

LA GUERRE SAINTE : الجهاد AL-DJIHÂD

Le devoir de faire la guerre aux infidèles est encore un des fondements de la religion islamique. Il incombe, comme devoir d'obligation collective, à tous les musulmans en état de porter les armes. Le droit de la guerre est l'une des parties de la législation musulmane, dont les règles ont été minutieusement établies, dès le début, par le Prophète lui-même. Peu de changements y ont été apportés depuis. Né de l'intolérance et d'un zèle exagéré pour le prosélytisme, le djihâd est soumis, néanmoins, à des règles, dont beaucoup sont humaines, morales, et attestent une conception vraiment élevée et raffinée du droit de la guerre. On ne peut s'empêcher de s'étonner en voyant ces règles exposées et discutées par des juriconsultes musulmans dont plusieurs siècles nous séparent, alors que tel de ces principes ne s'est fait jour dans le droit international européen qu'à une époque tout à fait récente. C'est ainsi qu'il est défendu de tuer l'ennemi au moyen d'un poison ou même de se servir de flèches empoisonnées, de trahir ou de tromper l'infidèle quand on est son prisonnier, de s'évader quand on s'est engagé à ne pas le faire, de tirer sur les femmes et les enfants, même quand l'ennemi les place devant lui pour s'en faire un bouclier vivant, à moins qu'on ne risque trop sa vie, de tuer, ou même seulement de faire captifs, les moines et les religieuses, etc.

Si toutes ces règles ne sont pas observées à la lettre dans les guerres musulmanes, c'est que tel est et tel a toujours été le sort des règles du droit de la guerre dans tous les pays et dans tous les temps : les nécessités de la lutte poussent à la transgression des principes.

La législation du djihâd est trop étendue pour que nous ayons un seul instant l'idée d'en donner un aperçu même sommaire. Il suffit de savoir que, d'après cette législation, le territoire conquis devient waqf (وقف) ou ḥabous (حبس), à l'exclusion des terrains vagues, que le souverain peut donner en concession à qui il lui plaît ; que, sur la totalité du butin, on doit prélever le khoums (خمس, cinquième), ou quint de Dieu, au profit du Bait al-Mâl (Trésor public), les quatre cinquièmes restant devant être distribués à ceux qui ont pris part au combat ; que le souverain peut, pour exciter l'ardeur de ses soldats, attribuer les dépouilles de l'infidèle à celui qui le tuera.

Pour ce qui est des vaincus, tous ceux d'entre eux qui payent la capitation (جزية djizya) sont placés sous la sauvegarde de la loi musulmane.

Pendant le cours des hostilités, le souverain seul a le droit de consentir des trêves ou des armistices, lesquels doivent être rigoureusement observés.

Enfin, l'échange et le rachat des captifs sont soumis à des règles fixes, qui s'imposent même au souverain. Le Bait al-Mâl pourvoit au rachat des indigents, au moyen des ressources que lui procure le quint d'Allah et de son Prophète.

LA GUERRE SAINTE ¹

**Obligation de quitter les territoires
envahis par l'ennemi.**

Départ pour la guerre sainte.

Les femmes et les enfants captifs. — Butin.

Conventions avec l'ennemi.

OBLIGATION DE QUITTER LES TERRITOIRES ENVAHIS PAR L'ENNEMI

Un musulman habitant de Marbella², connu par sa vertu et son sentiment religieux, n'a pu prendre part à l'émigration avec ses coreligionnaires, ayant été obligé de rester dans le pays pour retrouver la trace de son frère, qui a disparu avant la guerre contre les infidèles. Aujourd'hui, il n'a plus aucun espoir de le retrouver, mais un autre motif l'empêche d'émigrer. En effet, cet homme, qui connaît la langue des chrétiens, est, auprès

1. Vol. II.

2. Ville d'Espagne, dans la prov. de Malaga, sur la Méditerranée, au pied de la Sierra Blanca.

de ceux-ci, l'avocat des musulmans tributaires, dont il a sauvé plus d'un du danger, en plaidant pour lui devant les juges chrétiens. Nul ne peut le remplacer et les pauvres musulmans de ce pays subiraient un grand préjudice, s'il venait à leur manquer. Lui est-il permis de rester avec ces musulmans tributaires, vu l'intérêt qu'ils y ont et malgré la possibilité où il se trouve d'émigrer quand il veut ? Doit-on tolérer qu'il fasse sa prière avec ses habits (de tous les jours), rarement exempts d'impureté, puisqu'il est constamment en rapport avec les chrétiens, séjourne ou même passe la nuit dans leurs maisons, dans l'intérêt des musulmans ?

Quiconque croit à Allah et au Jour du Jugement dernier doit se hâter de fuir le voisinage des infidèles, ennemis de l'Ami d'Allah, Mouhammad le Miséricordieux. Aucune des excuses données par cet homme, qui fait office d'interprète pour les musulmans tributaires, n'est admissible.

Il faut que l'Islâm reste fier et non humilié, que la prière soit faite publiquement et soit exempte d'humiliation et de ridicule.

D'autre part, l'aumône légale qui est un des piliers de la religion ne peut être pratiquée dans ce pays, car on n'en est tenu que vis-à-vis du souverain musulman. Le jeûne de Ramadân, qui est la *zakât* (aumône légale) des corps, ne peut être rigoureusement observé que lorsqu'on voit la nouvelle lune au commencement et à la fin du jeûne. Or, dans la plupart des cas, ce fait est établi par la déposition des témoins devant l'Imâm (souverain) ou ses délégués. Il ne peut être question de ce témoignage dans un pays où il n'y a pas d'Imâm. Il y aura donc doute sur le commencement et la fin du mois.

La prescription du *Djihâd* (guerre sainte) n'y peut être non plus observée. Dans ce pays, on risque de subir des insultes, d'être opprimé dans sa personne et dans ses

biens, autant de choses incompatibles avec la *sounna* (tradition) et la virilité.

On peut craindre aussi que ces chrétiens ne violent leur pacte et n'attaquent les musulmans établis sur leur territoire.

Du temps de 'Oumar ibn 'Abd Al-'Azîz, les musulmans étant encore très puissants et très nombreux dans l'Andalousie, ce khalife défendait déjà qu'on y demeurât.

S'ils ne violent pas la foi jurée, il y a lieu de craindre les méfaits de leurs voleurs et des hommes stupides, la séduction des femmes et des filles des musulmans par ces chiens et ces cochons d'ennemis. Enfin, on peut craindre aussi que, à la longue, les mœurs des chrétiens, leur manière de s'habiller, leur langue, n'arrivent à s'implanter parmi les musulmans. Et si la langue arabe disparaît, les pratiques rituelles la suivent.

De tout cela, il résulte que le séjour dans ce pays constitue un grave péché. Cela est si bien établi, que cette question est devenue un principe auquel on rapporte les autres questions pour leur donner une solution identique.

(*Aḥmad ibn Yahyâ ibn Mouḥammad ibn 'Alî Al-Wanscharîsî. T. II, pp. 106 à 110.*)

Des¹ Andalous ont abandonné leurs maisons, jardins, vignobles, terrains et tous autres biens, et ont même

1. La *Fétwa*, exposée au texte, fait l'objet d'un opuscule d'Al-Wanscharîsî, inséré dans le tome II du *Mi'yâr* et y occupant les pages 90 à 106. Nous en avons élagué les passages où la discussion devenait oiseuse et ceux où il n'y a que des redites. En revanche, les passages plus intéressants sont traduits souvent littéralement. L'auteur a intitulé cette dissertation : *أسنى المتاجر في بيان احكام من غلب على وطنه النصارى ولم يهاجر*. « Le plus beau des commerces ou Eclaircissement des règles relatives à celui dont la patrie a été occupée par les chrétiens et qui n'émigre pas, et de ce dont il est passible en fait de châtiments et de reproches. » — Al-Wanscharîsî dit avoir terminé ce travail le dimanche 19^e jour de Dhoû-l-Qa'da de l'année 896 de l'hégire.

dépensé des sommes considérables, afin d'échapper à la domination des infidèles et de se réfugier auprès d'Allah avec leurs femmes et leurs enfants. Maintenant qu'ils sont sur le territoire de l'Islâm, ils se plaignent d'être à l'étroit, de ne pas trouver dans le Maghreb les mêmes facilités de vivre que dans le pays des infidèles. Ils se plaignent de l'insécurité du pays et ne cachent pas leur manière de voir, en tenant de mauvais propos qui indiquent la faiblesse de leur foi et l'absence de sincérité dans leurs convictions religieuses. Ils n'ont pas émigré pour Allah et son Apôtre, comme ils l'ont prétendu, mais pour les biens de ce monde qu'ils désiraient acquérir aussitôt arrivés sur le territoire de l'Islâm, et au gré de leurs désirs. N'ayant pas rencontré la satisfaction de leurs souhaits, ils se prirent à médire des pays musulmans, à maudire ceux qui ont été cause de leur émigration. Ils font l'éloge du pays des infidèles et de ses habitants, et se repentent de l'avoir quitté. On a entendu tel d'entre eux dire, faisant allusion à ce pays de Maghreb, — qu'Allah le protège ! « Ce n'est pas vers ce pays qu'il convient d'émigrer : c'est de lui, au contraire, qu'il faut fuir. » Un autre disait : « Si le seigneur de Castille venait jusqu'ici, nous irions lui demander de nous ramener dans son pays. » Certains même usent de stratagème pour revenir dans le pays de l'infidélité et se mettre sous la protection des mécréants. — De quel péché se rendent-ils ainsi coupables ? Quelle est la situation de ceux qui reviennent auprès des infidèles après s'être établis dans le pays de l'Islâm ? Doit-on infliger une correction à ceux contre lesquels ces faits sont attestés par témoins ? ou faut-il d'abord commencer par les prêcher et les avertir ? Ou bien, faut-il laisser à Allah le soin de récompenser ou de châtier ceux d'entre eux qui le méritent ? L'émigration vers le pays de l'Islâm est-elle subordonnée à la certitude d'y trouver tout au gré de ses désirs, ou, au contraire, est-

on obligé d'y accourir, en s'attendant au *doux* comme à l'*amer*, et rien que pour être en pays d'Islâm et pour échapper à la domination des infidèles ?

L'émigration du pays des infidèles vers le pays de l'Islâm est un devoir religieux prescrit jusqu'au jour de la Résurrection. Mâlik a dit que l'on ne doit pas séjourner dans un pays où l'on pratique autre chose que l'équité. Si aucun pays n'est irréprochable à ce point de vue, on choisira celui où l'injustice est la moindre. Seuls sont excusés de ne pas émigrer, ceux qui sont dans l'impossibilité absolue de le faire, par exemple pour cause de maladie. Encore faut-il qu'ils aient toujours l'intention bien arrêtée d'émigrer dès qu'ils le pourront. Le Qoran, en plus d'un passage, prescrit cette obligation d'émigrer et défend de prendre comme amis ou protecteurs les juifs ou les chrétiens.

Le prince des jurisconsultes, le qâdi Aboû-l-Walîd ibn Roushd s'exprime ainsi : « L'obligation religieuse d'émigrer des pays d'infidélité subsiste jusqu'au jour de la Résurrection. Les docteurs sont même unanimes à déclarer que celui qui embrasse l'Islamisme, étant dans le pays des infidèles, devra immédiatement le quitter, pour se soustraire aux lois des mécréants et se placer sous les lois musulmanes. Il en résulte qu'il ne peut être permis à aucun musulman d'entrer dans les pays ennemis, pour raison de commerce ou autre. Mâlik désapprouvait le séjour du musulman dans un pays où il pouvait entendre insulter les ancêtres ; à plus forte raison, s'il s'agissait d'un pays où l'on renie Dieu et où l'on adore les idoles. »

Si les premiers jurisconsultes n'ont pas prévu cette question, c'est que le voisinage de ces infidèles n'existait pas de la même manière qu'aujourd'hui, dans les premiers temps de l'Islâm. Ces provinces voisines appartenant aux chrétiens n'ont commencé à paraître qu'à partir du cinquième siècle de l'hégire, lorsque les chrétiens

maudits — qu'Allah les anéantisse ! — se sont emparés de la Sicile et d'autres villes de l'Andalousie. C'est à partir de ce moment que les jurisconsultes commencèrent à s'occuper de la question. Jusque-là, on n'avait prévu que le cas de celui qui embrasse l'Islâm, étant dans un pays d'infidélité, et on lui a fait un devoir de le quitter. Une controverse subsistait cependant sur le point suivant : le converti à l'Islâm qui reste dans le pays ennemi, est-il assimilé à un musulman ou à un ennemi, quand il est tué ou que ses biens et ses femmes sont emportés comme butin par les musulmans ? Cette question dépend du point de savoir si c'est la *qualité* de musulman ou le *séjour* en pays d'Islâm qui constitue la sauvegarde de la personne et des biens. Selon Mâlik et Aboû Hanîfa, l'immunité n'existe que dans le pays de l'Islâm ; tout ce qui est pris sur le territoire des infidèles est de bonne prise, car ces derniers *n'ont pas le droit de propriété* ; leurs femmes, leurs enfants et leurs biens sont licites pour tout musulman qui s'en empare.

Selon Ibn Al-'Arabî, l'immunité pour la personne du musulman est dans sa *qualité de musulman* ; l'immunité pour ses biens, dans le *lieu de séjour*. Selon Schâfi'i, l'Islâm seul protège, à la fois, la personne et les biens.

Quant à ceux qui, ayant émigré du pays des infidèles, se sont réfugiés sur le territoire du Maroc et se plaignent de l'exiguïté de leurs ressources et de la difficulté de vivre dans ce pays, c'est uniquement une faiblesse de leur foi. Car ce pays est un des plus abondants de la terre d'Allah, et particulièrement la capitale Fâs, avec tous ses environs. En admettant même que ce pays soit tel que le décrivent ses détracteurs, cela prouve la bassesse de leur âme, qui leur fait accorder plus d'importance à une question infime de ce bas-monde qu'à une question religieuse intéressant la vie future.

Cela étant posé, il ne peut être permis à aucun de ceux

dont il est question, de retourner vers le pays des infidèles, et, s'il y est, il doit faire tout son possible et employer les ruses les plus fines pour le quitter. Car, rester dans un pays où l'on ne peut exercer publiquement les pratiques rituelles, c'est s'écarter de l'orthodoxie. Quant aux propos désobligeants qu'ils ont tenu à l'égard du pays de l'Islâm et au désir qu'ils ont manifesté de retourner parmi les infidèles, ils doivent subir, de ce chef, un châtement sévère, qui leur sera infligé par le détenteur de l'autorité. Ce sera des coups, de la prison, afin qu'ils ne transgressent pas les limites d'Allah. Aimer habiter avec les chrétiens, ne pas chercher à émigrer, être satisfait de leur payer la capitation, rejeter la puissance islamique, l'obéissance au souverain musulman, trouver bon que le roi chrétien triomphe des musulmans, sont autant de péchés considérables qui confinent à l'infidélité.

L'exclusion de ces hommes de tous emplois religieux, leur récusation comme témoins, ne font pas de doute pour quiconque possède la moindre notion des principes de l'interprétation juridique.

D'après Ibn 'Arafa, la condition de validité de la sentence du Qâdî est qu'il ait été régulièrement investi, parmi ceux dont l'investiture régulière est possible à tous égards. Par là, Ibn 'Arafa exclut les Qâdîs pris parmi *ahl ad-dadjn* (اهل الدجن) ou musulmans restés dans le pays avec l'autorisation du chrétien vainqueur et à charge de payer le tribut)¹, comme les qâdîs de Valence ou de Tortose.

Dans cet ordre d'idées, Aboû 'Abd Allah Al-Mâzarî fut consulté sur la question suivante : « Les jugements rendus par le qâdî de Sicile, sur déposition de témoins irréprochables, sont-ils exécutoires dans un autre pays d'Islâm,

1. Sur ce mot *اهل الدجن* syn. de *مدجن*. Voy. Dozy : *Supp. aux Dictionn. arabes*, t. I, p. 425.

en cas de nécessité? On ignore si le séjour de ce qâdî dans le voisinage des infidèles est forcé ou spontané. » Al-Mâzari répondit que deux choses peuvent rendre suspecte la décision de ce qâdî : 1° son séjour dans le voisinage des infidèles ; 2° son investiture, à lui donnée par un souverain chrétien. Quant à la première cause de récusation, il y a un principe qu'on doit suivre : c'est qu'en l'absence de preuves du contraire, on doit toujours présumer la bonne intention chez le qâdî et tenir pour certain que ce n'est pas de son plein gré qu'il séjourne dans le pays des infidèles. Quant au motif tiré de son investiture de la part des infidèles, cela ne vise en rien ses jugements ni leur force exécutoire, tout comme s'il eût été nommé par un sultan musulman. La raison en est la *nécessité* et non pas, comme l'a prétendu certain docteur malékite, parce que cette décision s'impose rationnellement.

Les opinions sont d'ailleurs partagées sur la validité de l'investiture donnée par un sultan injuste. Cette question a été débattue entre les jurisconsultes Abou 'Abd Allah ibn-Farroûkh, qui fait un devoir au qâdî, nommé dans ces conditions, de décliner le pouvoir, et Ibn Ghânim, qâdî d'Ifrîqyya, qui l'autorise à accepter les fonctions dont le sultan injuste l'a investi. Mâlik, consulté à ce sujet, donna raison à Ibn Farroûkh.

*
**

Il ressort de tout cela que les individus en question, ceux qui sont restés dans le pays des infidèles ou ceux qui, après l'avoir quitté, y sont retournés et sont morts persistant dans leur péché, seront, dans la vie future, frappés d'un terrible châtement, si ce n'est qu'ils n'y resteront pas éternellement, car même ceux qui ont commis les péchés capitaux bénéficieront de l'intercession de notre

seigneur Mouhammad. Seuls, ceux qui donnent des associés à Allah subiront un châtement éternel.

Quant aux mauvais propos qu'ils ont tenus, cela prouve que ce sont des insensés et cela constitue un péché de l'avis de tous.

Néanmoins, leur péché est moindre que celui commis par ceux qui, étant dans le pays des infidèles, ne cherchent pas à émigrer.

(*Aḥmad ibn Yaḥyâ ibn Mouḥammad ibn 'Alî Al-Wanscharîsî. T. II, pp. 90 à 106.*)

DÉPART POUR LA GUERRE SAINTE

Un musulman possède un lambeau du voile (*kooswa*) de la *Ka'ba* et désire en faire un drapeau : cela lui est-il permis ?

L'emploi d'un drapeau dans la guerre sainte (*djihâd*) est un noble but. En conséquence, il n'y a aucun mal à se servir, pour cet usage, d'un morceau du voile de la *Ka'ba*.

(T. II, p. 90.)

Un homme voyant ses concitoyens se préparer à faire la guerre aux infidèles et à les assiéger, veut prendre part à l'expédition, en amenant sa femme avec lui, pour la satisfaction de ses besoins et pour qu'elle porte un exemplaire du Qoran, dont il veut être toujours accompagné, afin d'y chercher la solution des questions qui peuvent lui paraître douteuses. Cela est-il permis ?

Si l'armée qu'il veut accompagner avec sa femme est telle qu'il est presque certain qu'elle sera victorieuse, le

mari peut emmener sa femme. C'est ainsi que, du temps du Prophète, les femmes des musulmans les accompagnaient dans leurs expéditions maritimes ou terrestres. Mais si c'est une armée peu nombreuse, où l'on n'est pas en sûreté contre le péril, le mari ne doit point se faire accompagner de sa femme, de crainte qu'elle ne tombe entre les mains de l'ennemi, et on n'ignore pas ce qui en résultera.

Quant au Qoran, on ne doit jamais le transporter avec soi, de peur qu'on ne le perde ; les infidèles l'humilieraient alors en le touchant de leurs mains. On a déjà défendu de le transporter avec soi, lorsqu'on se rend en voyage dans le pays des infidèles.

Beaucoup de nos docteurs décident que, si un musulman vend, par ignorance, un exemplaire du Qoran (*mouçhaf*) à un infidèle, la vente sera annulée, afin d'éviter que le livresacré ne soit touché par l'infidèle. Selon d'autres, la vente ne serait pas rescindée, mais l'acheteur (l'infidèle) serait contraint de revendre ce Qoran, par analogie avec le cas où l'infidèle achète un esclave musulman. Ne voyez-vous pas que lorsqu'un esclave appartenant à un juif ou à un chrétien embrasse l'Islâm, il sera forcément vendu, même contre le gré de son maître, qui ne doit plus conserver en sa possession un sectateur de l'Islam ? Ce raisonnement s'applique *a fortiori* à l'exemplaire du Qoran.

T. II, p. 87.

LES FEMMES ET LES ENFANTS

Peut-on tuer, en cas de guerre, les enfants des infidèles et leurs femmes faits prisonniers, quand les uns et les autres ont précédemment pris part au combat avec les adultes ?

Doit-on les assimiler aux adultes mâles? Quelle règle leur appliquer s'ils n'ont combattu qu'avec des pierres? Si ces femmes et ces enfants donnent l'attaque étant à pieds, doit-on se borner à les repousser, ou les tuer si cela est possible? Que décider à l'égard de leurs vieillards hors d'état de combattre et à l'égard de leurs moines, qui s'isolent dans l'église pour adorer leurs dieux?

La défense de tuer les enfants et les femmes est formulée par le Qoran d'une manière absolue, qui n'est point particulière à telle ou telle circonstance. Mais nos docteurs y ont fait des distinctions, par la finesse de leur esprit. Ainsi, d'après eux, ceux des enfants ou des femmes, qui nous attaquent ou nous repoussent avec des armes, des bâtons ou des pierres, qu'ils soient à pieds ou montés, seront combattus ou repoussés par nous. Si cela amène leur mort, nous n'avons rien à nous reprocher, car si nous n'agissions pas ainsi, ils nous tueraient, alors qu'il était en notre pouvoir de les en empêcher : or, c'est un péché d'être soi-même la cause de sa mort.

Quant à ceux d'entre eux (femmes ou enfants) qui sont faits prisonniers au moment du combat ou après, ils ne seront pas mis à mort, s'ils (les enfants) n'ont pas atteint la puberté, ou même s'il y a doute à ce sujet. L'opinion contraire, dans ce dernier cas, est professée par Ibn Al-Qâsim.

En ce qui concerne les femmes prenant part au combat, les armes à la main, elles peuvent être tuées. Une fois faites prisonnières, les opinions sont partagées. Les uns veulent que seule la nécessité du combat permet de les tuer ; une fois prisonnières, cette nécessité disparaît. Selon d'autres, seules seront mises à mort, après le combat, les femmes qui ont tué quelqu'un. C'est ainsi aussi que les femmes qui tuent quelqu'un à coups de pierres, lancées du haut de la muraille ou d'un autre point, pourront être tuées. Il n'en est pas de même de celles qui se bornent à

monter la garde autour de leurs maris ou à les aider en criant ou en appelant au secours.

En ce qui concerne les vieillards et les infirmes, qui ne peuvent ni attaquer, ni fuir, ni transporter des armes ou des pierres, ni servir à donner des conseils, Saḥnoûn permet de les tuer. Ibn Al-Mâdjischoûn le défend, ainsi qu'Ibn Wahb et Ibn Ḥabîb. La même décision est rapportée d'après Mâlik.

Enfin, le moine qui s'isole des combattants pour s'adonner à l'adoration, sans prendre part à un conseil quelconque, ne doit pas être tué. L'opinion contraire est professée par ceux qui entendent d'une manière absolue la prescription de tuer les infidèles.

Le moine qui prend la fuite avec l'armée des infidèles, et qui affirme n'avoir fui que par crainte des musulmans, sera épargné. Si l'on craint qu'en le relaxant il ne donne à l'ennemi des indications sur la situation des musulmans, on peut le garder en prison.

(*Aboû-l'-Abbâs Al-Marîd* (le malade). T. II, pp. 85 à 87.)

Des ennemis ayant commencé à s'emparer des biens des habitants d'un village, dont ils ont blessé quelques-uns, furent repoussés par des hommes accourus au secours des habitants.

Est-il permis de les poursuivre, jusqu'à leur enlever tout espoir de tenter un retour offensif ? Ou convient-il, au contraire, de ne pas les harceler dans leur fuite, alors qu'on sait qu'en les laissant partir sans les combattre, ils se diront qu'ils ont affaire à des hommes sans courage et ne manqueront pas de revenir sur-le-champ ou après avoir atteint leurs demeures ?

Celui qui tue un de ces fuyards, commet-il un acte de guerre légitime ou un meurtre injustifié ?

Il est permis de poursuivre les assaillants, quand on

n'est pas sûr qu'ils ne reviendront pas. Quant à ceux d'entre eux que des blessures empêchent de fuir, si on les appréhende, on ne doit pas les achever. Il en est de même de ceux qui ont été faits prisonniers ou qui ont pris la fuite.

(*'Abd Ar-Rahmân Al-Waghlîsî*. T. II, pp. 88 et 89.)

CAPTIFS

Un individu fait donation d'un esclave à lui appartenant en vue de racheter *deux* captifs musulmans. Le parent de l'un de ces captifs et le mandataire des parents de l'autre prennent l'esclave et s'en vont pour opérer le rachat. Arrivés à l'endroit voulu, ils ne trouvent qu'un *seul* captif, qu'ils rachètent moyennant la *totalité* de l'esclave. Le parent de l'autre captif (non délivré) réclame la moitié de la valeur de l'esclave donné à eux deux. Y a-t-il droit? et supportera-t-il dans la même proportion ce qu'a coûté l'entretien de l'esclave? Dans l'affirmative, l'*estimation* se fera-t-elle d'après la valeur de l'esclave au jour de la donation, ou au jour de son départ avec les racheteurs ou de sa livraison en rachat? Doit-on décider, au contraire, que l'esclave sera restitué en entier, ou au moins pour la moitié (de sa valeur) au donateur, à raison de l'inexistence de l'autre captif?

La moitié de la valeur estimative de l'esclave, au jour de sa livraison en rachat, est à la charge de celui qui a délivré son captif moyennant la totalité de cet esclave. Cette somme restera ainsi en séquestre tant qu'il y a espoir de retrouver l'autre captif et de le racheter moyennant cette somme. Elle reviendra au donateur, dès que tout espoir

aura cessé à cet égard, car son but était moins de faire une donation au captif que de le *délivrer* moyennant cet esclave. Il est bon, cependant, que le donateur emploie cet argent au rachat d'un autre captif. Mais si le donateur déclare avoir fait une *libéralité* au captif (non retrouvé), cette somme reviendra aux héritiers de ce dernier, qui devront au captif délivré leur part dans les dépenses faites pour l'esclave.

(*Ibn Roushd.* T. II, p. 170.)

Une musulmane, retenue captive chez l'ennemi, obtient son rachat moyennant une somme qu'elle paierait. Un muezzin fait pour elle une quête et en dépose le montant chez un homme de confiance, jusqu'à ce qu'elle ait trouvé le reste. Puis cette femme fut promenée en divers endroits d'où elle revint avec une somme suffisante pour payer toute la rançon. A-t-elle droit à la restitution qu'elle demande de la somme déposée chez l'Amin, maintenant qu'elle a de quoi payer toute sa rançon et étant donné, d'autre part, que l'acte constatant le dépôt provisoire ne fait pas mention du nom de la bénéficiaire ?

La somme en question sera payée à la femme parce qu'elle y avait déjà droit avant d'avoir trouvé le nécessaire (pour payer sa rançon). Elle en était *devenue* propriétaire, dès le moment où elle lui a été donnée en aumône. Ce qui est, au contraire, sujet à examen, ce sont les sommes qu'elle a touchées à partir du moment où sa rançon était *parfaite*. Ces sommes doivent revenir à ceux qui les ont payées, à moins qu'ils ne préfèrent les abandonner à la femme ou les affecter à un autre rachat de captif, s'ils leur ont donné cette destination dans le précédent acte.

Dans la *Moudawwana* il est dit que si un captif touche de plusieurs personnes de l'argent pour se racheter et que, après avoir payé sa rançon, il lui reste un solde libre,

il devra le restituer à ces personnes *au prorata* de leurs contributions, à condition, toutefois, qu'elles l'aient aidé uniquement en vue de son rachat. Elles peuvent aussi l'autoriser à disposer de ce solde. Cette décision est fondée sur ce que le captif n'est pas devenu propriétaire desdites sommes.

Si l'ex-captif ne trouve pas les personnes qui l'ont aidé ou ne les connaît pas, il devra, selon Aschhab, employer ce solde au rachat d'autres captifs ou esclaves, et, selon Saḥnoûn, le garder indéfiniment par devers lui, comme en cas d'épave (objet trouvé).

Le principe est donc que le captif garde les sommes, dans tous les cas, si elles lui ont été données à titre *d'aumône*, ou les restituer *en totalité* ou pour le *surplus*, s'il les a reçues uniquement *en vue de son rachat*, qu'il n'a pu obtenir ou s'il lui est resté un excédent libre.

(*Aboû Sa'îd Faradj Ibn Loubb. T. II, pp. 168 et 169.*)

Un musulman habitant Malaga possédait un esclave chrétien sur le point d'atteindre la puberté. (*مراهق pubertati proximus*). Un jour, un chrétien chargé du rachat des captifs (*fakkâk* : فكاك) vint du pays ennemi et racheta ledit esclave à son maître, moyennant une somme déterminée. Aussitôt après, l'esclave chrétien embrassa l'Islâm. Le racheteur demande qu'on le mette en possession de l'ex-esclave ou qu'on lui rende son argent. Or, on ne peut lui livrer son compatriote parce qu'il est devenu musulman et, d'autre part, le vendeur refuse de restituer le prix.

Les jurisconsultes de Malaga accompagnèrent la question de certaines observations et l'adressèrent aux jurisconsultes de Grenade, dont l'un répondit en ces termes :

La réponse comprendra deux sections. Dans la première nous examinerons la question au point de vue juridique, quant aux textes et à la solution rationnelle. Dans la

seconde, nous examinerons les observations envoyées de Malaga.

SECTION I.

Les captifs se divisent en quatre classes : 1° *les mâles majeurs et non faibles* (غيرضعفا) ; 2° *les mâles mineurs* ; 3° *les mâles faibles*, comme les vieillards et les malades ; 4° *les femmes*.

Les *mâles majeurs et non faibles* (captifs de la première classe) peuvent être délivrés : 1° par *l'Imâm* (souverain), d'après l'opinion de Mâlik et Schâfi'î. L'opinion contraire est représentée par Aboû Hanîfa. Les deux opinions trouvent des points d'appui dans le Qoran et dans la Sounna (tradition) ; 2° par le *propriétaire* non-Imâm, mais seulement au moyen *d'un échange contre un captif musulman*, jamais contre une somme d'argent. Cette opinion est représentée par 'Abd Al-Malik b. Habîb, Saḥnoûn, Mouṭarrif, Ibn Al-Mâdjischoûn et Ibn Al-Mawwâz. Seul, Aschhab permet au propriétaire, autre que le souverain, de consentir au rachat de son esclave infidèle pubère et non faible, moyennant une somme d'argent.

Quant aux *mineurs*, aux *faibles* et aux *femmes*, d'après le livre intitulé : *An-Nawâdir*, ils peuvent être abandonnés contre de l'argent, mais seulement tant que l'armée musulmane est en pays ennemi ou vient à peine de le quitter. Passé ce délai, et quelle que soit la durée du séjour de ces captifs sur le territoire musulman, ils ne peuvent plus être rachetés, mais seulement échangés contre des captifs musulmans. Cette opinion est représentée par Al-Awzâ'î, Mouṭarrif, Ibn Al-Mâdjischoûn et Aṣbagh. Dans un autre passage du même ouvrage, il est dit : il n'y a pas de mal à ce que les femmes et les filles mineures soient rachetées

moyennant une somme d'argent. Mais cette décision ne s'applique pas aux mâles mineurs. D'après 'Abd Al-Mâlik, les jurisconsultes précités n'autorisent le rachat des mineurs, moyennant *rançon*, que s'ils accompagnent leurs parents. Sinon, on ne doit pas les livrer, car il vaut mieux les laisser grandir dans la religion musulmane, fussent-ils sectateurs des Écritures. Cependant, en cas de nécessité, on peut les échanger contre des captifs musulmans. Mâlik aurait dit — au témoignage de Mouṭarrif et d'Ibn Al-Mâdjischoûn — que tout captif qui a fait la prière ou a accepté la religion musulmane ne pourra plus être racheté ni échangé contre un captif musulman, car il est devenu lui-même musulman.

Ces principes posés, revenons à la question posée. Si le magistrat chargé de trancher la question pendante à Malaga est un de ceux qui peuvent recourir à l'interprétation juridique, à l'*idjtihâd*, il trouvera dans ce que nous avons rapporté ci-dessus les éléments critiques nécessaires pour lui permettre d'adopter l'une ou l'autre des deux opinions en présence. Mais si c'est un magistrat de ceux qui suivent simplement l'opinion de Mâlik, il se ralliera à l'opinion qui défend le rachat des captifs chrétiens. Dans ces conditions, le rachat du captif de Malaga sera *annulé*, le *prix restitué* au racheteur (*fakkâk*) et l'esclave *restera en la possession* de son maître.

Si l'on nous demandait pourquoi nous préférons cette dernière opinion, nous répondrons que c'est pour quatre raisons.

1° Cette opinion est représentée par un grand nombre de docteurs, dont nous avons donné les noms ci-dessus ; tandis que l'opinion qui admet la validité du rachat ne s'appuie que sur l'autorité d'Aschhab. Or il vaut mieux suivre la majorité qu'une voix isolée.

2° Il est possible que la décision d'Aschhab ne vise que le cas où le rachat est consenti par l'Imâm (souverain) ;

ou le cas où il s'agit d'esclaves faibles ou malades. Cette opinion, qui n'a déjà qu'un seul représentant, devient ainsi plus faible encore.

3° On sait qu'il est défendu de *vendre* aux infidèles l'esclave majeur infidèle, quand ils doivent l'emmener hors du territoire musulman. La raison en est qu'il y a lieu de craindre qu'il ne mette ses coreligionnaires au courant des points faibles des Musulmans. Or cette raison existe également dans le cas de *rachat* du captif. Cette opération doit donc être défendue au même titre que la *vente*.

4° Cette quatrième raison est spéciale à l'espèce présente. En effet, si l'individu chargé du rachat des captifs (*fakkâk*) revenait dans le pays des chrétiens sans rapporter avec lui ni captif ni argent, cela serait considéré comme une violation du pacte sur la foi duquel il était venu vers le pays des Musulmans, et il y aurait lieu de craindre qu'il n'en résultât un préjudice pour les captifs musulmans qui se trouvent entre les mains des chrétiens. Ceux-ci pourraient notamment refuser de consentir à leur rachat.

Tout ce que je viens de dire vise l'hypothèse où le captif chrétien n'a embrassé l'Islâm qu'*après* la conclusion du contrat de rachat. Mais s'il était déjà musulman de cœur, avant cette conclusion, qu'il l'ait laissé ou non paraître, il y aurait alors de fortes raisons de prononcer l'annulation du rachat. Au demeurant, Allah le sait mieux que personne.

Si l'on objectait que le captif dont il s'agit ici est sur le point d'atteindre sa puberté (*mourâhiq* *مراهق*) et qu'il est soumis probablement à des règles spéciales, nous répondrons que les individus de cet âge ont toujours été assimilés aux pubères adultes. Ainsi, quand on craint que les captifs chrétiens deviennent des auxiliaires contre les Musulmans, on doit les mettre à mort, et l'on ne fait pas de différence entre les adultes et ceux qui sont près de leur

puberté. Le qâdî Aboû-l-Walid Al-Bâdjî est même partisan de la mise à mort du captif infidèle, dont la pilosité des parties est apparente, bien qu'il n'ait pas encore de pollutions nocturnes. On se fonde dans cette opinion sur l'exemple du Prophète, qui, après la défaite des Banoû Qouraïda, se fit présenter les prisonniers et ordonna la mise à mort de tous ceux qui avaient des poils; ceux qui n'en avaient pas furent relâchés.

SECTION II.

Parmi les observations faites par les jurisconsultes de Malaga, nous relevons, pour les réfuter, les suivantes :

1° Le rachat des prisonniers chrétiens est manifestement permis, dans tous les cas.

— En disant plutôt le contraire, on serait plus près de la vérité, car la plupart des jurisconsultes malékites défendent ce rachat.

2° D'après l'opinion la plus répandue, on a le choix de décider, comme on veut, du sort des captifs chrétiens.

— Chez les Malékites, ce choix n'appartient qu'à l'Imâm (souverain). En dehors du rite malékite, Aboû Hanîfa ne reconnaît même pas au souverain le droit de consentir au rachat des captifs chrétiens.

3° Le rachat des captifs chrétiens a été admis, dans l'*usage*, par des savants, des hommes de piété et des qâdîs.

— Cela ne constitue pas un argument valable en matière de religion. L'usage universel des habitants de Koufa ou de Médine, malgré le nombre des Aşhâb (compagnons du Prophète) qui y ont résidé, n'a pas été jugé comme un argument suffisant, sauf par Mâlik et son école. Comment penser attribuer cette force à l'usage de ceux

qui n'ont ni les mérites de ces hommes, ni celui d'habiter des villes comme Koufa et Médine, ni de vivre à une époque comme la leur ?

4° Si nous refusons de consentir au rachat des prisonniers chrétiens, cela peut être un motif pour qu'ils nous refusent également le rachat des prisonniers musulmans. — Cela n'est nullement une conséquence nécessaire, car les chrétiens ne demandent pas mieux que d'accorder le rachat des captifs musulmans qu'ils retiennent, vu leur avidité de l'argent.

5° Ces jurisconsultes de Malaga n'ont cité que l'opinion d'Aschhab, qui seul admet le rachat des captifs chrétiens. Ils ont omis de citer tous les auteurs qui le défendent et qui sont bien plus nombreux, dans le même ouvrage *An-Nawâdir*.

6° On cite l'opinion d'Al-Bâdjî, d'après lequel la majorité des jurisconsultes admet la possibilité de rendre la liberté au captif chrétien ou de l'échanger contre un captif musulman.

Dans ce passage, Al-Bâdjî ne parle que de l'Imâm (souverain) et lui reconnaît le droit de choisir entre les cinq solutions suivantes : 1° mettre à mort le captif chrétien ; 2° l'échanger contre un captif musulman ; 3° lui rendre la liberté ; 4° le réduire en esclavage ; 5° lui accorder la protection due à un tributaire (ذمي *dhimmî*) moyennant paiement de la *djizya* (capitation). Cela ne s'applique donc qu'au souverain (Imâm) et non aux particuliers.

7° On a également cité l'opinion d'Ibn Aboû Zamnîn, exposée dans le *Mouqarrîb*, d'après laquelle on aurait le droit de *vendre* les captifs aux chrétiens. — La vérité est qu'Aboû Zamnîn ne parle, dans l'intitulé de son chapitre, que de *la vente des captifs non-musulmans aux sujets tributaires* (juifs et chrétiens). Il n'y est pas question de la vente consentie au chrétien ennemi (non-tributaire). C'est aussi l'opinion de Mâlik, rapportée par Ibn Yoûnis.

8° On a prétendu que l'opinion la plus répandue dans le rite malékite est que les captifs mineurs et impubères peuvent être valablement rachetés, et qu'ils conservent la religion de leurs pères, que ces derniers soient ou non avec eux.

Cette question est très controversée, si bien qu'Abou'l-Walîd Ibn Roushd cite, à ce sujet, dans le *Bayân* et le *Taḥṣîl*, six opinions différentes.

9° Pour valider le rachat du jeune captif chrétien, on a soutenu que la défense s'applique tant que le rachat n'est pas conclu, et cela par égard pour l'Islâm. Mais si l'opération était déjà consommée, elle demeure valable. (C'est dire que l'empêchement est simplement *prohibitif*, mais non *dirimant*.)

On sait que le nombre des questions où l'empêchement est simplement initial (prohibitif) est restreint par rapport à celles où la défense s'applique *avant* et *après* la conclusion de l'acte, ce qui est le cas ordinaire. Il convient donc mieux de suivre, par analogie, ce qui constitue la majorité des cas.

10° Dans ces observations, on s'est également occupé d'examiner la conversion du captif racheté à l'Islâm, la question de savoir s'il fallait le livrer au racheteur, celle de la restitution du prix, toutes choses qu'on ne doit examiner que si l'on admet préalablement la validité du rachat, car, si nous nous plaçons dans l'hypothèse où ce rachat est défendu, nous n'avons plus besoin de nous occuper de toutes ces questions.

Nous prions les jurisconsultes éminents qui donnent des *fétwas* ou rendent la justice, d'examiner avec équité, et en prenant comme but la recherche de la vérité, l'exposé ci-dessus, de dire ce qu'Allah leur montrera en fait de conformité de vue ou de divergence à cet égard. Salut.

(T. II, pp. 124 à 131.)

(Ici, se place une longue critique de la *fétwa* ci-dessus. C'est une réfutation acerbe et sur tous les points de tout ce qui a été avancé par le jurisconsulte anonyme de Grenade, dont l'existence même est mise en doute. L'auteur également anonyme de cette réponse est, dit-il, jurisconsulte à Malaga. Sa prose est correcte et bien tournée, et l'on y rencontre de jolis vers cités à propos. Il ne serait peut-être pas trop téméraire de supposer que cet auteur n'est que Al-Wanscharîsî lui-même. La réponse va de la page 131 à la page 165 du Tome II).

Que décider, si des captifs musulmans s'évadent d'un navire de guerre chrétien amarré dans un port musulman ?

Au point de vue juridique, la décision la plus rationnelle est qu'aucune rançon n'est due pour ces captifs évadés et qu'on ne doit pas non plus les livrer à l'ennemi. En effet, l'usage, aujourd'hui, fait considérer les navires comme une partie du territoire de ces chrétiens, comme un de leurs asiles¹. Les captifs ne leur seront point livrés, car ils ne leur laissent pas pleine liberté sur leurs navires et ne les considèrent pas comme leurs autres biens, pour lesquels ils jouissent de l'*amân* (sauvegarde). La plupart des partisans de Mâlik, sauf Ibn Al-Qâsim, sont d'avis que, si un navire chrétien, ayant à bord des Musulmans captifs, vient amarrer dans un port musulman, on ne doit pas le laisser repartir avec ces prisonniers ; il sera contraint de les délaisser moyennant leur valeur estimative. A plus forte raison, ce navire ne doit-il pas emporter des Musulmans qui ont pris la fuite eux-mêmes. }

(*Ibn Sirâdj*. T. II, p. 90.)

1. C'est un principe des mieux établis du droit international moderne.

BUTIN

Les habitants d'une ville en guerre avec l'ennemi conviennent, sur l'avis unanime des hommes et des vieillards, d'envoyer des éclaireurs dans les directions d'où peut venir l'ennemi. Ils envoient environ cinquante cavaliers, divisés en quatre groupes, chacun d'eux ayant la surveillance de tout le secteur (ou défilé) qui lui est confié. Il est convenu, d'autre part, que ces éclaireurs auront une chose déterminée à mesurer avec un étalon également déterminé, exigible à telle époque et payable par chaque homme marié de la ville. La surveillance doit durer jusqu'à telle époque. Comment se fera la répartition de cette dépense ? Si ceux des éclaireurs préposés à la surveillance de tel secteur enlèvent ou mettent en fuite une reconnaissance ennemie se dirigeant vers le pays de l'Islâm, les surveillants des autres secteurs ont-ils droit avec eux à une part du butin fait sur l'ennemi ? Quel est l'effet de la convention par eux faite avant de se mettre en campagne et en vertu de laquelle ils ont déclaré mettre en commun tout butin pris à l'ennemi ? Doivent-ils, en ce cas, prélever le cinquième (*Khoums*¹) ?

Chacun de ceux qui ont profité de cette surveillance sera tenu en proportion de ce profit, sans se préoccuper de savoir s'il est ou non marié.

Ceux qui ont la surveillance d'un défilé auront un droit exclusif au butin fait par eux, après prélèvement du cinquième (*Khoums*). Enfin ils ne peuvent être considérés comme associés, quant aux choses acquises de cette manière.

(T. II, pp. 89 et 90.)

1. C'est la quotité légale que le Prophète prélevait, au nom d'Allah, sur le butin fait par les Musulmans.

Pendant la guerre, le Souverain dit à quelqu'un : « Si tu tues *un* ennemi, tu auras sa dépouille. » Or, dans l'ouvrage intitulé *Kitâb al-Djihâd* (Livre de la guerre sainte)¹, il est dit que si cet individu tue deux ennemis, l'un après l'autre, il n'aura que la dépouille du premier. Au contraire si le Souverain disait : « Quiconque d'entre vous tuera un ennemi aura sa dépouille », chacun aura droit aux dépouilles de tous ceux qu'il tuera. Pourquoi cette différence ? surtout si l'on tient compte de l'opinion d'après laquelle *l'emploi du substantif indéterminé dans la condition a un sens général*².

Cela ne tient pas à l'emploi de mots indéterminés dans *l'énoncé de la condition*, mais bien à ce principe que, lorsqu'un mot à sens partitif répond à un autre à sens général, il devient lui-même général, vu qu'il répond à chaque unité du général. Ainsi, dans la phrase : « Quiconque d'entre vous tuera un ennemi, etc. », le mot *quiconque* est général et s'applique à *tous ceux qui tuent*, et le mot *un ennemi* a aussi un sens général qui s'applique à *tous ceux qui sont tués*.

Au contraire, dans la phrase : « *Si tu tues un ennemi*, tu auras sa dépouille », le mot *ennemi* répond à un mot (*tu*) qui n'a aucun sens général, mais qui est, au contraire, individualisé : il garde donc son sens original. Aussi, dans ce dernier cas, seule la dépouille du premier *tué* doit revenir à *celui qui tue* ; tandis que dans le cas précédent, *toute* dépouille appartient à quiconque tue.

On comprendra plus clairement tout cela par cet exemple tiré de la matière des serments. Celui qui dit à sa femme : « Je jure de te répudier *si* tu entres dans telle maison, ou si tu manges tel pain », ne se parjure pas

1. Il s'agit ici très probablement d'une division, d'un livre de la *Mou-dawwana*.

2. La condition, dans l'espèce présente, est : « Si tu tues un ennemi... » ; le substantif indéterminé *عدوا*, *un ennemi*.

autant de fois que sa femme entre dans cette maison ou mange de ce pain. Son serment n'est violé qu'une fois, à moins qu'il n'ait dit : « Toutes les fois que », ou « chaque fois que ». Il en est de même de la phrase : « Si tu tues un ennemi, etc. »

(T. II, pp. 75-76.)

Les *Roumis* ayant vaincu les habitants de (غليرة)¹ Gale-
ra, est-il permis aux Musulmans de leur acheter le butin
qu'ils ont fait ?

Si vous entendez que les biens des habitants de Galera doivent être inviolables, en vertu du principe que le Musulman ne doit pas acheter aux chrétiens les biens qu'ils ont enlevés à un autre Musulman, cela ne fait pas de doute. De même, on ne doit pas comprendre dans le partage du butin, les biens que l'on sait avoir appartenu à des Musulmans, car il y a doute sur le point de savoir si lesdits Musulmans s'en sont dessaisis de leur plein gré. Il y a cependant des textes qui permettent l'achat ou le partage de tels biens.

Mais je crois que vous entendez l'inviolabilité de ces biens comme reposant sur ce que l'Émir des Musulmans a conclu une trêve avec les *Roumis*, et vous voulez appliquer l'effet de cette convention aux habitants de Galera, vu qu'ils se trouvent sous la puissance des infidèles. La question est sujette à examen, car, avant la conclusion de la trêve, le *sang*, les *cous* et les *biens* des *Roumis* nous étaient permis, tandis que le *sang* des habitants de Galera nous était défendu (parce qu'ils sont Musulmans). Il y avait doute quant à leurs biens, car, d'un côté, ils appartiennent à des Musulmans, de l'autre, ils sont situés dans

1. Il existe deux villes de ce nom, ou plutôt deux bourgades, l'une située dans la province de Grenade (Andalousie), à 4 kilomètres S. de Huescar ; c'est d'elle qu'il s'agit probablement dans le texte. L'autre se trouve dans la province de Tarragone, à 16 kilomètres S.-O. de Tortose.

un pays ennemi. Ni Mâlik, ni aucun de ses adeptes, n'a traité cette question. Seul, Ibn Al-Ĥâdj en fait mention et lui applique la même solution qu'à la question suivante : L'infidèle qui embrasse l'Islâm et quitte le pays ennemi, sera inviolable quant à son *sang*¹ et à son *cou*¹, mais non quant à ses biens situés en pays ennemi.

Cette assimilation d'Ibn Al-Ĥâdj est sujette à critique, car on ne doit pas mettre sur la même ligne le Musulman de naissance et le Musulman par conversion. Le premier est entièrement inviolable, quant à sa vie et à ses biens. Cette inviolabilité le suit même dans le pays ennemi, et ne cesse que s'il y a un motif pour cela. Son *droit de propriété subsiste* sur les biens laissés par lui en pays ennemi. Aschhab n'a-t-il pas décidé que l'acquéreur de biens en pays ennemi, qui ne peut les transporter avec lui, en demeure néanmoins propriétaire et peut les revendiquer, si un autre vient à les sortir du pays ennemi ? De même, celui qui perd une vache conserve sur elle son droit de propriété. De même, le gibier abattu par un chasseur et ramassé par un autre appartient au premier, qui peut le revendiquer même après vingt ans. Cette opinion, qui est celle d'Ibn 'Abd Al-Ĥakam, repose sur l'origine du droit de propriété.

Ainsi donc, tant qu'il n'y a aucun motif de décider en sens contraire, les biens des habitants de Galera, inviolables à l'origine, demeurent tels, sans qu'il soit besoin de faire intervenir la trêve conclue avec les Roumis dont ils dépendent.

Reste à examiner la situation des habitants de Galera.

Ces musulmans étaient sous la domination des *Roumis*, qui ont violé la foi jurée avant les délais fixés pour l'expiration du traité. Le butin qu'ils font sur les Musulmans, dans ce cas, est assimilable à celui qu'ils auraient fait

1. C'est-à-dire ne pourra être mis à mort ni réduit en esclavage.

après l'expiration normale de traités. Rien ne s'oppose à ce qu'on le leur achète. Mâlik avait donné une solution identique dans la question suivante : Des ennemis viennent camper sur le territoire musulman, après avoir obtenu l'*amân* (sauvegarde) ; ils y volent des esclaves et retournent chez eux. Ils reviennent une seconde fois sur le territoire musulman, avec un autre *amân*, et y vendent les esclaves volés précédemment. Mâlik a décidé que cette vente était valable et qu'ils avaient droit au prix. A plus forte raison doit-on appliquer cette solution aux biens enlevés par les Roumis dans leur guerre contre les Musulmans de Galera.

(*Aboû 'Abd Allah As-Saraqoustî*. T. II, pp. 110 à 112).

CONVENTIONS AVEC L'ENNEMI

Le Khalife conclut avec les chrétiens¹ un traité de paix qui leur donne le droit d'occuper, jusqu'à une époque déterminée, la *côte* (ساحل *Sâhel*) du pays. Les Musulmans, au contraire, trouvent que faire la guerre sainte à ces chrétiens constitue une œuvre pie des plus méritoires. Aussi se mirent-ils à faire des incursions sur le territoire des chrétiens, à les tuer et à les mettre à l'étroit. Cette façon d'agir est-elle un acte d'obéissance ou de désobéissance ? Il est d'ailleurs entendu que le Khalife n'approuve pas du tout la conduite de ses sujets et leur inflige même, pour cela, des condamnations.

1. Il s'agit d'un traité de paix conclu par le Sultan du Maroc avec les chrétiens. Mais aucune date n'est donnée, aucun nom n'est cité, de sorte qu'il est difficile de préciser les événements auxquels il est fait allusion.

Louange à Allah, qui a fortifié la religion de Mouhammad par la guerre sainte, et qui a promis à ceux qui s'y appliquent ou à quelque chose s'y rapportant, qu'ils arriveront au but désiré le plus magnifique; qui a promis au martyr une vie entourée de belles faveurs¹ au milieu même de l'isthme et des digues de la mort *في برزخ الموت والاسداد*². Il n'est pas de mort qui ne désire revenir sur cette terre, si ce n'est le martyr (tombé sur le champ de bataille en combattant les infidèles), à cause de la supériorité qu'il voit accordée au *martyre* par le Possesseur généreux du Trône céleste. Il recherche alors cette mort pour avoir une plus grande part (de faveurs). A lui mort sont les marques de considération que nul œil n'a vues, nulle oreille n'a entendues, nul esprit humain n'a imaginées. Et quelle belle chose aux mérites innombrables que le martyr ! puisque, comme œuvre surrogatoire, il dépasse, d'après les grands jurisconsultes, le mérite des autres actes de bien accomplis en surrogation.

Qu'Allah répande ses bénédictions sur notre Seigneur Mouhammad, qui a été envoyé à toutes les créatures, qui a été qualifié du plus beau caractère, qui, par sa langue, son épée et son argument, a triomphé des partisans du mensonge et de la rébellion (contre la vérité).

Que les bénédictions d'Allah soient également répandues sur la famille et les compagnons de Mouhammad, qui l'ont aidé à faire triompher la vérité et l'ont assisté. Par la bénédiction de Mouhammad, ils ont attiré les faveurs sur son peuple, leur ont prodigué les conseils sincères et écarté d'eux la corruption.

1. Littéralement : d'une *belle nourriture* (رزق حسن) par allusion à certains passages du Qoran, d'après lesquels le Tout-Puissant se charge de la nourriture des martyrs.

2. Le mot *اسداد* est rejeté à la fin pour l'assonance, le passage étant en prose rimée. Sur *برزخ*, Voy. Qoran, xxiii, 102 et lv, 20.

Qu'Allah répande sur lui et sur eux une bénédiction et un salut, grâce auxquels nous obtiendrons, en fait de bénédictions et de biens, ce qui sort de l'ordinaire !

Sache, honorable frère, que ta question est subordonnée au point de savoir s'il y a lieu de se réjouir ou de se repentir des clauses de ce traité, ce que nous exposerons dans des prolégomènes. Or, la paix conclue par l'Imâm des Musulmans avec les ennemis de la Religion peut être de deux sortes : 1^o elle est conclue dans un pays (d'Islâm) où le *djihâd* (guerre sainte) est une prescription collective (فرض كفاية *fardl Kifâya*) ; 2^o elle intervient dans un pays où le *djihâd* est une prescription stricte (فرض عين)¹.

Dans le premier cas, là où les Musulmans sont plus forts que les ennemis infidèles, il est permis, dans la doctrine malékite, à l'Imâm (souverain) des Musulmans de conclure telle paix qu'il jugera profitable pour eux. Ibn 'Abd Al-Barr² rapporte, d'après Saḥnoûn, que cette paix ne doit pas être conclue pour une longue période ; et Ibn Schâs dit qu'Abou 'Imrân préfère le maximum de *quatre mois*, à moins de motif nécessitant d'aller plus loin.

Dans le second cas, toutes les fois que le *djihâd* est d'obligation stricte, il n'est plus permis de conclure de traité de paix. Et si l'ennemi les attaque ou est tout près d'eux, les Musulmans ont le devoir strict individuel de le repousser sur-le-champ.

1. Parmi les devoirs que la religion impose aux Musulmans, il en est qui pèsent sur toute la communauté et sur chacun de ses membres en particulier. Ainsi, la prière, le jeûne sont dus par tout Musulman. C'est ce qu'on appelle فرض عين *fardl 'ayn*. D'autres devoirs sont *collectifs*; il suffit qu'ils soient observés par tel ou tel membre de la communauté pour que les autres en soient affranchis : c'est le فرض كفاية.

2. Abou 'Oumar Yousof ibn 'Abd Al-Barr, né à Cordoue en 978, célèbre juriconsulte, Qâdi de Lisbonne et de Santarem, auteur de *Kitâb ad-Dourar* (les Perles), de *Kitâb al-isti'âb* ou biographie des compagnons du Prophète, etc. Mort à Jativa ou Xativa le 3 février 1071.

Al-Lakhmi rapporte, d'après Ad-Dâwudî, que l'obligation de faire la guerre sainte pèse sur ceux qui sont à proximité de l'ennemi, mais non sur ceux qui en sont éloignés. Cette obligation pèse, au contraire, sur tout le monde, d'après Saḥnoûn, si l'ennemi est tel qu'il faut le concours de tous. De même si les infidèles emmènent en captivité les femmes et les enfants ou pillent les biens, l'obligation de les délivrer pèse aussi sur quiconque est en mesure de le faire, à moins qu'on ne craigne pour soi-même ou les siens, parce qu'on voit de loin une escadre ou qu'on apprend sa prochaine arrivée.

Dans tous ces cas, la *paix est interdite*, parce qu'elle aurait pour effet d'empêcher l'observation d'un devoir religieux strict, par lequel on cherche à arriver à la délivrance.

Dans l'ouvrage intitulé *Al 'Outbyya*, Mâlik aurait dit : De même qu'on a le devoir de combattre jusqu'à délivrer les Musulmans faits prisonniers, de même doit-on employer ses biens à les racheter.

Ibn Roushd dit que les auteurs sont unanimes pour déclarer que la guerre sainte, quand elle constitue une obligation stricte, est un acte plus méritoire que le pèlerinage.

Ces principes posés, il en résulte que, dans l'espèce présente, le *djihâd* est d'obligation stricte, ce qui rend impossible tout traité *de paix*, surtout s'il est conclu pour une longue période. Car, dans un pareil traité, tout l'avantage tourne au profit de l'ennemi, — qu'Allah l'anéantisse! — et tous les inconvénients retombent sur les Musulmans. On peut croire qu'il peut en résulter quelque avantage (pour les Musulmans), mais c'est surtout au profit de l'ennemi que cela se produit. En effet, pendant la durée de la paix, il fortifiera ses positions, multipliera son armement et ses provisions de guerre, si bien qu'il deviendra difficile aux Musulmans de s'en délivrer, et le but qui était facile à

atteindre cessera de l'être. Aussi, le traité de paix conclu par notre Maître (le Sultan), par cela même qu'il porte préjudice aux Musulmans, doit-il être rompu; car, au point de vue légal, il n'est pas valable et ne peut avoir aucune force obligatoire aux yeux de quiconque vérifie avec science les préceptes de la loi religieuse.

Que si l'on objectait — suivant en cela l'exception formulée par le Qâdî 'Abd Al-Wahhâb (1330-1366) — que les Musulmans ne concluent généralement la paix que pour une excuse légitime, et qu'il s'agit ici d'une décision émanant du pouvoir discrétionnaire de l'Imâm (souverain) et ne pouvant en aucune façon être infirmée, nous répondons que la paix dont il est ici question est intervenue à la suite de l'immense calamité que fut la surprise du Maghreb par l'ennemi, qu'Allah l'anéantisse ! Cependant les Musulmans étaient forts en nombre; ce n'est donc pas parce qu'ils étaient faibles sous ce rapport, qu'ils n'ont rien fait (contre l'ennemi). D'ailleurs, tant s'en faut que leur petit nombre constitue pour eux une faiblesse. La raison de cette inertie peut donc être : ou bien la crainte que les infidèles n'aillent exterminer les autres Musulmans, — raison vaine, car elle est, au contraire, un devoir strict (de faire la guerre sainte); ou bien un manque de courage de la part des combattants, ce qui n'est pas, non plus, une excuse. En effet, le combat s'impose, quand les Musulmans sont en nombre et qu'ils sont en mesure de recevoir du renfort, et lors même que l'ennemi montrerait de l'endurance et serait en grand nombre.

Cette paix ne rentre donc pas dans l'exception admise par le Qâdî 'Abd Al-Wahhâb. Quant à la décision rendue en vertu du pouvoir discrétionnaire (du Souverain), elle peut être infirmée, s'il appert qu'elle est entachée d'erreur comme cela est rapporté d'après Saḥnoûn. La conclusion de la paix en question pour une longue période est une erreur qui la rend susceptible d'annulation. De plus,

elle implique la cessation de la guerre sainte dans un cas où elle est prescrite strictement, ce qui est prohibé et rend telle ladite paix. Or, ce qui est prohibé n'a pas de force obligatoire. La guerre sainte n'a donc pas cessé d'être un devoir strict, dans le pays en question et depuis le désastre jusqu'à ce jour.

D'après Ibn Al-Qâsim, si des Musulmans jugent à propos de profiter d'une occasion favorable de fondre sur un ennemi qui est à proximité, et craignent, en mettant l'Imâm (souverain) au courant, qu'il ne leur refuse son autorisation, ils pourront attaquer tous seuls, « mais j'aimerais mieux, ajoute Ibn Al-Qâsim, qu'ils demandassent à l'Imâm son autorisation.

Selon Ibn Ḥabîb¹, les docteurs ont dit que si l'Imâm interdit la guerre, parce qu'il y voit un avantage, il est défendu de lui désobéir, à moins que l'ennemi ne tombe à l'improviste sur les Musulmans.

Enfin Ibn Roushd dit : L'obéissance à l'Imâm, même injuste, est obligatoire, tant qu'il n'ordonne pas de faire une chose défendue. Or, parmi ces choses défendues, se place la prohibition du *djihâd* (guerre sainte) quand il est prescrit, ainsi que cela a été expliqué plus haut. Au demeurant, Allah est plus savant que personne.

(*Un Jurisconsulte de Tlemcem*. T. II, pp. 165 à 167.)

Les habitants d'une citadelle qui, craignant d'être vaincus par l'ennemi, traitent avec lui et lui donnent leurs enfants en otage, pour une rançon de deux cents dinârs, supporteront cette somme chacun au prorata de l'utilité qu'il a retiré de cette convention.

(*Abou Ṣâlih*. T. II, p. 89.)

1. Badr ad-Dîn Abou Mouḥammad Al-Ḥasan ibn Ḥabîb, célèbre jurisconsulte schâfé'ite, né à Damas en 1310 ; mort à Alep en août 1377. Auteur d'une histoire des sultans Mamelouks de l'Égypte.

Un Musulman ayant été fait prisonnier sur le territoire des ennemis, obtient sa liberté moyennant une rançon de cent dinârs. Il donne son fils en otage et retourne dans le pays de l'Islâm pour liquider ses biens et traiter pour le rachat de son fils. Que décider s'il meurt sur ces entrefaites ?

Les cent dinârs seront prélevés sur le capital laissé par le père défunt, quel que soit l'âge de l'enfant. C'est une dette qui grevait le défunt au profit de l'enfant mis en otage.

(*Aboû Şâlih*. T. II, p. 89.)

Des Arabes pillards, au nombre de deux cents fantassins et de cinq cents cavaliers, fondent sur un village et donnent l'attaque à ceux qui y sont restés, car la majorité des habitants a pris la fuite emportant les biens et les bagages les moins lourds. Le combat dura une journée. Vers le soir, le chef de ce village chercha à se rendre compte du nombre des combattants restés dans le village et n'en trouva que bien peu. La nouvelle s'étant répandue que les Arabes se disposaient à attaquer de nouveau le lendemain matin avec des forces doubles de celles de la veille, l'épouvante se saisit des habitants et, le soir même, trente hommes environ prirent la fuite en quittant le village. Le chef en question, craignant la destruction du village, fit la paix avec un des chefs arabes moyennant cent dinârs en or, qu'il lui paya. A-t-il le droit de réclamer à ceux, présents ou absents, dont les biens ont été ainsi épargnés grâce à ses soins, leur part contributive ? Il est d'ailleurs constant que le chef, en traitant, avait bien précisé qu'il payait cette contribution pour sauver les silos remplis de grains et les biens des habitants, présents ou absents.

Le droit de réclamer la part de chacun dans cette contribution appartient au chef, par analogie avec le cas où l'un des hommes de la caravane traite au nom de tous les autres

pour les sauver des brigands, et autres cas semblables. Cette décision est aussi celle que donne la *Moudawwana*; Cependant, on admet que celui qui prouve qu'il eût pu se tirer sain et sauf en ne payant rien, ou en payant moins que la part qu'on met à sa charge, aura droit à une exemption totale ou partielle.

(*Qâsim Al-'Ouqbânî*. T. II, p. 88.)

Si un ennemi infidèle vient occuper le territoire des Musulmans, en disant : « Si vous ne nous donnez pas les biens *d'un tel*, nous vous exterminons », Ibn Ḥazm¹ affirme qu'il n'est pas permis aux Musulmans de satisfaire à la demande des infidèles, dût-on craindre l'extermination des Musulmans. Cette opinion est éloignée des vrais principes, et la solution normale est que les Musulmans doivent donner ce que réclament les infidèles, sauf à indemniser celui qui a été dépossédé, en lui payant la valeur estimative (*قيمة qîma*) de ses biens, ou en lui donnant des choses pareilles, en tenant compte de sa part contributive.

Ibn Ishâq a rapporté que le Prophète, sans Al-Miqdâd qui l'en dissuada, avait pensé, une fois, faire la paix avec 'Uyayna b. Ḥiṣn, moyennant le tiers des palmiers de Médine, et il est peu probable que tous les Médinois fussent de ceux qui faisaient cas de ses ordres, et qu'il ne se soit trouvé, parmi eux, aucun orphelin : ceci pour répondre à ceux qui objecteraient que le Prophète n'a pris cette décision qu'avec l'agrément de tous les propriétaires des palmeraies.

Les deux opinions exposées ci-dessus représentent les

1. Abou Mouhammad 'Ali ibn Ḥazm, illustre jurisconsulte dâhirite, né à Cordoue en 994, mort à Niehla en 1064. Auteur de *Kitâb al-Milal wan-Niḥal* (Histoire des sectes philosophiques et religieuses), et d'autres ouvrages, qui sont encore conservés en manuscrits dans les bibliothèques de l'Europe.

extrêmes : la vérité est entre les deux. Il dépend des circonstances de savoir si l'on doit accorder satisfaction à la demande formulée ou refuser et s'exposer aux conséquences de la menace. Ainsi, dans l'ouvrage du fils de Saḥnoûn, Mouḥammad a dit : la contrainte ne va pas jusqu'à permettre de *nier* Dieu ou *d'injurier* un Musulman, comme la *nécessité* rend licite la consommation d'un animal *mort* (sans avoir été égorgé). Cependant, ce principe a reçu une entorse par l'admission de l'acte illicite lorsqu'on est menacé de *mort*, *d'amputation* d'un membre, ou de coups pouvant entraîner la mort. Un auteur dissident dit que cela n'est permis que lorsqu'on est en *présence* de l'*auteur* de la contrainte. Mais si l'on est envoyé pour apporter, par exemple, l'argent demandé (qui appartient à un autre Musulman), cela n'est plus permis, lors même que l'on craindrait d'être appréhendé et soumis au traitement dont on a été menacé, à moins que l'on ne soit accompagné d'un envoyé de l'auteur de la contrainte. Dans ce cas, on craindrait d'être ramené par l'envoyé et l'on est considéré comme *présent* (auprès du contraignant).

D'après Mouḥammad, la présence de l'envoyé est indifférente ; si l'on espère pouvoir se sauver, on ne doit pas commettre l'acte répréhensible. Au contraire, on le peut, lorsqu'on n'est pas sûr d'échapper au traitement dont on a été menacé, qu'on soit ou non accompagné d'un envoyé.

Dans le livre qui traite de *la contrainte* ¹ (الأكراه), Mouḥammad, Saḥnoûn et d'autres disent : Le Musulman qui est contraint, sous menace de mort, amputation d'un membre, coups pouvant amener la perte d'un de ses membres seulement, prison ou chaînes, *de renier* Dieu ou *d'injurier* un Musulman, ne peut commettre l'un de ces actes que s'il craint d'être mis à *mort*, et seulement dans

1. Section du livre intitulé *An-Nawâdir*.

ce cas. Il garde naturellement la faculté de montrer du courage et d'attendre qu'on le mette à mort sans faire ce qu'on lui a demandé; dans ce cas, il sera récompensé (par Allah) et cela vaut mieux pour lui. De même, seule, la crainte *d'être tué* peut permettre de manger la viande d'un animal mort (sans avoir été égorgé), celle du *porc*, ou de boire du vin. C'est l'opinion de Saḥnoûn. Mais la contrainte ne va pas jusqu'à lui permettre de tuer un Musulman, de lui couper une main, ou de forniquer. Elle suffit, au contraire, pour lui permettre de couper sa propre main. De tout cela, il résulte que, si Saḥnoûn indique clairement qu'il vaut mieux se laisser tuer que d'injurier un Musulman, on doit décider de même, à *fortiori*, lorsqu'il s'agit, non plus d'injurier, mais de confisquer les biens d'un Musulman.

Si la crainte d'être mis à mort ne constitue pas une contrainte suffisante pour qu'on ait le droit de remettre aux infidèles les biens d'un Musulman, elle l'est encore moins pour qu'on puisse le remettre lui-même.

Dans certains cas, cependant, Saḥnoûn dit : « Si nous assiégeons les infidèles et s'ils nous somment de lever le siège, en nous menaçant de tuer leurs prisonniers musulmans, si nous ne le faisons pas, le siège peut être levé, mais à deux conditions; il faut : 1° que les prisonniers musulmans eux-mêmes le demandent, et 2° que l'on n'ait aucun espoir de pouvoir s'emparer de la place. Au contraire, le siège sera continué, au risque de voir massacrer les prisonniers musulmans, si l'on est sur le point de s'emparer de la ville. »

Quant aux sommes versées par les Musulmans aux infidèles afin d'obtenir d'eux une trêve (*mouhâdana* مهَادنة), les opinions sont partagées. Selon Al-Awzâ'î, cela n'est permis que si les Musulmans sont déjà occupés à combattre un autre ennemi ou sont en guerre civile. Cela a été fait

autrefois, à l'époque de Şifîn, par Mou'âwia (660-679), et une autre fois par 'Abd Al-Malik ibn Marwân (685-705), occupé à combattre 'Abd Allah ibn Az-Zoubair.

Schâfi'î n'autorise ce paiement que si les ennemis sont trop nombreux, car c'est alors un cas de force majeure ; sinon, l'Islâm est trop au-dessus d'une pareille convention, et quant aux Musulmans qui trouvent la mort dans les combats, ils mourront martyrs de la foi.

En tous cas, dans les cas où ces conventions sont permises, il ne peut s'agir que de l'argent de Bait al-Mâl, car seul le Souverain a le droit de conclure ces trêves. Quant aux biens d'un particulier, il n'en peut être dessaisi que de son gré. La décision d'Ibn Hâzî est donc exacte.

(T. II, pp. 79 à 85.)

Le pacte ou la paix conclue entre les infidèles et un souverain (*Imâm*) musulman est-elle obligatoire pour les autres Musulmans, qui n'ont point participé à ce pacte ou à cette paix, par application de ce *ḥadîth* que les plus rapprochés des Musulmans (du côté des infidèles) accordent la protection au nom des autres ?

Ce *ḥadîth* s'appliquerait si tous les Musulmans obéissaient au même souverain (*Imâm*) et étaient en possession d'une parfaite unité. Dans ce cas, la protection accordée aux infidèles par leurs voisins musulmans obligerait tous les autres Musulmans, qui devraient alors s'abstenir de les combattre ou de les tuer. Mais quand il y a plusieurs rois, plusieurs nations, divergence de vues, cela ne s'applique plus. Ainsi les Andalous ne seraient point liés par les conventions des Syriens ou des Égyptiens.

(T. II, pp. 87 à 88.)