III. Des sacrifices expiatoires.	93
 Livre VI. DES VENTES OU ÉCHANGES, ETC.	 97
I. De la vente ou échange.	97
II. Du contrat de salam ou avance.	100
III. Du nantissement.	103

IV. De l'interdiction.	103
V. De la transaction.	105
VI. Des servitudes légales.	106
VII. De la cession de créances.	106
VIII. Du cautionnement.	107
IX. Du cautionnement personnel.	108
X. Du contrat de société.	108
XI. Du mandat.	110
XII. De l'aveu.	111
XIII. Du commodat.	113
XIV. De l'usurpation.	114
XV. Du droit de préemption ou de retrait.	115
XVI. De la société en commandite.	116
XVII. Du bail à ferme.	117
XVIII. Du contrat de louage.	118
XIX. Des devis et des marchés.	119
XX. Du contrat de <i>mokhâbarah</i>	120
XXI. Du défrichement.	120
XXII. De Waqf ou fondation.	122
XXIII. De la donation.	124
XXIV. Des objets trouvés.	125
XXV. Des enfants trouvés.	127
XXVI. Du dépôt.	128
 Livre VII. DES SUCCESSIONS ET DES TESTAMENTS.	 129
Section	
I. Des successions.	129
II. Des dispositions testamentaires.	132
 Livre VIII. DES MARIAGES.	 135
Section	
I. Dispositions générales.	135
II. De la validité du mariage et des mariages prohibés.	137
III. Du don nuptial.	141
IV. Du partage des faveurs maritales.	143
V. Du divorce.	145
VI. De la répudiation.	146
VII. De la validité et de l'invalidité de la répudiation.	147
VIII. Du retour à l'union conjugale.	148
IX. Du serment de continence.	150
X. De l'assimilation injurieuse.	151
XI. De la diffamation et de l'anathème.	152

XII. De la retraite légale.	153
XIII. De l'attente de purification.	155
XIV. Des droits et obligations des femmes en retraite.	156
XV. De la parenté de lait.	157
XVI. De l'entretien.	158
XVII. De l'éducation.	161
 Livre IX DES CRIMES CONTRE LES PERSONNES.	163
Section	
I. Dispositions générales.	163
II. Du prix du sang.	166
III. Du serment et de l'expiation en cas d'homicide.	169
 Livre X. DES PEINES AFFLICTIVES ET DÉFINIES.	171
Section	
I. De la fornication.	171
II. De la diffamation.	172
III. Des boissons défendues.	173
IV. Du vol.	173
V. Du brigandage.	175
VI. De la légitime défense et du dommage causé par des animaux domestiques.	176
VII. De la rébellion.	176
VIII. De l'apostasie.	177
IX. De l'omission des prières prescrites.	178
 Livre XI. DES GUERRES CONTRE LES INFIDÈLES.	180
Section	
I. Dispositions générales.	180
II. De l'équipement des ennemis tués et du partage du butin de la guerre.	182
III. Du partage des contributions.	184
IV. De la capitation.	185
 Livre XII. DES ACTES DE CHASSE ET D'ABATAGE, ETC.	188
Section	
I. De la chasse et de l'abatage.	188
II. Des aliments dont la loi permet ou défend de se nourrir.	190
III. Des sacrifices.	191
IV. Du sacrifice spécial à l'occasion de la naissance d'un enfant.	193
 Livre XIII. DES DÉFIS A LA COURSE ET AU TIR	195

Avertissement : Cette traduction est lacunaire et est rediffusée en guise de facilité d'accès.

Livre XIV. DES OBLIGATIONS RÉSULTANT DES SERMENTS ET DES VŒUX.	196
Section	
I. Des serments.	196
II. Des vœux.	197
Livre XV. DES JUGEMENTS ET DE LA PREUVE TESTIMONIALE.	200
Section	
I. De l'administration de la justice.	200
II. Du partage.	204
III. De la preuve testimoniale.	206
IV. De la validité et de l'invalidité du témoignage.	207
Livre XVI. DES AFFRANCHISSEMENTS DES ESCLAVES	210
Section	
I. De l'affranchissement simple.	210
II. Du patronage.	212
III. De l'affranchissement testamentaire.	213
IV. De l'affranchissement contractuel.	214
V. De l'affranchissement pour cause de maternité.	215
Table des matières.	218