

# LA THÉORIE DU DROIT MUSULMAN

(ouçoul el fiqh)

d'après IBN KHALDOUN (*Prolégomènes*, texte arabe,  
I, pp. 17 sq)

---

## NOTE

---

On ne manquera pas d'être surpris qu'il ait paru nécessaire de traduire à nouveau ce chapitre des *Prolégomènes* d'Ibn Khaldoun. L'ouvrage a été déjà traduit en entier par un de nos orientalistes les plus en renom, de Slane. On doit penser que cela suffit, à moins de prétendre qu'il a été mal traduit.

L'observation est juste ; et il serait imprudent de formuler une accusation aussi grave. Mais doit-on s'interdire absolument la recherche du mieux, et ne peut-on pas essayer de traduire plus exactement ? Il ne s'agit d'ailleurs que d'un passage très court des *Prolégomènes* ; passage particulièrement ardu, parce qu'il roule sur une matière compliquée et en général peu connue.

La théorie du droit musulman est née du dogme lui-même, sans rien emprunter, en dehors du dogme, à ce que nous appelons la morale naturelle. De ce fait, et comme la plupart des sciences dites arabes, ôloum ârabiya, elle est purement artificielle, cinâï, suivant la remarque d'Ibn Khaldoun. Les subtilités s'y multiplient comme à plaisir. C'est un terrain où les distinctions, les restrictions, le général, le particulier, l'absolu, l'explicite, l'ambigu, s'épanouissent dans une floraison redoutable, qui

déborde sur les champs voisins de la lexicologie, de la grammaire, de la rhétorique, de la logique, etc.

Dans un raccourci substantiel, et avec un sens critique d'autant plus remarquable qu'il est plus rare chez les écrivains musulmans, Ibn Khaldoun s'est attaché à montrer comment cette science s'est constituée, et comment elle s'est développée au point de devenir une des matières les plus importantes de l'enseignement dans le monde islamique. Il l'a fait dans un style et sous une forme dont les défauts ont été souvent signalés, et où sa pensée exacte ne se démêle pas toujours avec une clarté suffisante.

Il n'y a donc pas à s'étonner que son texte soit susceptible d'interprétations divergentes. Il en va de même, ou à peu près, de tous les textes qu'on essaie de transposer d'une langue dans une autre.

Si l'interprétation présentée ici révèle des défaillances, que l'on n'a pas cherchées par esprit de critique, dans une infime partie de l'œuvre de Slane, il est assez gros monsieur pour qu'on lui applique les vers d'Horace : « Je me révolte quand parfois le grand Homère sommeille ; mais dans un ouvrage de longue haleine, on est excusable de s'assoupir un moment. » Ce qu'Horace a dit des poètes peut se dire, encore plus justement, des traducteurs : « La corde ne rend pas toujours le son que la main et la pensée lui demandent ; souvent, pour un son grave, elle renvoie une note aiguë. La flèche n'atteint pas toujours le but que l'archer a visé (1). » Dans le cas cependant où on jugerait que de Slane n'a aucun besoin de ces circonstances atténuantes, je n'aurais plus qu'à en réclamer le bénéfice pour mon propre compte, sans parler d'Homère.

---

(1) Nam neque chorda sonum reddit quem vult manus et mens ;  
Poscentique gravem persœpe remittit acutum ;  
Nec semper feriet quodcumque minabitur arcus.  
.....  
Indignor quandoque bonus dormitat Homerus :  
Verum operi longo fas est obrepere somnum.

*De Slane a traduit le titre du chapitre, Ouçoul el fiqh, par Bases de la jurisprudence. On dit aussi quelquefois origines, sources, voire même racines du droit. Il semble qu'on peut, sans s'écarter du sens de l'expression arabe, appeler cette science la Théorie du droit. Les Ouçoul, ce sont les principes généraux, qaouaïd koulliya ; et, en ce qui concerne le dogme, les savants musulmans ont divisé ces principes en deux catégories : 1° ouçoul el fiqh, principes généraux du droit ; 2° ouçoul eddin, principes généraux de la croyance religieuse. Dans la première catégorie ils placent non seulement l'étude des sources du droit, mais aussi les méthodes de leur interprétation, abstraction faite de leur application pratique. C'est une science purement théorique et spéculative, tendant à déterminer les divers caractères des actes de l'homme, et ses obligations au regard du dogme. La seconde catégorie n'est autre chose que la théologie, kalam, c'est-à-dire l'étude de la connaissance de Dieu, de son existence, de ses attributs, des prophéties, de la vie éternelle, et des doctrines qui s'y rapportent.*

*A ces deux catégories, s'oppose le droit proprement dit, fiqh, c'est-à-dire l'ensemble des règles d'application pratique, fourouâ, que l'on tire des principes généraux pour tous les cas d'espèce que peut offrir la vie du croyant responsable, moukallaf.*

J. D. LUCIANI.

Ouvrages arabes indiqués dans les notes :

Bennani. — Gloses d'El Bennani, sur le *Djamâ El Djaouamiâ* de Djalal Eddin El Mahalli, avec notes marginales d'Abderrahman Charbini, 2 v. Le Caire, 1308-1309 (1891).

Mokhtaçar. — Commentaire d'Adhoud Eddin El Idji, gloses d'El Djordjani, de Sâd Eddin Taftazani, et de Hassen El Haraoui sur le *Mokhtaçar El Montaha*, d'Ibn El Hadjeb, 2 vol., Boulaq, 1316-1319 (1901).

Choukani. — *Irchad El Fohoul*, de Mohammed ben Ali ben Mohammed Choukani, Le Caire, 1327 (1909).

Tanqih El Foçoul, d'El Qarafi Chihab Eddin Ahmed ben Idris, texte et commentaire, Le Caire, 1306-1307 (1889).

Minhadj El Ouçoul, d'El Beïdhaoui, ms. 950 de la Bibliothèque Nationale d'Alger.

---

Le texte arabe des Prolégomènes suivi dans la traduction est celui qui a été publié, d'après les manuscrits de la Bibliothèque Nationale de Paris, par M. Quatremère.

---

## TRADUCTION

---

### LA THEORIE DU DROIT

La théorie du droit est, parmi les sciences dogmatiques, l'une des plus importantes, des plus nobles et des plus utiles. Elle a pour objet l'étude des règles du dogme, en tant qu'elles déterminent la qualité <sup>(1)</sup> des actions de l'homme et ses obligations.

Les sources des règles du dogme sont le Livre Sacré, c'est-à-dire le Qoran, et ensuite la doctrine du Prophète <sup>(2)</sup> qui explique le Qoran.

Du temps du Prophète, la qualité des actions humaines était déterminée par lui, au moyen des révélations qoraniques qu'il recevait, et qu'il expliquait directement par ses paroles et par ses actes, sans qu'on eût besoin de transmissions intermédiaires, ni d'études, ni de comparaisons.

---

(1) Qualification. *hokm*, au pl. *ahkam*. Le mot est pris ici dans le sens de nature juridique, de qualité au regard du dogme. De Slane l'a traduit par *maxime de droit, jugement ou décision*, en se référant au Dictionnaire des termes techniques de Sprenger. Cette erreur initiale a créé une confusion qui se prolonge dans tout le chapitre, et qui est d'autant plus fâcheuse qu'elle aggrave celle du texte, où l'auteur emploie lui-même certains mots, tels que *ahkam*, *ouçoul*, *adilla*, dans des sens assez différents. Les qualifications dont il est question dans ce passage sont, d'après les *Ouaraqat* d'Imam El Harameïn : obligatoire, *ouadjib* ; interdit, *mahdhour* ; blâmable, *makrouh* ; recommandé, *mandoub* ; licite, *moubah* ; valable, *çahih* ; nul, *fassid* ou *batil*. D'autres auteurs négligent le valable et le nul, mais ajoutent à l'énumération ce qu'ils appellent *ouadhya*, c'est-à-dire les qualifications institutives ou didactiques, la cause, *sabab*, la condition, *chart*, et l'empêchement, *maniâ*. (V. Choukani, p. 6 ; v. également sur le sens du mot *hokm*, Léon Gauthier, Homenaje à D. Francisco Codera, p. 435 sq. Saragosse, 1904 ; et Fagnan, Additions aux Dictionnaires arabes, Alger, 1923).

(2) En arabe *sonna*.

Mais après sa mort, l'enseignement oral devint impossible, et on dut fixer le texte du Qoran au moyen du témoignage historique (1). Quant à la doctrine du Prophète, ses compagnons admirent d'un commun accord l'obligation de se conformer à ce qui nous parvient de ses actes ou de ses paroles par une voie sûre, que l'on est porté à croire véridique. Sous ce rapport les indications du dogme se réduisent donc à celles du Qoran et de la doctrine du Prophète.

On assimila ensuite, à ces deux premières sources, l'accord de la nation, parce que les compagnons du Prophète avaient été unanimes à désapprouver les opinions dissidentes. Or une pareille unanimité n'avait pu se former qu'en s'appuyant sur une raison sérieuse. Des hommes de ce rang n'avaient pu tomber d'accord sans une preuve solide, outre que les dispositions du dogme attestaient déjà l'infailibilité de la communauté musulmane (2). L'accord de la nation devint ainsi une source incontestée en matière dogmatique.

Plus tard encore, l'attention se porta sur les méthodes de déduction appliquées par les compagnons du Prophète et les premiers musulmans au Livre Sacré et à la doctrine. On constata que, par une entente commune et des concessions mutuelles, ils établissaient des rapprochements et des comparaisons fondés sur la similitude et l'analogie (3).

---

(1) De Slane a traduit le mot arabe *taouatour* par tradition. Or ce mot indique non la tradition elle-même, mais un des caractères de la tradition, qui implique à la fois la pluralité et la concordance des témoignages.

(2) Un hadith du Prophète dit : Ma nation ne sera jamais unanime sur une erreur. »

(3) *يفايسون الاشياء بالاشياء وينظرون الامثال بالامثال باجماع منهم وتسليم بعضهم لبعض*

De Slane traduit : « Tout en établissant des rapprochements entre les cas analogues et en comparant chaque cas douteux avec d'autres

Beaucoup de faits se produisaient après la mort du Prophète, qui n'étaient point prévus dans les dispositions déjà consacrées (1). Ils comparaient ces faits à ceux déjà prévus, et les y assimilaient sous certaines conditions, qui autorisaient à les mettre sur le même rang par similitude et analogie, et donnaient la conviction que la règle instituée par Dieu était la même pour les uns et les autres. Cette pratique devint donc une règle dogmatique par leur accord unanime; c'est ce qu'on appelle l'analogie (*qias*) quatrième source du droit (2).

L'accord s'est ainsi établi entre la majorité des savants pour admettre que ce sont là les sources des règles du

---

qui lui ressemblaient, ils *sacrifiaient* leurs opinions personnelles à la nécessité d'être unanimes ». Non seulement la traduction est inexacte, mais elle contient, à l'adresse des Compagnons du Prophète, une imputation de parti pris, dont l'auteur, bon musulman malgré tout, n'a certainement pas eu l'idée. Le texte arabe est ici parfaitement clair. Il n'y est question ni de cas douteux, ni de sacrifices, ni de nécessité. D'autre part « comparer des cas douteux à d'autres qui leur ressemblent », cela revient à dire « à d'autres cas douteux »; et c'est le contraire qui est affirmé quelques lignes plus loin. Il est assez curieux que de Slane, qui a traduit en latin les poésies d'Amro El Qais, n'ait pas songé à la formule *similia similibus*, les semblables aux semblables, qui est exactement celle du texte arabe. Tout ce qu'on pourrait reprocher à Ibn Khaldoun ce sont ses redondances, *ينظرون يفايسون الامثال الاشياء*, similitude et analogie, rapprochement et comparaison. Mais on sait que c'est là une habitude chère aux auteurs arabes.

(1) De Slane a traduit *nouçouç*, pl. de *nacç*, par textes. Ce mot se dit, en théologie musulmane, d'une disposition explicite, qui ne peut être entendue que dans un seul sens, et n'admet pas d'autre interprétation. (*Djordjani*, *Târifat*). C'est dans ce sens spécial qu'il est pris ici, puisqu'il n'y avait pas au début de textes écrits.

(2) En arabe *qias*, action de mesurer, ou de comparer. Les logiciens arabes emploient ce mot dans le sens de syllogisme, et appellent *tamthil*, comparaison ou assimilation, ce que les théologiens et les juristes nomment *qias*, analogie. « Le *tamthil* consiste à attribuer une qualification à un cas particulier, parce que cette qualification appartient à un autre cas particulier, et que les deux cas ont un caractère commun ». (Commentaire de la *Chemsia*, par Qotb Eddin Mahmoud ben Mohamed Razi. Cf. Léon Gauthier, la Théorie d'Ibn Rochd, p. 38, Alger, 1909).

dogme, malgré quelques divergences, rares d'ailleurs, en ce qui concerne l'accord de la nation, et l'analogie. A ces quatre sources, certains auteurs en ajoutent d'autres (1), dont nous n'avons pas besoin de parler, étant donné la faiblesse des raisons sur lesquelles ils s'appuient, et le petit nombre de leurs partisans.

L'une des premières questions qui se posent dans cette science est par conséquent celle de savoir si ce sont là des (sources des) règles du dogme.

Pour le Livre Sacré, nous en avons la preuve dans le caractère incontestablement miraculeux de son texte, et par les témoignages historiques qui nous l'ont transmis (2). Il ne peut donc subsister à son égard aucune espèce d'incertitude (3).

Quant à ce qui nous est parvenu de la doctrine du Prophète, on est tombé d'accord sur l'obligation d'observer les dispositions qui ont été reconnues saines (4), comme nous l'avons déjà dit. Cela est d'ailleurs confirmé par la pratique suivie du vivant du Prophète, d'envoyer des lettres et des messagers (5) dans les contrées (éloignées),

---

(1) De Slane dit : une cinquième. Le texte porte cependant le pluriel indéfini, *atilla okhra*.

De Slane soupçonne qu'il y a dans ce passage une allusion aux rêveries et visions des çoufis. C'est une simple conjecture et peu vraisemblable. On doit penser plutôt que l'auteur entend parler soit du raisonnement déductif, *istihtal*, que certains auteurs rangent au nombre des sources du droit, soit de l'observation du statu quo, *istiçhab*, ou de l'utilité publique, *istihsan* et *el maçalih el moursala*. (V. Mokhtaçar, II, PP. 280 s. q.).

(2) De Slane a traduit ici *taouatour* par *extrême exactitude*, V. supra, p. 54, n. 1.

(3) De Slane : « aux doutes et aux suppositions. ». Il n'y a qu'un seul mot dans le texte : *ihtimal*.

(4) V. sur les diverses qualifications des hadiths, le Taqrib d'En Naouaoui, traduction W. Marçais.

(5) Le texte arabe porte *roussoul*, pl. de *rassoul*. C'est évidemment par négligence que de Slane a traduit ce mot par épîtres, ce qui exigerait *rassail*, ou *rissalat*.

pour y répandre les règles et les préceptes impératifs et prohibitifs du dogme.

L'accord de la nation est également une source du droit, parce que les compagnons du Prophète furent unanimes à désapprouver les opinions dissidentes, et aussi parce qu'il est établi que la communauté musulmane est infail-  
libile (1).

Enfin l'analogie a été admise par l'unanimité des Compagnons du Prophète, comme on l'a dit plus haut.

Telles sont les sources des règles du dogme.

D'autre part, dans ce qui nous a été transmis de la doctrine du Prophète, il faut contrôler les informations, en examinant les voies par lesquelles elles nous sont parvenues, et la probité des informateurs, pour discerner le caractère qui entraîne la conviction de leur véracité ; c'est sur ce caractère en effet que repose l'obligation de se conformer aux informations reçues. C'est encore là une des règles de la théorie du droit. En outre, dans le cas où deux informations se contredisent, on doit rechercher celle qui est antérieure à l'autre, et celle qui est abrogée ; cela forme une nouvelle division, un nouveau chapitre de cette science.

Après cela, il est nécessaire d'examiner la signification des termes. En effet pour saisir les notions exprimées dans les combinaisons du langage, il est d'abord indispensable de connaître la signification simple ou composée assignée par convention (à chaque terme). Les règles du langage constituent, sous ce rapport, les sciences de la syntaxe, de la morphologie et de la rhétorique. Tant que la connaissance de la langue arabe fut une disposition habituelle (2),

---

(1) V. supra, p. 54, note 2.

(2) Le terme arabe est *malaka*, qui correspond aux termes grecs *exis* et *diathesis*, et aux termes latins *habitus*, *dispositio*. C'est la dixième

chez ceux qui la parlaient, ces matières ne formaient pas des sciences coordonnées et réglementées. Le juriste alors n'en avait aucun besoin, parce qu'on les possédait naturellement et par habitude. Mais quand cette disposition s'altéra dans le langage des Arabes, les règles en furent fixées par des savants spécialistes, au moyen de références sûres et de rapprochements bien étudiés. Elles devinrent ainsi de véritables sciences auxquelles les juristes furent obligés de recourir pour connaître les préceptes de Dieu.

Il y avait encore là un autre avantage, particulier aux combinaisons de mots : c'était de dégager, de l'ensemble des notions suggérées par ces combinaisons, les préceptes du dogme. C'est ce qui constitue la science du droit. Là, il ne suffit pas de connaître la signification primitive des termes d'une manière générale ; il faut aussi connaître d'autres choses, auxquelles cette signification particulière se trouve subordonnée, qui permettent de saisir les règles juridiques suivant la méthode instituée par les dogmaticiens et les savants, règles qu'ils ont établies en vue de l'avantage dont nous parlons (1).

---

catégorie mentionnée par Aristote, et qui a passé dans la technologie des théologiens arabes. Loin d'être une faculté innée et naturelle, comme le voudrait la traduction de Slane, la *malaka* est une propriété acquise et durable. Djordjani, dans ses *Târifat*, la définit : « une qualité stable de l'âme. Pour préciser, un acte quelconque produit sur l'âme une manière d'être, un mode, qu'on nomme état, *hala*, quand il est passager ; quand il se renouvelle et que l'âme s'y habitue, il devient stable et se transforme en disposition, *malaka*, par rapport à cet acte, par accoutumance et par éducation. »

(1) Tout ce passage est fort embrouillé dans le texte, qui est peut-être altéré.

ثم ان هنا استعادة اخرى خاصة من تراكييب الكلام وهي استعادة الاحكام الشرعية بين المعانى من ادلتها الخاصة بين تراكييب الكلام وهو الجهد ولا تكفى فيه معرفة الدلالات الخ

De Slane a traduit : « Les combinaisons de mots (dans les textes sacrés) fournissent à l'entendement certaines notions d'un caractère particulier, c'est-à-dire des maximes de droit, lesquelles se trouvent parmi le nombre des idées spéciales exprimées au moyen de ces

(Il faut savoir), par exemple, que le sens des termes ne s'établit pas par analogie <sup>(1)</sup>, qu'un terme homonyme ne doit pas se prendre dans ses deux sens à la fois <sup>(2)</sup>; que la conjonction copulative *oua*, et, n'implique pas de classification <sup>(3)</sup>; si le terme général, quand on en exclut les unités d'un terme particulier, reste valable pour ses autres unités <sup>(4)</sup>; si l'impératif entraîne l'obligation de faire, ou constitue simplement une recommandation <sup>(5)</sup>; s'il exige l'exécution immédiate ou l'exécution différée <sup>(6)</sup>; si l'interdiction a pour conséquence la nullité ou la validité d'un acte <sup>(7)</sup>; si un terme absolu peut être entendu dans le sens d'un terme restreint <sup>(8)</sup>; si une disposition explicite sur la raison d'une règle suffit ou ne suffit pas pour la rendre extensive <sup>(9)</sup>; etc. Toutes ces questions ont pris place parmi

---

combinaisons et qui contribuent à former la science de la jurisprudence. Il ne suffit pas (pour reconnaître ces maximes) de savoir les diverses significations qu'on a assignées aux combinaisons de mots etc.... » L'obscurité du texte arabe excuse peut-être la fantaisie de cette interprétation : il serait difficile d'affirmer qu'il en est éclairci. Je me suis efforcé d'être plus intelligible, sans être certain moi-même d'avoir bien saisi la pensée de l'auteur.

(1) Bennani, I, p. 149 ; Tanqih, p. 181 ; Mokhtaçar, I, p. 183.

(2) Bennani, I, p. 164 ; Mokhtaçar, II, p. 111 ; Choukani, p. 19.

(3) Tanqih, p. 46 ; Bennani, I, p. 211 ; Choukani, p. 27.

(4) Tanqih, p. 101.

(5) Tanqih, p. 58. — Choukani, p. 87.

(6) Tanqih, p. 59. — Choukani, p. 94.

(7) Tanqih, p. 78 — Choukani, p. 103.

(8) Tanqih, p. 117.

(9) De Slane a traduit : « L'énonciation d'un motif (ou cause) implique-t-elle ou non l'énumération (des résultats ou effets) ? » Outre que la phrase n'est pas claire, le mot *énumération* y arrive d'une manière assez singulière. Le texte arabe des *Mogaddimat*, publié par Quatremère, porte التعدادى. De Slane a corrigé التعداد, sur la foi d'un traducteur turc, qui, dit-il, a eu la bonne leçon sous les yeux. Il fait remarquer en même temps que l'édition de Boulaq porte التعداد qui n'est pas précisément identique ; en sorte que la leçon de Quatremère et celle de Boulaq sont rejetées uniquement parce que le traducteur turc en a inventé une autre. Je dis *inventé*, parce que, en se reportant aux textes classiques de la Théorie du droit, on constate que la

les règles de la théorie du droit. Mais comme elles se rapportent à la signification des termes, elles relèvent de la lexicologie.

Ajoutons que l'étude de l'analogie (*qias*) est une des parties fondamentales de cette science, parce qu'elle comporte la détermination du principe et de ses applications pratiques, dans toutes les opérations de rapprochement et d'assimilation ; la discrimination, parmi les caractères du cas principal, de celui auquel on est porté à croire que se rattache une qualification ; et l'existence de ce caractère dans le cas particulier envisagé, sans que rien ne s'oppose à l'application à celui-ci de la qualification du cas principal. Il y a enfin d'autres questions accessoires qui sont liées à celles dont nous venons de parler, et qui forment toutes des chapitres de cette science.

Il est à remarquer que la théorie du droit est une des sciences qui ont pris naissance dans la religion musulmane. Les premiers musulmans pouvaient s'en passer, parce que, pour saisir les différentes significations des termes, il ne leur fallait rien de plus que la connaissance habituelle qu'ils avaient déjà de la langue arabe. Quant aux règles qui sont nécessaires pour discerner particulièrement la qualité des actions humaines, c'est à eux qu'elles ont été empruntées pour la plupart. A l'égard des chaînes

---

version de Quatremère seule est exacte, et qu'il faut lire *التعدي*, qui signifie extension, ou généralisation, *تعميم*. Dans son commentaire du *Mokhtaçar* d'Ibn El Hadjeb (II, p. 217), Adhoud Eddin El Idji s'exprime ainsi :

العلة تنقسم الى متعدية تستعدى الاصل فتوجد في غيره  
والى فاصرة لا تتعداه

« La raison (d'une qualification) est ou extensive, et dépasse le cas principal (choisi pour terme de comparaison) pour se retrouver dans d'autres cas, ou stricte, et ne dépasse pas le cas principal ». Un peu plus loin (p. 253) il précise encore plus nettement :

النص على العلة لا يكفي في التعدي  
C'est donc bien *تعدي* qu'il faut lire et non *تعديد*.

de transmission (*assanid*) des traditions du Prophète, ils n'avaient pas besoin de les examiner, parce que ces traditions étaient d'origine récente, qu'ils étaient en relations avec ceux qui les transmettaient, et les connaissaient bien. Mais quand les premiers musulmans eurent disparu, et que la période initiale de l'islam fut close, que toutes les sciences devinrent l'objet d'un enseignement, comme nous l'avons dit précédemment ; les légistes et les juriconsultes durent apprendre ces règles pour rattacher les qualifications à leurs principes. Ils les rédigèrent donc par écrit et en formèrent une science indépendante, qu'ils nommèrent la théorie du droit (*ouçoul et fiqh*).

Le premier qui en composa un traité fut l'imam Chaféi, qui dicta à ses élèves sa fameuse *Rissala*, où il parla des préceptes impératifs et prohibitifs, de la rhétorique, des informations (relatives à la doctrine du Prophète), de l'abrogation, et du caractère de la raison légale (*illa*) en matière d'analogie. Ensuite les juristes hanafites y consacrèrent des ouvrages, en précisèrent les règles, et entrèrent dans de longs développements. Puis les théologiens s'en occupèrent à leur tour. Mais les travaux des juristes s'appliquaient plutôt au droit et convenaient mieux à la jurisprudence pratique, parce qu'ils contenaient de nombreux exemples et des citations, et que les questions y étaient basées sur des cas juridiques particuliers. Les théologiens au contraire faisaient abstraction du côté juridique de ces questions, et utilisaient, autant que possible, les arguments purement rationnels, ce qui est le propre de leurs sciences, et la conséquence de leur méthode (1). Les juristes hanafites se sont acquis en cette matière

(1)

لأنه غالب جنونهم ومفتضى طريقتهم

De Slane : « Pour eux la raison était le moule qui devait donner la forme aux sciences qu'ils traitaient et régler toute la marche de leur système. »

la plus grande autorité, approfondissant les points juridiques, et puisant, autant qu'ils le pouvaient, les règles de cette science dans les questions de jurisprudence.

Plus tard parut Abou Zeïd Daboussi, un de leurs docteurs, qui écrivit sur l'analogie d'une manière plus étendue que tous ses prédécesseurs. Il en compléta les discussions et étudia les conditions que l'on y doit observer. La science de la théorie du droit fut ainsi portée à sa plus grande perfection, les questions en furent élucidées, et les règles aplanies (1). D'autre part on s'attacha à suivre la méthode des théologiens. Parmi les meilleurs ouvrages composés par ceux-ci figurent le *Borhan*, d'Imam El Hameïn, et le *Moçtaçfâ*, d'El Ghazali, qui étaient des Achârites ; le *Kitâb El Omed*, d'Abd El Djebbar, et son commentaire *El Môtamed*, d'Abou El Hosseïn El Baçri, qui étaient des Môtazélites. Ces quatre ouvrages devinrent les bases fondamentales de la science. Ils furent par la suite résumés par deux théologiens éminents de l'époque moderne : l'imam Fakhr Eddin ben El Khatib, dans son ouvrage *El Mahçoul*, et Seïf Eddin El Amidi, dans les *Ahkam*. Les méthodes appliquées par ces deux auteurs à la théorie du droit sont différentes sous le rapport de l'exposition et de l'argumentation. Ibn El Khatib a plus de tendance à multiplier les preuves et les arguments ; El Amidi se plaît à préciser les doctrines et à subdiviser les questions (2).

(1) Le texte dit *l'art* de la théorie du droit, et non la science : *كملت صناعة اصول العفة بكماله*. Par une négligence évidente, de Slane a fait rapporter le pronom singulier, de *بكماله* à Abou Zeïd Daboussi, et a traduit : « La science des bases de la jurisprudence s'acheva complètement, grâce au talent parfait de ce docteur ». Or le pronom se rapporte au mot *اصول*. Celui-ci, quoique ayant la forme du pluriel, est considéré ici comme un singulier. Cela est si vrai qu'on le met quelquefois au duel, *اصولين, اصولان*.

(2) De Slane : El Amidi s'appliquait à assurer ses procédés, et à fixer avec précision la ramification des problèmes. Autant d'erreurs que de mots.

Le *Mahçoul* a été résumé par des élèves de l'imâm Ibn El Khatib, tels que Siradj Eddin El Ormaoui, dans son livre du *Tahcil*, et Tadj Eddin El Ormaoui, dans son livre *El Hacil*. Chihab Eddin El Qarafi a extrait de ces deux ouvrages des règles élémentaires et des principes, dont il a formé un petit livre qu'il a appelé les *Tanqihat* (1). C'est ce qu'a fait également El Beidhaoui dans son livre d'*El Minhadj*. Les débutants se servent particulièrement de ces deux livres, dont il a été fait de nombreux commentaires. Quant au livre des *Ahkam* d'El Amidi, qui est celui où les questions sont le mieux précisées, il a été résumé par Abou Amr ben El Hadjeb, dans son ouvrage bien connu, *El Mokhtaçar El Kabir*, le Grand Résumé, qu'il a encore condensé lui-même dans un autre livre, très répandu parmi les étudiants, accueilli avec faveur en Orient comme en Occident, où il est étudié et commenté. On trouve en somme dans ces abrégés toute la substance (2) de la doctrine des théologiens sur cette science.

De son côté la méthode des Hanafites a donné naissance à de nombreux ouvrages. Parmi les meilleurs publiés par les anciens figurent ceux d'Abou Zeïd Daboussi, et parmi les plus récents ceux de Seïf El Islam Pezdaoui, un des principaux docteurs hanafites, qui épuise entièrement la matière de cette science (3). Ensuite est venu Ibn Sâati, juriste hanafite, qui a combiné les deux méthodes du livre des *Ahkam* et du livre de Pezdaoui, et a nommé son ouvrage *El Badiâ* ; c'est un ouvrage des mieux composés

---

(1) افتطب منها مقدمات وفوائد في كتاب صغير

De Slane : « Il y puisa assez de matériaux pour former plusieurs chapitres de prolégomènes et de principes fondamentaux ». Il serait difficile d'en prendre plus à son aise avec un texte.

(2) De Slane : « Les précis que nous venons de nommer renferment la crème de la doctrine des théologiens ».

(3) De Slane : « traite son sujet avec de grands détails ».

et des plus remarquables, très recherché par les savants, qui l'ont enseigné et expliqué jusqu'à notre époque et dont beaucoup de savants de la Perse ont publié des commentaires. C'est ce qui se pratique encore de notre temps <sup>(1)</sup>.

Telle est la nature de cette science de la théorie du droit. Telle est l'exposition des matières dont elle s'occupe, et l'énumération des ouvrages qui y ont été consacrés jusqu'à ce jour. Que Dieu nous accorde, dans sa générosité, les bienfaits de la science, et nous mette au rang de ceux qui l'aiment et la pratiquent.



---

(1) Pour les auteurs mentionnés dans cette bibliographie, se reporter à la traduction de Slane.