

La découverte des choses qui parlent

La légalisation de la torture judiciaire en droit musulman (XIII^e-XIV^e siècles)

The Discovery of Things which Speak. Legalising Judicial Torture in Muslim Law (13th-14th centuries)

Baber Johansen



Édition électronique

URL : <http://enquete.revues.org/1576>

DOI : [10.4000/enquete.1576](https://doi.org/10.4000/enquete.1576)

ISSN : 1953-809X

Éditeur :

Cercom, Éditions Parenthèses

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 1999

Pagination : 175-202

Référence électronique

Baber Johansen, « La découverte des choses qui parlent », *Enquête* [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 17 juillet 2013, consulté le 30 septembre 2016. URL : <http://enquete.revues.org/1576> ; DOI : [10.4000/enquete.1576](https://doi.org/10.4000/enquete.1576)

La découverte des choses qui parlent

La légalisation de la torture judiciaire en droit musulman (XIII^e-XIV^e siècles)

The Discovery of Things which Speak. Legalising Judicial Torture in Muslim Law (13th-14th centuries)

Baber Johansen

- 1 Ce qu'on appelle « le droit musulman », le *fiqh*, est un système de normes éthiques et juridiques qui, depuis la fin du VIII^e siècle¹, a servi de référence savante à la justice de l'empire abbaside (750-1258) et à celle de ses successeurs, jusqu'au XIX^e siècle. Cet article a pour but de préciser le statut de la norme juridique au sein du *fiqh* en étudiant les changements importants introduits dans la procédure et le droit des preuves au cours des XIII^e et XIV^e siècles. L'analyse de l'évolution de la doctrine sur ces deux siècles montre que l'autonomie de la norme juridique vis-à-vis des normes politiques et religieuses peut toujours être mise en question par l'appel à l'abandon de la norme juridique dérivée en faveur du retour à l'exemple politique et religieux de la pratique charismatique.
- 2 Le *fiqh* de l'Islam sunnite, c'est-à-dire de l'Islam qui légitime son orientation normative par le modèle de la pratique religieuse (*sunna*) du prophète, s'est développé aux VIII^e et IX^e siècles. En soumettant la pratique judiciaire et politique des grandes villes de l'empire musulman à la critique religieuse – nourrie de principes déduits du Coran, de la pratique paradigmatique (*sunna*) du prophète, des califes et des premières générations de musulmans ainsi que d'un prétendu consensus (*ijma'*) de la communauté tout entière ou de ses savants –, les connaisseurs de la normativité révélée (*shar'*) sont devenus des spécialistes de la « compréhension » (*fiqh*) des contextes pratiques de ses normes. Le Coran, la parole révélée de Dieu, sert de référence normative primordiale au *fiqh*. La pratique du prophète (*sunna*) est considérée comme une interprétation divinement inspirée du Coran ; celle de ses compagnons et des califes qui lui succèdent, comme une interprétation pratique des principes religieux. Le recours à l'analogie (*qiyas*) sert à donner un cadre méthodologique aux normes dérivées de ces sources : la compatibilité entre elles est assurée par l'analogie. L'interprétation du Coran et des principes religieux

est sensée être l'œuvre de personnes charismatiques qui ont fondé la première communauté musulmane : du prophète, des premiers quatre califes après lui, de ses compagnons².

- 3 À partir du VIII^e siècle, le *fiqh* se développe dans différentes écoles (*madhahib*) qui présentent des systèmes de normes différents et souvent opposés sur des questions de principe. Le terme arabe, *madhhab*, désigne une méthode utilisée, une approche. Plus tard, il se réfère aussi aux organisations des spécialistes du *fiqh*, des *fuqaha'*, qui représentent dans les grandes villes de l'empire abbaside la pensée juridique et qui jouent, surtout dans la partie orientale de l'empire, un rôle important dans la représentation des villes et de la population urbaine. À la fin du VIII^e siècle, les califes de Bagdad fondent une administration judiciaire, distincte du reste de l'administration, placée sous le contrôle du *qadi* suprême (*qadi al-qudat*)³. Cette administration leur sert pour nommer et destituer les juges dans les provinces et pour contrôler leur jurisprudence. Le fait que les écoles du *fiqh* exercent, dès la fin du VIII^e siècle, l'hégémonie sur cette administration judiciaire montre l'importance grandissante, d'une part, du *fiqh* en tant que qualification savante des juges et, d'autre part, des écoles de *fiqh* en tant que représentants de cette nouvelle forme de savoir⁴. Quatre de ces écoles ont survécu jusqu'aux XIII^e-XIV^e siècles. La plus ancienne est l'école hanéfite qui a ses origines en Irak. Elle contrôle l'administration judiciaire abbaside de la fin du VIII^e siècle jusqu'à la fin du IX^e siècle et domine, jusqu'à aujourd'hui, les parties orientales du monde musulman. À partir du XIV^e siècle, elle devient l'école officielle de l'empire ottoman dans toutes ses provinces. Aux VIII^e-IX^e siècles se forme l'école malékite à Médine et en Afrique du Nord. Elle surveille l'administration judiciaire abbaside de la fin du IX^e siècle jusqu'à la fin du X^e siècle et domine l'ouest du monde musulman jusqu'à aujourd'hui. L'école chaf'ite se forme en Égypte, au IX^e siècle, domine l'administration judiciaire abbaside à la fin du X^e siècle, entre en compétition avec les Hanéfites dans les parties orientales de l'empire abbaside et, plus tard, se répand tout au long des routes du commerce maritime sur la côte ouest de la péninsule arabe, la côte est de l'Afrique et dans l'archipel indonésien. Également au IX^e siècle, se constitue à Bagdad l'école hanbalite, qui, à partir du XII^e siècle, exerce une forte influence en Syrie et, à un degré moindre, en Égypte et à laquelle adhèrent les plus importants auteurs des nouvelles doctrines du XIV^e siècle. Aujourd'hui, elle représente le droit musulman en Arabie Saoudite. Avant le XIV^e siècle, d'autres écoles sunnites coexistent avec ces quatre systèmes du *fiqh* sunnite.

Le formalisme de la doctrine classique

Exemples charismatiques et textes fondamentaux

- 4 En dépit de différences profondes, ces quatre écoles ont en commun un même problème : comment peut-on dériver, de la pratique des personnes charismatiques – dont la multitude des actes accomplis au cours de leur vie élude toute définition normative précise – des normes juridiques à vocation universelle ? Les objets du raisonnement des *fuqaha'* sont donc : la révélation en tant que source de droit et d'éthique ; la pratique (*sunna*) des personnes charismatiques en tant qu'interprétation de la parole de Dieu ; le consensus des savants (*ijma'*) ; la méthodologie par laquelle on dérive les normes des sources et détermine la relation entre les normes dérivées (*qiyas*) ; la casuistique historique des juges des grandes villes en tant que matériau juridique. De ces données l'on

peut, par le double processus de généralisation et de systématisation, établir les principes de droit qui justifient un ensemble de décisions, un complexe de normes ou une institution, et qui doivent être présentés soit sous la forme casuistique, soit dans la réflexion sur les méthodes de généralisation et de la formation de systèmes. Il s'agit donc de l'interprétation d'un texte, le Coran, à la lumière de la pratique des personnes charismatiques pour trouver des principes et des normes qui règlent le matériau juridique. Pour garantir la stabilité des normes ainsi établies il est impératif de transformer les pratiques des personnes charismatiques en textes interprétables d'après des méthodes reconnues, de les classer, de trouver une interprétation qui permette de les traiter comme la légitimation historique des principes et des normes du *fiqh*. La transformation des pratiques en textes est accomplie dans les grandes collections de la tradition prophétique qui, dans la deuxième moitié du IX^e siècle, fixent les actes et les faits authentiques du prophète et de ses compagnons. Le classement de ces données est la tâche des juristes qui les intègrent, en tant que pièces justificatives, dans leurs systèmes normatifs. C'est par ce classement et cette intégration qu'ils arrivent à protéger les normes juridiques contre le potentiel critique incalculable de la masse des actes accomplis par les personnes charismatiques au cours de leur vie. Les *fuqaha'* distinguent donc, dans la pratique du prophète et de ses compagnons, entre ce qui est normatif et obligatoire, faisant partie de l'interprétation de la révélation, et ce qui est soit privilège individuel, soit simple coutume ou pratique « politique » (*siyasa*) déterminée par les circonstances historiques du VII^e siècle mais n'ayant pas la force d'un acte normatif et obligatoire. En particulier, les rapports sur les peines cruelles et les procédures sommaires sont classés comme faisant partie des actions politiques ne constituant pas des actes normatifs. C'est en immunisant les systèmes normatifs du *fiqh* contre les formes de charisme qui ne s'y adaptent pas que les *fuqaha'* établissent la *Grundnorm* (norme de base) du *fiqh*, cette norme d'après laquelle toutes les autres normes doivent être produites pour être légales⁵. La « norme de base » consiste dans la traduction, par les *fuqaha'*, d'une révélation – interprétée par les pratiques des personnes charismatiques qui ont fondé la communauté – dans un système de normes juridiques et éthiques. Le charisme du prophète et de ses compagnons est indispensable pour la légitimation des normes, mais il doit être utilisé dans sa forme classée et immunisée pour ne pas mettre en jeu la cohérence des doctrines du système normatif.

- 5 L'interprétation que les *fuqaha'* donnent de la révélation et de la pratique des personnes charismatiques est constitutive des principes de droit, des normes et des doctrines. Le genre de littérature juridique qui s'occupe des sources de normes et de la méthodologie du *fiqh* s'appelle « les fondements du *fiqh* ». Né, au plus tard, au X^e siècle, il est entièrement dédié aux règles de l'interprétation juridique. C'est dans ce genre de littérature que les *fuqaha'* développent les critères par lesquels ils excluent les théologiens (*mutakallimun*) et les collectionneurs de rapports sur les faits et les paroles du prophète (*muhaddithun*) du rang de ceux qui comptent dans les débats juridiques et dans le consensus (*ijma'*) concernant les normes juridiques. Les théologiens et les spécialistes de la tradition, disent les *fuqaha'*, ne connaissent point les règles par lesquelles les *fuqaha'* interprètent des textes et construisent leurs arguments. Autrement dit, on ne leur fait guère confiance en ce qui concerne leur soutien aux stratégies de l'immunisation des normes du *fiqh*. Le *fiqh* est défini comme la « compréhension » des relations entre les diverses pratiques, leurs contextes et leurs normes. Cette « compréhension » constitue, en dernière instance, la base de la construction des normes et des préceptes juridiques.

Comme l'a dit Chafik Chehata : « Le droit musulman considéré comme un fait objectif et dans sa réalité concrète est un corps doctrinal. Une doctrine reconnue comme authentique lie seule le juge et le jurisconsulte⁶. »

La centralisation de la justice et la formalisation de la procédure

- 6 Nous ne disposons pas d'une histoire de la procédure et des preuves pour le VII^e siècle et la première moitié du VIII^e siècle. Nous savons que, jusqu'au début du VIII^e siècle, les juges (*qadi-s*) dans les grandes villes étaient souvent, en même temps, chefs de police et prédicateurs, parfois analphabètes, mais sur la procédure appliquée par eux, nous n'avons qu'une documentation très insuffisante. à partir de la deuxième moitié du VIII^e siècle, les choses deviennent plus claires. Les Abbasides (750-1258) créent une administration judiciaire qui leur permet, pendant deux siècles, de mener de Bagdad une politique judiciaire centralisée, de contrôler la nomination et la destitution des juges dans les provinces de l'empire et de suivre leur jurisprudence. Dans les dernières décennies du VIII^e siècle et les premières du IX^e siècle, les juges créent, dans les grandes villes, des listes de témoins, agréés après enquête sur leur réputation et leur conduite de vie. Ces témoins « justes » (*adl*) exercent les fonctions de notaires et témoignent de tous les actes qui se passent devant le *qadi*. Depuis lors, tous les témoins, même ceux présentés par les parties en cause, sont soumis à des enquêtes sur leur réputation et leur renommée avant d'être reconnus comme « justes ». Seule cette reconnaissance autorise le *qadi* à utiliser la déposition du témoin comme motif de son verdict. Un témoin « juste » doit être musulman quand il s'agit d'un procès contre des musulmans. Pour le procès entre non musulmans, seuls les Hanéfites admettent le témoignage des non musulmans et les traitent comme « justes ». Les femmes sont exclues comme témoins de tous les procès susceptibles d'imposer au défendeur des peines capitales ou corporelles. Les Hanéfites les admettent comme témoins en dehors de ces procès pénaux, tandis que les autres écoles du *fiqh* sunnite reconnaissent leur témoignage surtout dans les procès qui concernent l'échange des biens matériels. L'introduction du témoignage du « juste » sert donc à souligner, par la procédure judiciaire, les hiérarchies sociales que l'empire musulman et le *fiqh* soutiennent : la distinction entre musulmans et non musulmans, entre hommes et femmes et, parmi les musulmans, entre ceux dont le statut social garantit la parole et ceux dont la parole ne compte pas. La justice et le *fiqh* introduisent une hiérarchie sociale axée sur l'accès au rôle du témoin : en Égypte, son introduction cause des émeutes parmi la population musulmane de la capitale.
- 7 La centralisation de la justice par le biais d'une administration judiciaire, et le contrôle, si sommaire soit-il, de la jurisprudence des juges par leurs successeurs ou par l'administration judiciaire, ainsi que le choix de témoins agréés, ont dû exercer une forte influence en faveur d'une formalisation de la procédure et du droit des preuves. La justice centralisée de l'empire abbaside avait besoin de procédures formalisées basées sur des références normatives à vocation universelle. La littérature du *fiqh*, qui produit ses premières œuvres dans le dernier quart du VIII^e siècle, satisfait ce besoin : elle introduit une procédure hautement formalisée, réglée par des normes à vocation universelle et axée sur la reconnaissance ou la négation des faits, par le défendeur, et le témoignage comme preuve principale en cas de conflits entre les parties. Pourtant, même la doctrine du *fiqh* n'arrive pas à soumettre tous les procès et toutes les procédures du *qadi* à la discipline de cette formalisation des preuves et des procédures. Les « transactions »

(*mu'amalat*) de l'échange économique (vente, location, etc.) et social (mariage, divorce, émancipation) s'y adaptent assez bien. De même, la plupart des procès pénaux. Mais il y a, dans la tradition arabe, des procès qui relèvent plutôt du formalisme magique que des preuves rationnelles et dans la pratique des juges et des autorités politiques, des procédures qui échappent à toute formalisation. La procédure des *qadi*-s ne peut donc jamais être totalement enfermée dans la formalisation du jeu des demandes, reconnaissances, témoignages ou négations. Et les doctrines qui légaliseront la torture judiciaire, aux XIII^e et XIV^e siècles, vont avoir ample recours à ces éléments du formalisme magique et du jugement arbitraire pour légitimer leurs conceptions de preuves et procédures. On trouve, à côté de la justice des *qadi*-s, des formes de justice caractérisées par des procédures sommaires et non fixées : celle de l'inspecteur des marchés (*muhtasib*), celle que le calife et ses vizirs exercent sur la base de pétitions soumises par des sujets qui portent plainte contre des décisions administratives ou judiciaires (*mazalim*), celle du chef de la police (*sahib al-shurta*, *wali al-jara'im*), celle des collecteurs d'impôts, celle au sein de l'armée et, finalement, la justice politique (*siyasa*) que le calife ou son appareil de répression exercent contre les ennemis de leur politique et qui peut-être d'une cruauté terrifiante. Dans ces formes de justice, la procédure est sommaire, les preuves arbitraires, et la torture – aussi bien judiciaire, pour extorquer des aveux, qu'en tant que peine, pour terrifier le public – souvent appliquée. Comparée à ces formes de justice, celle des *qadi*-s liée aux normes d'un système juridique religieusement légitimé, a la réputation d'appliquer une justice procédurale axée sur une procédure formelle et des preuves rationnelles.

Les déclarations verbales en tant que preuves et justifications du jugement

- 8 D'après le *fiqh*, la forme de la preuve la plus importante est la constatation verbale d'un fait. Il est vrai que le Coran recommande de fixer par écrit le contenu des actes juridiques, mais la doctrine du *fiqh* a pris des siècles avant de reconnaître la preuve par document. En revanche, elle prescrit, dès le IX^e siècle, que les procès-verbaux des débats devant le *qadi* soient fixés par écrit et archivés. Le *qadi* est obligé de transmettre les documents ainsi établis à son successeur pour que celui-ci puisse examiner sa jurisprudence et garantir la continuité de l'administration de la justice.
- 9 En revanche, les débats mêmes, devant la cour, consistent en un échange de constatations orales. Le demandeur présente sa plainte, c'est-à-dire une demande exécutoire, au *qadi* ; le défendeur reconnaît (*iqrar*) la demande ou la nie. La reconnaissance produit ses effets de droit immédiatement tandis que la négation du défendeur impose au demandeur l'obligation de présenter deux témoins « justes ». À la seule exception des Hanéfites, les écoles du *fiqh* sunnites admettent que le serment du demandeur puisse remplacer un de ces témoins dans la majorité des procès civils (mais non dans des procès pénaux). Cette combinaison du serment avec un seul témoignage semble démontrer que les juristes de ces écoles leur attribuent des fonctions assez similaires. Mais le serment du demandeur ne sert que pour confirmer et corroborer la déposition du témoin juste. Il partage avec celle-ci et avec les déclarations des parties la caractéristique d'être une énonciation dite devant le juge, un acte public, observable et que l'on consigne au procès-verbal des débats. Il peut donc être facilement intégré dans une procédure formalisée. Mais, dans un procès civil décidable par témoins, le témoignage prime sur le serment. Seuls, les procès

dans lesquels les témoins n'ont pas le droit d'intervenir peuvent être définitivement décidés par un ou plusieurs serments.

- 10 Les témoins doivent déposer des déclarations verbales concordantes avec la requête du demandeur. S'ils le font, le *qadi* doit obligatoirement donner suite à la plainte du demandeur et son verdict est, en principe, irrévocable. Le fait que le *qadi* est obligé de motiver son jugement par les témoignages de deux témoins « justes » donne à ceux-ci le statut de preuve par excellence. Ces témoignages sont appelés « la preuve claire » (*bayyina*) et, dans la hiérarchie des preuves, ils prennent le premier rang parce qu'ils obligent, par le biais du verdict du *qadi*, le défendeur à exécuter la demande du demandeur. Si le demandeur se voit dans l'impossibilité de produire des témoins, le défendeur doit prêter serment pour jurer qu'il n'a pas commis les faits qui lui sont imputés ou qu'il ne doit pas au demandeur la prestation requise. S'il le jure, le *qadi* déboute la demande. Si, en revanche, le défendeur refuse de prêter le serment, ce refus est, dans un procès civil (mais non dans un procès pénal), considéré par la plupart des écoles comme une preuve suffisante pour motiver le verdict du *qadi* contre lui.
- 11 Les procès de droit public, menés pour imposer – comme « peine limite » (*hadd*) définie – une peine corporelle sur la personne qui a violé une « prérogative de Dieu » (*haqq Allah*) – tel le voleur – suivent la même procédure de l'échange des déclarations verbales. Dans ces procès, la déclaration du demandeur est remplacée par celles des témoins, parce qu'il n'y a pas, pour les violations des « prérogatives de Dieu », un accusateur, ni d'office, ni privé. Il n'y a, dans leur cas, que des témoins qui agissent pour protéger l'ordre public (*hisba*).
- 12 Dans la grande majorité des procès conduits devant le *qadi*, les moyens de preuve sont donc soit les aveux (*iqrar*) des défendeurs, soit les dépositions des témoins, soit les serments des demandeurs ou des défendeurs. Entre ces classes d'énoncés, il y a évidemment des différences significatives. La constatation du défendeur qui reconnaît la demande ou celle des témoins qui confirment la version du demandeur ont priorité sur les serments. Le demandeur peut se servir du serment comme un pis-aller, un substitut, s'il ne trouve pas de deuxième témoin. Ainsi, le défendeur ne peut prêter serment que si le demandeur se voit dans l'impossibilité de produire des témoins. Le défendeur peut répondre par une contre-plainte (*daf*) pour laquelle il peut, de son côté, mobiliser ses propres témoins, mais il n'a guère le droit de répondre par des témoignages négatifs : un témoin doit toujours constater un fait positif mais ne peut jamais témoigner d'un fait non existant (« X n'a pas tué Y ») ni nier un autre témoignage. Un témoignage négatif n'est ni vérifiable, ni falsifiable, il n'a aucune valeur. Le défendant qui nie doit donc prêter serment pour confirmer sa négation. Mais ce serment n'est pas, *stricto sensu*, une preuve : le demandeur, après avoir été débouté par un jugement du *qadi* motivé par le serment de négation du défendeur, peut représenter et gagner son cas devant le même (ou un autre) *qadi* s'il trouve des témoins qui confirment sa version des faits. Dans la hiérarchie des énoncés, la constatation d'un fait positif par le témoignage l'emporte sur la négation et sur le serment.
- 13 En revanche, il y a des procès dans lesquels seul le serment a des effets de droit. Ces procès semblent dériver d'un formalisme magique. Parmi eux se trouve la *qasama*, le procès des co-jureurs. Si une personne est trouvée morte sans qu'on puisse prouver qu'il y ait eu homicide, mais s'il y a des indices (*luth*) qui font pencher vers cette hypothèse, tel un témoin isolé ou l'existence d'une vieille hostilité entre le défunt et son groupe, d'un côté, et les habitants du lieu où le corps est trouvé, de l'autre, l'homicide est établi par serment. Les parents agnatiques de la personne tuée, même s'ils étaient absents de la

région et n'avaient aucune connaissance des faits, peuvent jurer cinquante serments pour désigner un homme de l'autre groupe comme tueur. D'après les Malékites et les Hanbalites, la personne ainsi désignée devrait être exécutée sans avoir le droit à se défendre. Les Hanéfites et les Chafi'ites, en revanche, n'admettent pas qu'une peine capitale soit imposée sans être motivée par des aveux ou des témoignages. D'après eux, les défendeurs devraient prêter cinquante serments pour nier la responsabilité de cet homicide et seraient ensuite condamnés à payer le prix du sang de la victime. Il est évident que la notion de preuve, dans cette procédure, appartient plutôt au formalisme magique qu'à une rationalité axée sur une preuve par indices ou sur des actes de parole qui servent à constater les faits. L'indice (*luth*) est la justification des serments des co-jureurs. Leur conviction, déclarée par serment, remplace la connaissance des faits. Les juristes musulmans des différentes écoles du *fiqh* ont d'ailleurs toujours souligné l'origine pré-islamique et le caractère irrationnel de cette procédure. Les serments des co-jureurs ne peuvent être falsifiés ou vérifiés : ils produisent leurs effets par le fait d'être énoncés. Les serments sont la cause de la condamnation, ils ne constituent évidemment pas une preuve de l'homicide.

- 14 Il y a d'autres procédures dans lesquelles le recours au serment produit des effets juridiques contre l'adversaire. La plus connue de ces procédures est « l'imprécation mutuelle » (*li'an*), un procès dans lequel le mari qui n'a pas de témoins pour son assertion accuse sa femme d'adultère. Il appuie son accusation par des serments de malédiction. La femme répond en jurant que son mari ment. Le mariage est cassé sans qu'il y ait des conséquences pénales pour le mari ou son épouse. Le serment, dans ce cas, n'établit pas la vérité des faits. La procédure sert justement à éviter un jugement sur la vérité des faits et ses conséquences pénales. L'effet juridique du serment est séparé du jugement sur la vérité des assertions. Mais « l'imprécation mutuelle » est néanmoins intégrée dans la procédure formaliste de la justice du *qadi*.

Les indices

- 15 Tel est aussi le cas des indices dans les procès civils. Contrairement à ce que des grands historiens du droit musulman, comme Joseph Schacht et Noël J. Coulson, ont pu enseigner, le *fiqh* reconnaît aux indices un rôle de preuves, surtout dans les procès concernant des droits de propriété ainsi que le statut de personnes quand les deux parties ne disposent pas de témoins. Dans ces procès, les indices ne représentent que « les apparences » (*zahir*). Ils servent pour débouter des revendications au changement du *statu quo*, non pour les justifier. Le *statu quo* peut-être changé par la déposition des témoins qui confirment que les « apparences » trompent et qu'il ne correspond pas aux titres juridiques des adversaires. Pour résumer : dans les procès de droit civil concernant les droits de propriété, ou même le statut des personnes, les indices sont des preuves faibles qui protègent le *statu quo*. Dès qu'ils sont confrontés avec des témoignages adverses, ils perdent leur statut de preuve. Mais tant qu'il n'y a pas de témoins, ils constituent des motifs de jugement valables.
- 16 En droit pénal, les indices jouent un rôle de preuve seulement dans le cas d'une femme libre et enceinte qui n'a jamais été mariée. Sa grossesse est considérée, par les Malékites et les Chafi'ites, comme un indice qui prouve qu'elle a eu des relations sexuelles illicites et qu'elle doit donc être soumise à la peine de la bastonnade. Les juristes hanbalites refusent, jusqu'au XIII^e siècle, de suivre cette logique. D'après eux, d'autres explications de

sa grossesse, et surtout le viol, sont possibles et, pour cette raison, les déclarations de la femme sur la cause de sa grossesse doivent motiver le jugement du *qadi*.

La procédure non formalisée : le savoir du *qadi* et le « châtement de correction »

- 17 Les énonciations, en tant que motifs du jugement, peuvent aussi être remplacées par « le savoir du *qadi* » (*ilm al-qadi*) acquis soit en dehors de la séance, soit par des procédures faites en sa présence qui ne sont ni témoignées ni consignées dans le procès-verbal des débats. Les Hanéfites et les Chafi'ites reconnaissent ce « savoir » comme motif du jugement dans les procès civils et dans des procès pénaux susceptibles d'imposer la peine capitale pour homicide intentionnel ou des peines corporelles pour coups et blessures. D'après eux, la connaissance des faits que le juge acquiert par ce « savoir » est supérieure à l'information qu'il peut dériver des témoignages. Elle doit donc être reconnue comme motif du jugement. En revanche, les mêmes juristes ne l'acceptent pas comme preuve dans les procès pénaux de droit public menés pour protéger les « prérogatives de Dieu » (*huquq Allah*) par l'imposition, aux transgresseurs, des peines capitales et corporelles. Ces peines, dont le montant est précisément défini, sont appelées « peines limites » (*hadd* pl. *hudud*), parce qu'elles protègent la sphère des prérogatives de Dieu contre les transgressions des individus. Le *qadi*, disent les auteurs, est le représentant des « prérogatives de Dieu » et ne peut donc, en même temps, servir comme l'instance qui établit la connaissance des faits sans s'exposer aux reproches de partialité et d'injustice. Les Malékites et les Hanbalites, de leur côté, refusent de reconnaître un tel savoir comme preuve et motif de jugement dans n'importe quel type de procès. Ils soulignent les dangers qu'une telle institution implique pour la protection des droits subjectifs des parties.
- 18 En revanche, toutes les écoles du *fiqh* – sunnites et chi'ites – reconnaissent une autre procédure pénale, non formalisée, nommée le « châtement de correction » (*ta'zir*). Le nom couvre des peines non définies, imposées par des procédures non définies pour des délits non spécifiés et non énumérés. Le « châtement de correction » constitue, certainement, la plus importante entorse au formalisme du droit procédural du *fiqh*. Cette peine, qui sert à dissuader (*zajr*), peut être imposée pour des violations des « prérogatives de Dieu » (*haqq Allah*), c'est-à-dire de l'ordre public, non comprises dans les « peines limites » définies. Elle sert également comme sanction de la violation des droits privés (*huquq al-'ibad*) non réglés par le talion et elle peut même être prononcée s'il n'y a aucun délit, comme peine préventive pour la protection de l'ordre moral. Il est patent que cette peine donne aux autorités politiques et judiciaires une large marge d'action arbitraire et qu'elle est difficilement conciliable avec une procédure formalisée, axée sur les énoncés des parties et témoins. Le problème est d'autant plus aigu dans la mesure où, pour commander le bien et interdire le mal (*hisba*), autrement dit pour empêcher un délit contre l'ordre moral, chaque musulman a le droit d'intervenir contre les malfaiteurs. La punition du délit devient une prérogative exclusive de l'autorité politique et judiciaire seulement après que le mal soit fait. La marge d'action arbitraire que cette institution donne aux autorités est pratiquement illimitée quant à la procédure et aux motifs du jugement. La seule limite que la doctrine classique fixe à ce châtement concerne le montant des peines imposables qui en aucun cas ne devrait atteindre le montant des « peines limites » (*hudud*) du droit public ou de la peine capitale et des peines corporelles du talion. La peine

capitale et les amputations des membres sont donc, en principe, exclues comme « châtement de correction », sauf selon des opinions minoritaires au sein de l'école malékite. Dans la doctrine classique, c'est un châtement exécuté par un nombre restreint de coups, la prison, le bannissement et les amendes. La torture judiciaire est explicitement exclue. C'est sous cette forme que le grand juriste hanbalite, le damascain Ibn Qudama, présente encore le châtement au début du XIII^e siècle.

Le scepticisme épistémologique et le statut de la parole humaine : l'interdiction de la torture judiciaire

- 19 Même dans les parties hautement formalisées de la procédure du *qadi*, les motifs du jugement n'ont pas toujours la fonction d'une preuve de la vérité des faits. C'est évident dans le « procès des co-jureurs » (*qasama*) ou dans « l'imprécation mutuelle » (*li'an*) où le serment est bel et bien le motif du jugement mais n'établit guère la vérité des faits. Les juristes musulmans de la période classique ne laissent aucun doute sur ce point. C'est pour cette raison que, dans ces procès, le témoignage des témoins « justes » ne peut nullement mettre en jeu le serment et sa fonction en tant que motif de jugement.
- 20 Dans le procès civil ordinaire, en revanche, le témoignage des témoins « justes » prime toujours sur le serment. Mais, les juristes des quatre écoles du *fiqh* sunnite de la période classique sont explicites sur le fait que ces témoignages ne constituent pas une preuve démonstrative de la vérité des faits. Ils soulignent que tous les énoncés humains oscillent entre sincérité et mensonge et, qu'en principe, une constatation ambiguë comme le témoignage ne devrait pas être reconnue comme motif d'un jugement imposant des obligations à une tierce personne. On se contente, pour le jugement du *qadi*, d'un tel motif, parce que la révélation l'a imposé. Le *qadi* ne peut donc jamais garantir que son jugement soit basé sur la vérité des faits. Il doit juger d'après les apparences (*zahir*). Il a fait tout ce qu'on peut lui demander en choisissant soigneusement des témoins « justes ». Les parties du procès qui connaissent, mieux que le *qadi*, la vérité des faits, ne doivent exécuter son jugement que si leur for intérieur (*batin*) et leur relation individuelle avec Dieu (*baynahu wa-bayna rabbih*) le leur permettent. Ce raisonnement se trouve déjà, d'une façon très explicite, chez le fondateur de l'école chaf'ite, au début du IX^e siècle. Après Chafi'i (mort en 820), cette réflexion sur le témoignage incapable de garantir la connaissance de la vérité des faits devient un lieu commun dans toutes les écoles du *fiqh*. Le formalisme de la procédure du *qadi* est donc axé sur un scepticisme épistémologique quant à la capacité du juge à connaître la vérité des faits. Sa seule chance de la connaître réside dans les déclarations verbales des parties et des témoins. S'il choisit soigneusement ses témoins « justes », d'après leur statut social et leur réputation, il trouve dans ceux-ci un argument pour croire à la sincérité de leurs dépositions. Une fois satisfait de leur caractère « juste », il est obligé de prononcer son verdict en suivant les règles de la procédure formalisée et en acceptant les apparences extérieures. Si son jugement, ainsi prononcé, ne correspond pas aux faits du conflit, l'autorité de la chose jugée n'en est pas, sur le plan juridique, diminuée. Sur le plan éthique, en revanche, c'est aux parties de décider comment elles veulent faire usage du jugement. Le formalisme de la procédure et le scepticisme épistémologique sur lequel il est fondé s'opposent, tous deux, à la torture judiciaire. Le caractère douteux de tout énoncé humain, son oscillation entre mensonge et sincérité font que seul le choix libre (*ikhtiyar*) et le consentement (*rida*) du défendeur aux conséquences légales de son énoncé laissent soupçonner qu'il parle d'une manière

sincère. En revanche, s'il parle sous la torture judiciaire, on est sûr qu'il va mentir pour dire ce que ses tortionnaires veulent entendre. Le *qadi* détruit, par la torture judiciaire, la seule chance qu'il a de se procurer des énoncés sincères dont dépend toute la procédure formalisée. Pour cette raison, le jugement motivé par un aveu extorqué sous la torture est nul. Si le *qadi* prononce une peine capitale sur la base d'un tel aveu, il sera lui-même condamné à mort. La doctrine classique crée donc, par un raisonnement juridique et épistémologique abstrait, une procédure hautement formalisée et un complexe de normes qui interdisent la torture judiciaire⁷.

Une nouvelle doctrine : la « fonction politique de la normativité révélée »

Le transfert des prérogatives politiques aux *qadi*-s

- 21 Si, en principe, toutes les écoles du *fiqh*, entre le IX^e et le XII^e siècle, partagent ce refus de la torture judiciaire, il y a en leur sein des opinions ou des décisions de cas (*masa'il*) qui ne se laissent pas facilement intégrer dans le formalisme de la doctrine classique. À partir du XII^e siècle, on trouve dans toutes les écoles du *fiqh* des juristes qui justifient l'application de la peine capitale aux homosexuels, aux sorciers, aux criminels récidivistes, et ce au nom de la *siyasa* – de la compétence du calife ou du sultan pour faire ce qui est nécessaire dans la protection de l'ordre public. Et on trouve de plus en plus des juristes qui attribuent aux *qadi*-s le droit d'imposer, au nom de cette protection de l'ordre public, les peines qui étaient réservées jusque-là aux autorités politiques pour la préservation et la protection de l'ordre public. Ce transfert des compétences politiques aux *qadi*-s et aux juges est le signe caractéristique des nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles. Ces nouvelles opinions seront systématiquement utilisées par les auteurs des XIII^e et XIV^e siècles qui accomplissent la rupture avec la doctrine formaliste du *fiqh* classique. Parmi ces auteurs, trois exercent une influence qui dépasse de loin leurs périodes d'activité et se fait sentir jusqu'au XX^e siècle. Il s'agit notamment du hanbalite damascain Ahmad Ibn Taimiyya (1263-1328) et de son disciple Ibn Qayyim al-Jawziyya (mort en 1351). Le *qadi* malékite Ibrahim Ibn Farhun qui vécut à Medine de 1319 à 1397 écrit sous leur influence et introduit cette nouvelle doctrine dans l'école malékite⁸. À partir du XV^e siècle, on retrouve les textes et les normes de ces nouvelles doctrines aussi chez les Hanéfites.

L'organisation judiciaire sous les Mamelouks

- 22 Les trois auteurs mentionnés sont des sujets de l'empire mamelouk (1250-1517) qui comprend l'Égypte, la Syrie et le Hedjaz. Cet empire est dirigé par des esclaves militaires turcs et tchercesses importés en Égypte et en Syrie, libérés après leur conversion à l'Islam et leur entraînement comme guerriers. Ils assurent la défense des territoires syriens et égyptiens contre les Mongols et, en 1291, la victoire décisive sur les croisés. Ce régime ne connaît ni légitimation dynastique ni ancrage dans l'histoire arabo-musulmane : il est dirigé par des guerriers convertis et affranchis qui parlent le turc plutôt que l'arabe. Le régime cherche donc une légitimation religieuse par un soutien sans faille à l'Islam sunnite et à l'Islam mystique et populaire contre toutes les autres formes de l'Islam. Le côté positif de cette politique est reflété par la construction d'une grande variété d'impressionnants bâtiments de culte et d'enseignement sunnite. L'aspect négatif se fait

sentir dans la politique à l'encontre des formes non sunnites de l'islam (chi'ites, druzes, hérétiques) et, à partir du XIV^e siècle, dans la diminution de l'autonomie des communautés non musulmanes. Sur le plan de la justice, le régime mamelouk cherche à créer un nouvel équilibre entre les différentes écoles du *fiqh* sunnite. Tandis que les dynasties précédentes, celles des califes aussi bien que celles des sultans, avaient donné priorité à des écoles de *fiqh* particulières pendant leur règne, les Mamelouks donnent, dès le début de leur règne, à chacune d'elles un poste de *qadi* suprême (*qadi al-qudat*) dans chaque province, soulignant ainsi l'égalité de leurs doctrines devant le pouvoir politique. Ils accentuent ainsi la différence entre Sunnites et Chi'ites et professent l'unité et l'égalité de toutes les tendances sunnites. En même temps, ils donnent, par la construction d'un « palais de justice » (*dar al-'adl*) un lieu propre à la « justice des pétitions » (*mazalim*) du sultan qui juge, en présence des *qadi*-s et de ses hauts dignitaires bureaucratiques et militaires, des plaintes contre les décisions de son administration et des *qadi*-s. Ils soulignent, de cette manière, l'autonomie de la justice du sultan mamelouk face à la justice des *qadi*-s et sa neutralité vis-à-vis de leurs différences doctrinales. Même si les *qadi*-s participent, en tant que consultants en matière du droit sacré, à cette « justice des pétitions » du sultan, celle-ci est, en fait, dans les mains des bureaucrates qui, eux, préparent les cas à soumettre à la décision du sultan⁹. Ni le droit des preuves, ni celui de procédure ne sont formalisés. Le sultan n'est pas non plus, contrairement aux *qadi*-s, tenu d'attendre jusqu'à ce que les demandeurs lui soumettent leurs plaintes. Il peut prendre l'initiative et donner ordre à ce qu'une enquête soit entamée dans un cas qui l'intéresse. La « justice des pétitions » n'est d'ailleurs pas la seule forme dans laquelle le sultan distribue sa propre justice : dès le début du règne mamelouk le « grand chambellan » (*hajib al-hujjab*) se voit attribuer les fonctions de la justice militaire et, comme l'administration militaire joue un rôle dominant sous les mamelouks, il n'est guère surprenant de le voir empiéter sur le terrain des compétences des *qadi*-s.

- 23 D'après les historiens égyptiens de la période, un grand nombre de chambellans contrôlent la vie judiciaire égyptienne à partir de la deuxième moitié du XIV^e siècle et réduisent le rôle des *qadi*-s au minimum. Pour souligner l'importance de cette justice militaire, les historiens égyptiens des XIV^e et XV^e siècles énumèrent les prisons construites par les mamelouks et donnent des descriptions alarmantes du sort des gens qui y sont prisonniers. La justice militaire de cette période, à en juger par les rapports des historiens, est caractérisée par l'application généralisée de la torture, aussi bien en tant que procédure judiciaire qu'en tant que peine, et surtout en tant que peine capitale cruelle pour des délits multiples¹⁰. Vu l'attitude des historiens des XIV^e et XV^e siècles, il n'est pas arbitraire de présumer que les *fuqaha'* égyptiens et syriens de la période craignaient pour le statut du *fiqh* et des *fuqaha'* dans la justice des mamelouks. Ceci ressort en outre des arguments des auteurs des nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles. En même temps, les *fuqaha'* étaient employés pour des fonctions multiples dans l'administration mamelouke et même dans la justice militaire : ils connaissent donc bien les pratiques, les compétences et les privilèges de cette forme de justice¹¹.

La coopération entre commandants militaires et savants religieux

- 24 Les textes par lesquels les auteurs des nouvelles doctrines présentent leur conception d'une normativité musulmane non formaliste, font souvent référence à la « fonction politique de la normativité révélée » (*siyasa shar'iyya*). Tandis que le terme de

« compétence politique de direction et d'orientation » (*siyasa*) était déjà connu depuis des siècles par les *fuqaha'* et était le plus souvent introduit pour justifier la compétence des autorités politiques pour imposer des peines ou des impôts qui ne faisaient guère partie des normes du *fiqh*, la conception d'une pratique politique orientée vers les « buts » de la normativité de la révélation (*shar'*) acquiert une nouvelle signification avec Ibn Taimiyya et Ibn Qayyim al-Jawziyya. Le concept est utilisé pour désigner la nécessité d'une autorité politique forte pour la pratique de la religion et pour donner aux militaires une fonction religieuse qu'ils partagent avec tous ceux qui exercent des fonctions publiques (*wilaya*). Le but de toutes ces fonctions serait, comme l'écrit Ibn Taimiyya, de « réformer la religion des hommes » et d'assurer que « la religion soit tout entière à Dieu ». Ibn Qayyim al-Jawziyya, en citant Ibn 'Aqil, une autorité du *fiqh* hanbalite de la fin du XI^e et du début du XIII^e siècle, définit cette « fonction politique de la normativité révélée » (*siyasa shar'iyya*) comme « une pratique qui rapproche les êtres humains du salut et les éloigne de la corruption même si le prophète ne l'a pas statué et si aucune révélation n'est descendue à son égard¹² ». Il ne s'agit donc pas, dans la normativité de la révélation (*shar'*), d'une somme de règles et de normes, mais d'une finalité sous-jacente à toutes les règles. Il ne s'agit pas de défendre les doctrines des écoles de *fiqh* ou l'une d'elles, mais de retourner à une pratique qui comprendrait cette finalité et sa traduction en action politique. Cette doctrine et cette pratique seraient celles des « pieux ancêtres » (*salaf salih*) à laquelle tous les musulmans devraient retourner.

- 25 Dans la perspective de cette finalité et vu le fait que les mamelouks sont des esclaves affranchis d'origine turque ou tchercesse, les doctrines classiques concernant le califat perdent toute plausibilité : la révélation ne prescrit pas une forme précise de gouvernement, le califat, ni l'origine ethnique des califes dans une tribu arabe de La Mecque, les *Quraysh*. Les êtres humains, pour survivre, doivent vivre en société. La vie en société présuppose qu'ils orientent leur comportement d'après les normes qui commandent le bien et interdisent le mal (*hisba*) tel que Dieu et la révélation les ont définies. Mais ils ne peuvent guère, dit Ibn Taimiyya, appliquer les normes s'ils n'ont ni chefs ni hiérarchies. La survie même de la normativité révélée est donc dépendante d'une hiérarchie sociale et politique. Les agents de l'autorité publique sont des fiduciaires (*amin*) auxquels Dieu a confié leurs charges en tant que dépôts et ils sont, en même temps, les mandataires (*wukala'*) des particuliers. La bonne exécution des tâches attribuées à leurs charges est une condition nécessaire pour l'existence d'un ordre normatif religieux. Comme fiduciaires, il faut donc nommer les personnes les plus capables de gérer le dépôt. Tout autre comportement serait une fraude envers Dieu et son prophète. La qualification pour la charge publique n'est pas à rechercher dans l'adhésion à un groupe ethnique qui a acquis des mérites historiques pour l'Islam, mais dans une qualification individuelle pour des tâches liées à une fonction publique. Comme les deux qualifications les plus importantes pour la gestion d'une fonction publique sont la force et la piété, on doit donner les charges publiques à ceux qui sont soit les plus forts, soit les plus pieux, et ce d'après les fonctions liées à ces charges. Il faut, pour cette raison, nommer les plus forts pour les charges militaires et les plus pieux pour les fonctions religieuses. Les deux groupes qui ont droit aux charges publiques sont donc les militaires et les savants religieux (*'ulama'*). Ces deux classes doivent gouverner le peuple, dit Ibn Taimiyya : « On devra comprendre par l'expression (coranique) de “détenteurs de l'autorité” (*ulu-l-amr*), les deux classes des émirs (*umara'*) et des docteurs de la loi (*'ulama'*). Quand ces deux classes sont saines, le peuple l'est aussi¹³. » La « fonction politique de la normativité

révélée » ne peut être assurée que si les militaires et les savants religieux coopèrent dans l'exercice des fonctions publiques. Pour que cette coopération soit réalisable, les savants religieux doivent reconnaître le caractère religieux des charges militaires et réformer la doctrine savante pour la rendre appropriée à la fonction politique qu'elle doit remplir. Il faut, notamment, que la doctrine formaliste qui règle la procédure judiciaire et qui s'avère être un obstacle pour la poursuite des malfaiteurs et pour la protection des droits violés, soit abandonnée à la faveur d'une jurisprudence plus efficace axée sur la finalité de la normativité révélée. Le formalisme du *fiqh* donne aux militaires la fausse idée que le droit sacré ne peut garantir une justice efficace, protectrice des droits des particuliers et de l'ordre public et moral. Il faut donc retourner à la pratique et à la doctrine des ancêtres pieux (*salaf salih*) pour garantir la fonction politique de la normativité révélée.

Le charisme des premiers musulmans contre le formalisme du *fiqh* : la légitimation de la torture judiciaire

- 26 Pour atteindre ce but, il faut que les juristes du droit sacré se libèrent de leur penchant à suivre les contraintes de la pensée systématique, pensée qui crée des abstractions par lesquelles le *fiqh* est séparé de ses sources, c'est-à-dire révélation et pratiques des ancêtres pieux. L'exemple de ces derniers doit servir en tant que principe d'inspiration normative, supérieur aux abstractions du *fiqh* qui ne traduisent que la quête d'autonomie de cette discipline.
- 27 Le but d'une telle réorientation ne peut être celui de garantir l'autonomie de la justice du *qadi* envers l'autorité politique et les autres fonctions publiques. Il s'agit plutôt de mettre à la disposition des fonctionnaires publics des références normatives qui leur permettent de décider des conflits entre particuliers sans s'écarter de la normativité révélée. Peu importe si les fonctionnaires qui décident des conflits sont des chefs de police ou des *qadis* : ils utilisent les références normatives en tant que juges (*hakim*). Les compétences attribuées à des charges publiques diffèrent, d'après les régions et les périodes historiques, pour des raisons politiques ou autres, mais cette différence n'est pas un problème de droit. Dès que chaque fonction publique sert à commander le bien et à interdire le mal (*hisba*), la manière dont elles se partagent ce travail est sans importance juridique et religieuse. Ce que les fonctions publiques ont de général et de spécial, écrit Ibn Taimiyya, « découle des noms qu'on leur donne, des circonstances et des usages (*'urf*), la Loi ne fixe aucune limite à cette diversité. Ainsi, dans certains pays et à certaines époques, l'autorité du *qadi* (*wilayat al-qada'*) embrasse un certain nombre d'attributions qui, dans d'autres lieux et d'autres temps, appartiennent à l'autorité militaire (*wilayat al-harb*). L'inverse est également vrai¹⁴. »
- 28 Et il explique la différence entre l'empire mamelouk et les principautés du Maghreb dans les termes suivants : « L'autorité militaire a, parmi ses attributions, suivant l'usage actuel en Syrie et en Égypte, celle de faire appliquer les peines légales (*hudud*) entraînant des mutilations (*itlaf*), lorsqu'il faut, par exemple, couper la main d'un voleur ou châtier un brigand de grand chemin. Elle a aussi la charge de faire appliquer des peines (*'uqubat*) ne comportant pas de mutilations, comme, par exemple, la flagellation (*jald*) du voleur. Les attributions de cette autorité comportent aussi celle de juger en matière de procès civils (*mukhasamat*), de sociétés commandités (*mudarabat*) ou d'accusations (*tuham*) sans preuve

écrite (*kitab*) et sans témoins, alors qu'il appartient à la judicature du *qadi* (*wilayat al-qada'*) de se charger des accusations comportant des preuves écrites et des témoins et qu'il lui appartient encore d'établir les droits (*huquq*) des gens et de juger en ce domaine, de surveiller les gérants des fondations pieuses (*waqf*) ou les tuteurs des orphelins, et d'autres choses bien connues. Dans d'autres pays, comme le Maghrib par exemple, l'autorité militaire n'a aucune attribution judiciaire : elle se contente d'exécuter des décisions prises par le *cadi*. Cet usage correspond à l'ancienne Sunna ; à cela il y a des raisons d'écoles (*madhahib*) et de coutumes (*'adat*) qui ont été développées ailleurs¹⁵. »

- 29 La distribution des compétences entre *qadi* et chef de police est une simple question d'opportunité et de conditions politiques. Elle ne relève pas de la normativité religieuse.
- 30 Le juge (*hakim*) ne doit pas être lié par le formalisme du *fiqh*. Les moyens de preuves définis par les textes coraniques ou du *fiqh* sont obligatoires pour les parties des conflits judiciaires mais ils n'épuisent pas le répertoire des moyens de preuve à la disposition du juge. Celui-ci peut utiliser tous les moyens qui lui permettent de voir clair dans l'affaire qu'il doit juger. En effet, une des graves fautes de la doctrine formaliste du *fiqh* est d'avoir identifié le témoignage avec la « preuve claire » (*bayyina*). Il faut, au contraire, définir comme « preuve claire » tout ce qui aide le juge à connaître la vérité des faits. Aux déclarations verbales des parties et des témoins « justes » du *fiqh* classique, on doit ajouter les indices, les signes, les similarités, tout ce qui rend probable les actes et les faits. Il faut accepter que Dieu ait créé les signes pour désigner les choses et les actes et il faut traiter ces signes comme des preuves. Le juge devient donc un interprète des signes et si les signes manquent, il est tenu de les produire. Sous cet angle, la plus importante capacité du juge est la perspicacité (*firasa*) qui lui permet de déchiffrer les signes manifestes et cachés, de la physionomie des personnes à leur psychologie, leur caractère et la logique des relations entre elles. Ibn Qayyim al-Jawziyya donne même, à une de ses monographies sur ce problème, le sous-titre de « la perspicacité conforme aux normes de la politique judiciaire religieuse ».
- 31 En tant qu'interprète et producteur de signes, le juge peut s'appuyer sur une réserve de preuves non prévues dans la doctrine formaliste du *fiqh*. Il n'a plus besoin des témoins « justes » parce qu'il peut mettre en valeur les signes qu'il reçoit des « informateurs » (*mukhbir*), des gens de mauvaise réputation religieuse et même des non musulmans. Il peut se fier à ce qui est de notoriété publique (*istifada*), même s'il a accès à cette notoriété par des informateurs peu crédibles comme des non musulmans, des musulmans frivoles ou des enfants. Il n'a, dans ce cas, pas besoin d'un témoignage en bonne et due forme. Dans la doctrine classique du *fiqh*, la preuve par notoriété publique était connue et servait, en cas d'absence de témoins, à établir le statut personnel des individus ou le droit de propriété des maisons bien connues. Avec les auteurs des nouvelles doctrines, la notoriété publique sert comme preuve dans des procès pénaux et suffit, par exemple, à condamner à mort un non musulman connu pour avoir une relation amoureuse avec une femme musulmane. Le juge peut, en plus, se fier à sa propre sagacité et perspicacité qui lui permet de lire, sur les visages des personnes, leur responsabilité. Il doit, surtout, prêter attention au statut social des gens : ce statut rend probable ou improbable certaines relations sociales et comportements. Là encore, la doctrine classique de l'école malékite avait toujours souligné que certaines obligations peuvent surgir seulement s'il y a, entre les parties en conflit, des relations sociales ou d'affaires soutenues. Le *qadi* ne devait pas accepter des plaintes concernant de telles obligations sauf si le demandeur pouvait montrer qu'il y avait, entre lui et le défendeur, des relations sociales suivies

(*khulta*). De même, l'école malékite avait toujours enseigné que si une femme accusait un homme de bonne renommée de l'avoir violée, elle devrait être punie par la « peine limite » pour calomnie, parce que la bonne renommée de l'homme témoignait en sa faveur et ôtait à la plainte de la femme toute probabilité. Le statut et la renommée sociale avaient donc leur place dans la doctrine classique du *fiqh*.

- 32 Cette approche sera systématisée dans les nouvelles doctrines par la catégorie des « procès de suspicion » (*da'wa al-tuhma*) : un demandeur qui porte plainte, sans pouvoir amener des témoins « justes », contre un homme ou une femme de bonne renommée, sera puni ; tandis qu'on ne dérange pas la personne accusée qui n'a ni à prêter serment ni à répondre à l'accusation. En revanche, si l'accusé est inconnu on doit le mettre en prison jusqu'à ce que l'on s'assure de son statut et de sa renommée sociale. Si, d'autre part, l'accusé a une mauvaise renommée et a la réputation de commettre les délits que l'accusateur lui attribue, il n'est – dit Ibn Taimiyya – pas admis par la normativité révélée (*shar'*) de le faire jurer son innocence et de l'acquitter. Il faut plutôt l'emprisonner et le battre jusqu'à ce qu'il avoue. Reste à savoir si c'est seulement le commandant de la ville, le chef de police ou aussi le *qadi* qui ont le droit d'exercer sur lui ces formes de torture. Mais, comme on sait, pour les nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles, la délimitation des compétences entre la justice et la police n'est plus un problème de droit mais relève de l'opportunité et des conditions politiques locales. Il y a certains groupes de la population qui sont suspects par définition : les tribus bédouines et turkmènes (parce qu'elles troublent la sécurité des routes), celles des Arabes du Sud et du Nord (parce qu'ils luttent pour la renommée de leurs tribus et non pas de l'islam), les artisans (qui vendent des produits faussés) et les paysans (parce qu'ils pratiquent le brigandage), les gens qui s'adonnent à des plaisirs douteux (jouer aux échecs, élever des pigeons, etc.), les hérétiques, la plèbe des grandes villes (parce qu'elle est un suppôt de trouble au sein des villes), les soldats frivoles, etc.
- 33 La catégorie des « procès de suspicion » est donc applicable à des groupes entiers de la population de l'empire. Elle sert à souligner la distinction entre les gens du bien et les gens suspects. Si une personne suspecte est accusée d'un délit sans que l'accusateur puisse nommer des témoins, on peut l'emprisonner et la battre jusqu'à ce qu'elle avoue. La suspicion est le signe qui permet de torturer le suspect et de trouver ainsi les raisons qui motivent sa condamnation. Parmi les raisons qui permettent de motiver une condamnation, il faut nommer, en première ligne, les indices, les choses, parce que dans un contexte de suspicion, les choses parlent par elles-mêmes. Elles sont, en effet, saisissables et objectives et, pour cette raison, des preuves plus fortes que les témoignages et les aveux qui, comme toutes constatations, peuvent être mensongers. Il est, pour cette raison, permis de torturer la personne qui est soupçonnée d'avoir volé. Si, sous la torture, elle trahit le lieu où elle a caché les choses volées, elle sera condamnée. Ibn Qayyim al-Jawziyya explique : « Ceci n'est pas une exécution de la « peine limite » (*hadd*) à cause de l'aveu auquel il a été forcé, mais à cause de l'existence des biens volés auxquels on a eu accès par son aveu¹⁶. » La torture extorque l'aveu qui indique le lieu où se trouvent les choses volées dont l'existence permet de condamner la personne suspecte. L'existence de ces choses sert comme indice qui permet de prolonger la torture : si l'on ne trouve pas tous les biens volés au lieu indiqué, la personne volée a le droit de demander au juge de battre le voleur jusqu'à ce que celui-ci amène le reste des choses volées¹⁷. La suspicion est axée sur des signes et des indications, elle est, elle-même, un signe qui permet la torture pour trouver plus de signes. Et, parmi les signes, les choses sont les plus convaincantes,

les plus tranchantes parce que leur réalité corporelle donne un caractère objectif à la suspicion qui résiste à tout doute. Pour cette raison, les enquêtes techniques, les méthodes de laboratoire avant la lettre, sont très appréciées par les auteurs des nouvelles doctrines.

- 34 C'est sur la base de suspicions, de tortures, d'aveux, d'indices, de rapports d'informateurs, de la notoriété publique que l'on peut condamner les personnes accusées. Et les nouvelles doctrines justifient une panoplie de peines capitales et corporelles, d'amendes et de confiscations, qui correspondent moins à la doctrine formaliste du *fiqh* classique, qu'à la réalité de la justice militaire du régime mamelouk. On condamne à mort les espions musulmans, les hérétiques, les missionnaires des sectes musulmanes, les buveurs de vin récidivistes, les homosexuels (et les manières dont on doit les tuer sont discutées en grand détail par nos auteurs), le criminel récidiviste, le fonctionnaire corrompu, etc.
- 35 Pour légitimer la torture et l'introduction de nouvelles peines capitales, les auteurs des nouvelles doctrines présentent un argument aussi simple que tranchant : le prophète a donné l'ordre de torturer pour trouver des indices mais, aussi, à cause des indices trouvés, les compagnons du prophète et les premiers califes ont torturé sans pouvoir justifier ces actions par la normativité révélée ; les califes abbassides ont torturé dans l'intérêt public et parce que, dans leur perspicacité, ils connaissaient les malfaiteurs par leurs visages et leur comportement. Le juge qui veut suivre l'exemple des ancêtres pieux est obligé d'appliquer la torture. Celle-ci fait partie de la « fonction politique de la normativité révélée » (*siyasa shar'iyya*). La doctrine formaliste du *fiqh* qui va à l'encontre de ce paradigme obligatoire n'a aucune raison d'être. Ses normes ne résultent que de la pensée des *fuqaha'* et l'exemple des ancêtres pieux doit avoir priorité sur les abstractions des *fuqaha'* : la torture est donc non seulement légitime, mais aussi obligatoire. De même pour les peines. Les premiers quatre califes ont brûlé les homosexuels, le prophète a ordonné d'écraser le crâne d'un tueur, toutes sortes de peines cruelles ont été commandées et organisées par les ancêtres pieux. La doctrine classique du *fiqh* avait protégé sa doctrine formaliste de la procédure et des preuves par une classification des faits du prophète et de ses compagnons qui permettait aux juristes de séparer ce qui était seulement « politique » (*siyasa*) de ce qui était pratique normative et obligatoire. C'est par cette stratégie que les *fuqaha'* des VIII^e et IX^e siècles avaient immunisé leurs systèmes normatifs des exemples tirés de la pratique politique de la première génération musulmane. Les auteurs des nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles suivent une stratégie exactement opposée : ils déclarent que tous les actes, toutes les paroles du prophète et de ses compagnons font partie de la pratique paradigmatique et obligatoire des ancêtres pieux et qu'on ne peut rien lui enlever. « Les califes bien guidés », dit Ibn Qayyim al-Jawziyya (en citant Ibn 'Aqil), « ont tellement tué et mutilé qu'aucun savant ne peut le nier¹⁸ ». Il faut accepter que cette pratique fasse partie de la *sunna* paradigmatique, qu'elle constitue, en fait, « la pratique politique par laquelle ils ont dirigé la communauté et qui fait partie de la *sunna* jusqu'au dernier jugement¹⁹ ».
- 36 La pratique politique de la première génération de musulmans et la compréhension de la normativité révélée qu'elle incorpore devient ainsi le critère suprême par lequel la légalité d'un acte peut être mesurée. Par cette approche, les nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles mettent en question les sources du *fiqh* telles que les écoles du *fiqh* les définissaient et les pratiquaient depuis le X^e siècle. Le consensus des savants (*ijma'*) est fortement réduit, l'analogie (*qiyas*) n'est utilisable qu'en cas de nécessité, de même que l'*ijtihad*, le raisonnement juridique individuel. Bien sûr, on nie toute légitimité à la doctrine

du *taqlid* d'après laquelle les juristes devraient suivre la doctrine de leurs écoles. Dans la mesure où les sources obligatoires du droit sont le Coran, la *sunna* du prophète et la pratique, politique et judiciaire, des ancêtres pieux, toute norme du *fiqh* qui ne correspondrait pas à ces sources est suspecte et peut être infirmée.

L'autonomie de la norme juridique mise en question par ses origines historiques et religieuses

- 37 Les systèmes normatifs des écoles du *fiqh* ne peuvent donc pas défendre leur autonomie vis-à-vis de l'interprétation de la révélation par les ancêtres pieux et charismatiques. La confiscation de l'autonomie de la norme juridique, telle que les écoles du *fiqh* l'ont développée au cours des siècles, est au centre des nouvelles doctrines des XIII^e et XIV^e siècles. En mobilisant l'autorité des personnes charismatiques des premières générations de la communauté musulmane contre les systèmes normatifs des *fuqaha'*, les auteurs des nouvelles doctrines assujettissent les normes juridiques à l'autorité des origines religieuses et politiques de cette communauté. Pour cela, ils font appel à la « norme de base » (*Grundnorm*) à laquelle la production de toutes les normes du *fiqh* doit correspondre : la « norme de base » est le produit de la traduction, par les *fuqaha'*, d'une révélation, interprétée par la pratique des ancêtres pieux charismatiques, dans un système de normes juridiques et éthiques stables et applicables à tous. Le *fiqh* classique, qui surgit dans un contexte politique dans lequel la différenciation entre l'administration générale et la justice, entre les normes de l'action « politique » du prince et de ses fonctionnaires et des références normatives des *qadi*-s est mise en action, dépendait – aussi bien que les doctrines des XIII^e et XIV^e siècles – du modèle du prophète et de ses compagnons pour légitimer ses normes juridiques et éthiques. Mais pour éviter les effets disruptifs des modèles charismatiques non soumis aux normes juridiques, les *fuqaha'* des VIII^e et IX^e siècles avaient immunisé leurs systèmes normatifs contre ces effets par un classement savant des faits et des paroles des « personnes modèles », qui ôtait aux actes purement « politiques » du prophète et des califes le caractère de normes juridiques obligatoires. Dans le contexte mamelouk des XIII^e et XIV^e siècles, la séparation entre politique, administration et justice n'est plus de mise. Au contraire, toutes les charges publiques ont la fonction religieuse de commander le bien et d'interdire le mal (*hisba*), et la manière dont elles se partagent les compétences dans la poursuite de ce but est une question de pure opportunité. Comme toutes les charges publiques ont la compétence pour juger des sujets, elles ont donc, en principe, toute la compétence pour torturer. Dans la pratique, cette compétence dépend des circonstances politiques locales. La notion de la distinction des sphères du droit et de la politique, de la justice et de l'administration qui faisait partie de la doctrine formaliste du *fiqh* classique n'est plus acceptée par les nouvelles doctrines. Celles-ci rappellent aux *fuqaha'* et aux militaires que toutes les activités des modèles charismatiques font partie du paradigme normatif qui englobe leurs faits « politiques », tels la torture, la mutilation, l'exécution des peines capitales dans des formes multiples, aussi bien que leurs dires religieux et leurs débats normatifs. L'activité politique des ancêtres pieux devient l'arme critique contre le formalisme et le scepticisme épistémologique de la doctrine classique du *fiqh*. Ensuite, l'on cherche, et l'on trouve, dans les opinions des *fuqaha'* de la période classique, des discussions qui peuvent justifier la nouvelle approche et qui soutiennent la thèse d'après laquelle la doctrine des ancêtres pieux et de « la fonction politique de la normativité révélée » (*siyasa shar'iyya*) serait la

meilleure expression des traditions sunnites qui se trouvent dans les différentes écoles du *fiqh*.

- 38 La doctrine classique des preuves et de la procédure, basée sur un scepticisme épistémologique systématique, arrivait par un argument abstrait et complexe – concernant le caractère élusif de l’attestation – à interdire la torture judiciaire. Cet argument complexe est remplacé, dans les doctrines nouvelles, par la référence directe et concrète aux exemples des compagnons du prophète qui torturaient pour extorquer des aveux et dont la pratique sert de paradigme et norme pour le juge pieux de la nouvelle doctrine. L’autonomie de l’interprétation des textes, catégories, énoncés et faits, qui est au centre du débat du *fiqh* classique, est refoulée par ces nouvelles doctrines et remplacée par un renvoi aux exemples obligatoires.
- 39 Le résultat est ambigu : on arrive à introduire dans le *fiqh* de nouvelles preuves et procédures : le nouveau statut des indices, la reconnaissance d’une technologie de preuves concernant les choses, l’orientation vers la vérité des faits plutôt que vers le formalisme de la procédure. En revanche, on dissimule la construction intellectuelle des normes et des verdicts au nom du modèle charismatique. On accepte la contrainte et la torture comme éléments de la procédure. On introduit dans les systèmes du *fiqh* et dans la justice du *qadi* une panoplie de peines capitales et cruelles et on transforme en crime la déviation de la pensée religieuse dominante. Finalement, on démontre avec force que la doctrine juridique du *fiqh* ne peut guère protéger son autonomie, toute relative, envers ses origines religieuses et historiques. La norme de base implique que le recours aux modèles charismatiques puisse, à tout moment, affaiblir le statut de la norme juridique.

NOTES

1. Pour plus de commodité, les dates sont données selon l’ère chrétienne. [N.d.R.]
2. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 1964.
3. E. Tyan, *Histoire de l’organisation judiciaire en Pays d’Islam*, Leyde, Brill, 1960.
4. B. Johansen, « Wahrheit und Geltungsanspruch : zur Begründung und Begrenzung der Autorität des Qadi-Urteils im Islamischen Recht », in *La giustizia nell’Alto Medioevo (Secoli IX-XI)*, Spolète, Centro Italiano di Studi sull’Alto Medioevo, 1997, p. 975-1065.
5. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* [1^{re} éd., Leipzig, Vienne, 1934], Aalen, Scientia Verlag, 1994.
6. C. Chehata, *Études de droit musulman*, Paris, Presses universitaires de France, 1, 1971, p. 36.
7. B. Johansen, « Vérité et torture : *ius commune* et droit musulman entre le X^e et le XIII^e siècle », in F. Héritier, ed., *De la violence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 123-168.
8. H. Laoust, *Essai sur les doctrines sociales et politiques d’Ibn Taimiyya*, Le Caire, Institut français d’Archéologie orientale, 1939 ; Al-Qadi Ibrahim Ibn Farhun, *Tabsirat al-hukkam fi usul al-aqdiya wa-manahij al-abkam*, Le Caire, Maktabat al-kulliyat al-azhariyya, 1986, 2 vol.
9. J. S. Nielsen, *Secular Justice in an Islamic State : Mazalim under the Bahri Mamluks 662/1264 - 789/1387*, Istanbul, Nederlands Historisch-Archaeologisch Instituut Te Istanbul, 1985.
10. M. Espéronnier, « La mort violente à l’époque mamelouke : le crime et le châtement », *Der Islam*, 74, 1997, p. 137-155.

11. C. F. Petry, *The Civilian Elite of Cairo in the Late Middle Ages*, Princeton, Princeton University Press, 1981.
 12. Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I'lam al-muwa-qqā'in 'an rabb al-'alamin*, Beyrouth, dar al-kutub al-'ilmiyya, 2^e éd., 4 vols., 1993, vol. IV, p. 283. Pour Ibn 'Aqil, voir G. Makdisi, *Ibn 'Aqil Religion and Culture in Classical Islam*, Edimbourg, Edinburgh University Press, 1997.
 13. H. Laoust, *Le Traité de droit public d'Ibn Taimiyya, Traduction annotée de la Siyasa shar'iyya*, Beyrouth, Institut français de Damas, 1948, p. 169. Cf. également du même auteur *La profession de foi d'Ibn Taimiyya*, Paris, Geuthner, 1986, et *Pluralismes dans l'Islam*, Paris, Geuthner, 1983.
 14. Ibn Taimiyya, *Al-hisba fi al-islam, Traité sur la hisba*, publié et traduit par H. Laoust, Paris, Geuthner, 1994, p. 31 ; traduction légèrement amendée par B. Johansen.
 15. *Ibid.*, p. 31-32 ; traduction légèrement amendée.
 16. Ibn Qayyim al-Jawziyya, *Al-Turuq al-hukmiyya fi al-siyasa al-shar'iyya*, éd. par Muhammad Hamid al-Faqi, Beyrouth, dar al-Kutub al-'ilmiyya, s.d., p. 9.
 17. *Ibid.*, p. 145.
 18. Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I'lam al-muwa-qqā'in 'an rabb al-'alamin, op. cit.*, vol. IV, p. 283.
 19. *Ibid.*, p. 284.
-

RÉSUMÉS

L'article examine la question centrale de la possibilité de l'autonomie de la norme juridique en Islam. En comparant l'interdiction de la torture judiciaire par le formalisme de la procédure du *fiqh* classique (X^e-XII^e siècle) à la justification de cette torture dans les nouvelles doctrines concernant la « fonction politique de la normativité révélée » qui dominant le débat du XIII^e et du XIV^e siècle, il met en évidence, à l'origine du *fiqh*, le rôle des personnes charismatiques de la première communauté musulmane (le prophète, ses compagnons, les premiers califes) dans la construction des normes juridiques. Pour que leur pratique religieuse et politique puisse servir de source à la construction des normes juridiques, elle doit être interprétée et classée d'après des catégories juridiques. La justification des règles juridiques par référence à cette pratique, interprétée et classée, sert de légitimation religieuse à la construction des systèmes juridiques du *fiqh* ; cette systématisation est la condition de l'autonomie (toute relative) de la norme juridique vis-à-vis des normes politiques et religieuses. L'exemple des doctrines des XIII^e et XIV^e siècles montre que cette autonomie peut toujours être mise en question par l'appel à l'abandon de la norme juridique dérivée en faveur du retour à l'exemple politique et religieux de la pratique charismatique.

The article examines the central question of the possibility of an autonomous legal norm in Islam. It compares the prohibition of judicial torture by the formalist doctrine of classical *fiqh* (10th-12th centuries) with its recognition in the new doctrines concerning the "political function of revealed normativity" in the 13th and 14th centuries. This comparison highlights the problems which arise from the fact that the muslim *fiqh* is based on the interpretation not only of revealed texts but also of the normative practices of charismatic persons (the prophet, his companions, the first caliphs), who shaped the first muslim community. The religious and political praxis of these charismatic models of behaviours has to be interpreted and classified according to legal categories in order to serve as a source for the construction of juridical norms. The reference to these classified and interpreted examples serves as the religious legitimation for the

construction of legal systems in the *fiqh*. This systematization renders possible the (relative) autonomy of the legal as opposed to the political or religious-ethical norm. But this autonomy can be jeopardized by any doctrine which removes the legal norm in order to return to the charismatic religious and political model from which it is derived.

AUTEUR

BABER JOHANSEN

Baber Johansen, après avoir été professeur à la Freie Universitat de Berlin de 1972 à 1995, enseigne actuellement à l'EHESS. Il est l'auteur de *The Islamic Law on Land Tax and Rent : The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafite Legal Literature of the Mamluk and Ottoman Periods* (Londres-New York-Sydney, Croom Helm, 1988) et de *Contingency in a Sacred Law : Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh* (Leyde, Brill, 1998).